

**CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA
CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC**

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 41/2019/SEC7

AMBIENTAL TRANSPORTES URBANOS S.A.
(“AMBIENTAL”)
REQUERENTE

vs.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
(“MUNICÍPIO”)
REQUERIDO

SÃO PAULO TRANSPORTES S.A. - SPTRANS
(“SPTRANS”)
ASSISTENTE DO REQUERIDO

Segunda Sentença Parcial

Tribunal Arbitral
Regis Fernandes de Oliveira
Cristina Margarete Wagner Mastrobuono
Cesar Augusto Guimarães Pereira

São Paulo, 19 de julho de 2021



ÍNDICE

1 DISPOSIÇÕES INICIAIS	4
1.1 Nome, Qualificação e Endereço das Partes.....	4
1.2 Procuradores e Representantes das Partes.....	4
1.3 Tribunal Arbitral	6
1.4 Convenção de Arbitragem.....	7
1.5 Sede, Idioma e Lei Aplicável na Arbitragem.....	8
1.6 Valor da Arbitragem.....	9
1.7 Prazo para prolação da Sentença	10
2 RELATÓRIO	10
3 PEDIDOS DAS PARTES.....	14
3.1 Pedidos da Ambiental.....	14
3.2 Pedidos do Município	15
3.3 Escopo da Segunda Sentença Arbitral Parcial.....	15
4 FUNDAMENTAÇÃO.....	16
4.1 Considerações Iniciais.....	16
4.2 A relação contratual entre as Partes	17
4.3 Objeto do processo arbitral.....	23
4.4 Valor inicial da indenização	26
4.5 Primeiro ponto controvertido: atualização monetária do valor inicial.....	27
4.5.1 Alegações da Ambiental.....	28
4.5.2 Alegações do Município	28
4.5.3 Decisão do Tribunal Arbitral	32
4.6 Atualização monetária do valor de indenização após a caducidade	36
Alegações da Ambiental.....	37
4.6.137	
4.6.2 Alegações do Município	40
4.6.3 Decisão do Tribunal Arbitral	42
4.7 Direito da Ambiental a uma remuneração (TIR) sobre a indenização.....	47
4.7.1 Alegações da Ambiental.....	48
4.7.2 Alegações do Município	51
4.7.3 Decisão do Tribunal Arbitral	54



1

4.8 Custas e Despesas.....	57
4.8.1 Alegações da Ambiental.....	57
4.8.2 Alegações do Município	58
4.8.3 Decisão do Tribunal Arbitral	60
5 DISPOSITIVO	63

*Procedimento Arbitral nº 41/2019/SEC7
Segunda Sentença Parcial*

1 DISPOSIÇÕES INICIAIS

1.1 Nome, Qualificação e Endereço das Partes

1. Requerente:

Ambiental Transportes Urbanos S.A., empresa de capital brasileiro constituída na forma de sociedade anônima, inscrita sob o CNPJ/ME nº 08.405.256/0001-90, com sede na Rua Nestor de Barros, nº 289, Vila Santo Estevão, CEP 03325-050, São Paulo (SP), doravante denominada “**Requerente**” ou “**Ambiental**”.

2. Requerido:

Município de São Paulo, por meio da sua Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes – SMT, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 46.392.155/0001-11, com sede na Rua Boa Vista, nº 236, CEP 01014-000, São Paulo (SP), doravante denominado “**Requerido**” ou “**Município**”.

3. Assistente do Requerido:

São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, empresa inscrita no CNPJ/ME sob o nº 60.498.417/0001-58, com sede à Rua Boa Vista, nº 236, 4º andar, CEP 01014-000, São Paulo (SP), doravante denominada “**Assistente do Requerido**”.

4. Requerente e Requerido, em conjunto, serão doravante designados como “**Partes**”.

1.2 Procuradores e Representantes das Partes

5. A Requerente é representada, neste Procedimento Arbitral, pelos seguintes advogados integrantes do escritório Machado Meyer Advogados, com endereço na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3144, 11º andar, CEP 01441-000, São Paulo (SP), tel.: (11) 3150-7000, com respectivos endereços eletrônicos:

Eliane Cristina Carvalho
OAB/SP nº 163.004
E-mail: eccarvalho@machadomeyer.com.br

Lucas de Moraes Cassiano Sant’Anna
OAB/SP nº 234.707
E-mail: lsantanna@machadomeyer.com.br

José Alexandre Ferreira Sanches
OAB/SP nº 210.077
E-mail: jsanches@machadomeyer.com.br

Bruno Cesar Lauer dos Santos Roberto
OAB/SP nº 390.510
E-mail: broberto@machadomeyer.com.br



4

6. O Requerido é representado, neste Procedimento Arbitral, pelos seguintes integrantes da Procuradoria Geral do Município, com endereço no Viaduto do Chá, nº 15, 10º andar, Centro, CEP 01002-900, São Paulo (SP), tel.: (11) 3113-8614, com respectivos endereços eletrônicos:

Guilherme Bueno de Camargo
OAB/SP nº 188.975
E-mail: gbcamargo@prefeitura.sp.gov.br

Marina Magro Beringhs Martinez
OAB/SP nº 169.314
E-mail: mbmartinez@prefeitura.sp.gov.br

Tiago Rossi
OAB/SP nº 195.910
E-mail: trossi@prefeitura.sp.gov.br

Rodrigo Bracet Miragaya
OAB/SP nº 227.775
E-mail: rmiragaya@prefeitura.sp.gov.br

Rachel Mendes Freire de Oliveira
OAB/SP nº 196.348
E-mail: rmfoliveira@prefeitura.sp.gov.br

Mauricio Morais Tonin
OAB/SP nº 257.058
E-mail: mtonin@prefeitura.sp.gov.br

Gilmar Pereira Miranda
OAB/SP nº 298.549
E-mail: gpmiranda@prefeitura.sp.gov.br

7. A Assistente do Requerido é representada, neste Procedimento Arbitral, pelos seguintes integrantes da Superintendência Jurídica da SPTRANS, com endereço na Rua Boa Vista, nº 236, 4º andar, São Paulo (SP), CEP 01014-000, tel.: 3396-7837, 3396-6905 e 3396-6955, com respectivos endereços eletrônicos:

Lúcia Helena Rodrigues Capela
OAB/SP nº 169.607
E-mail: lucia.capela@sptrans.com.br

Luciano José da Silva
OAB/SP nº 223.462



5

E-mail: luciano.silva@sptrans.com.br

Ivy Antunes Siqueira

OAB/SP nº 180.579

E-mail: ivy.antunes@sptrans.com.br

Antonio Donizete dos Santos Filho

OAB/SP nº 310.108

E-mail: antonio.donizete@sptrans.com.br

1.3 Tribunal Arbitral

8. O Tribunal Arbitral é constituído por:

Regis Fernandes de Oliveira, brasileiro, advogado, portador do RG nº 3156645-5 e do CPF/MF nº 049560018-00, com escritório na Avenida Paulista, nº 1337, São Paulo (SP), CEP 001311-200, e-mails: regisdeoliveira@rcoadvogados.com.br e regisfo@terra.com.br, indicado pela Requerente;

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, brasileira, portadora do RG nº 1686811-6 e do CPF/MF nº 059334948-28, com escritório na Rua Prudenciano Pereira, nº 8, São Paulo (SP), CEP 04910-030, e-mail: cristina@mastrobuono.com.br, indicada pela Requerida;

Cesar Augusto Guimarães Pereira, brasileiro, advogado, portador do RG nº 3.862.335-4 e do CPF/MF nº 651.265.139-15, com escritório na Rua Joaquim Floriano, nº 413, cj. 111, São Paulo (SP), CEP 04534-011, e-mail: cesar@justen.com.br, indicado pelos demais árbitros.

9. Os árbitros qualificados acima firmaram perante o CAM-CCBC o competente “Termo de Independência”, apresentaram o “Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade” e foram devidamente confirmados pela Secretária Geral do CAM-CCBC em despacho exarado em 17 de janeiro de 2020.¹

10. Por ocasião da assinatura do Termo de Arbitragem², as Partes declararam não ter quaisquer objeções à nomeação e atuação dos árbitros qualificados acima. Conforme consta no item 4.4 do Termo de Arbitragem, as Partes ratificaram, para todos os efeitos legais, a formação do Tribunal Arbitral, ao qual compete conduzir o Procedimento Arbitral e decidir as questões nele submetidas.

¹ Termo de Arbitragem, item 4.2.

² Termo de Arbitragem, item 4.3.



6

1.4 Convenção de Arbitragem

11. A cláusula compromissória transcrita abaixo, inserida no Contrato Emergencial nº 009/2018-SMT.GAB, é o fundamento para a instituição deste Procedimento Arbitral:

II- CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

CLÁUSULA VIGÉSIMA DISPOSIÇÕES GERAIS MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

20.1. A CONTRATANTE compromete-se, no prazo de até 90 (noventa) dias, a realizar e a apresentar à CONTRATADA estudos conclusivos acerca de eventual desequilíbrio econômico financeiro pleiteado pela CONTRATADA em decorrência do Contrato nº 037/17-SMT.GAB, sendo seus eventuais efeitos consolidados em Termo de Aditamento específico.

20.2. Ocorrendo controvérsia relativa ao item acima (20.1), dele oriunda ou a ele associada, CONTRATANTE ou CONTRATADA poderão suscitar o procedimento amigável de solução de divergência.

20.2.1. Suscitado o procedimento amigável de solução de divergência, será formado um Comitê de Mediação, integrado por um representante da CONTRATANTE e outro da CONTRATADA, indicados no prazo de 30 (trinta) dias contados da suscitação por qualquer das partes. Os representantes indicados escolherão um terceiro membro do Comitê de Mediação. Não havendo consenso na escolha do terceiro membro, considerar-se-á prejudicado o procedimento de solução amigável de divergências, caso em que poderá ser instaurado o juízo arbitral, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996, alterada pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

20.2.2. Os membros do Comitê de Mediação não poderão ter com as partes relação que caracterize casos de impedimento ou suspeição de juiz, nos termos do Código de Processo Civil, e deverão proceder com imparcialidade, independência, competência e discricção, aplicando-se-lhes, no que couber, o disposto no Capítulo III, da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que tratam da arbitragem.

20.2.3. O Comitê de Mediação, com base na fundamentação, documentos e estudos apresentados pela CONTRATANTE e pela CONTRATADA, apresentará a proposta de solução conciliatória, que deverá observar os princípios reitores da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal. A proposta do Comitê de Mediação não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia ao juízo arbitral, a ser instituído nos termos da legislação aplicável (Lei Federal nº 9.307/96, alterada pela Lei Federal nº 13.129/15).

20.2.4. Caso aceita, pela CONTRATANTE e pela CONTRATADA, a solução proposta pelo Comitê de Mediação, se for o caso, será incorporada ao Contrato mediante assinatura de termo aditivo.

20.3. Se necessário, as partes elegerão, oportunamente e de comum acordo, o órgão arbitral ou entidade especializada que se incumbirá da arbitragem, sendo que os custos decorrentes serão suportados pela CONTRATADA.

20.4. Os valores dos aluguéis devidos pela CONTRATADA a partir de 13 de dezembro de 2017 e ainda não saldados serão descontados de sua remuneração, de acordo com critérios a serem definidos pela CONTRATANTE,



7

após os estudos mencionados nesta Cláusula e após sua revisão, nos moldes do Anexo X deste Contrato e, ocorrendo divergência, serão observados os procedimentos pactuados nos itens 20.2 e seguintes deste contrato. A CONTRATADA, por seus representantes legais, concorda expressamente com a instituição das disposições contidas, em negrito, nesta Cláusula, que dizem respeito a MEDIAÇÃO e a ARBITRAGEM, em atendimento ao que dispõe o § 2º do artigo 4º da Lei Federal nº 9.307/96, alterada pela Lei Federal nº 13.129/15.

12. O item 20.3 da referida cláusula é complementado por meio do item 12 da Notificação dirigida pela Ambiental ao Município datada de 17 de maio de 2019³, objeto de anuência por parte do Município por meio do Ofício nº 539/2019-SMTGAB, datado de 4 de junho de 2019.⁴ Consignou-se no item 3.2 do Termo de Arbitragem que as Partes controvertem acerca da validade e eficácia dessa troca de manifestações.

13. Em 17 de novembro de 2020, o Tribunal Arbitral proferiu Sentença Parcial sobre questões preliminares suscitadas pelo Município. A Sentença Parcial foi mantida em seu mérito em sede de Decisão sobre Pedidos de Esclarecimentos, em 1º de fevereiro de 2021. A referida Sentença Parcial indeferiu preliminares processuais e de mérito suscitadas pelo Município: (i) inexistência de convenção de arbitragem; (ii) invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem; (iii) ilegitimidade ativa da Ambiental; (iv) ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral por incompatibilidade entre o objeto da arbitragem e a amplitude material da convenção de arbitragem; (v) prescrição.

1.5 Sede, Idioma e Lei Aplicável na Arbitragem

14. A sede da Arbitragem é a cidade de São Paulo (SP), conforme estabelecido no item 6.2 do Termo de Arbitragem.

15. O idioma desta Arbitragem é o português, nos termos do item 6.1 do Termo de Arbitragem.

16. Aplicam-se a esta Arbitragem as leis da República Federativa do Brasil, não estando os árbitros autorizados a decidir por equidade, conforme disposto no item 7.1 do Termo de Arbitragem.

³ Doc. nº 7 do requerimento de arbitragem.

⁴ Doc. nº 8 do requerimento de arbitragem.

17. O presente procedimento arbitral é regido pelas regras do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC (“Regulamento”).

1.6 Valor da Arbitragem

18. Conforme consta do item 8.1 do Termo de Arbitragem, a Ambiental, em seu Requerimento para Instituição da Arbitragem, protocolizado no CAM-CCBC em 13 de junho de 2019, indicou como valor do litígio o montante de R\$100.393.426,00 (cem milhões, trezentos e noventa e três mil e quatrocentos e vinte e seis reais). Esse valor foi utilizado como base para fins de cálculo das taxas de administração e honorários de árbitros.

19. O item 8.3 do Termo de Arbitragem, estipula que, a qualquer tempo, com fundamento nos argumentos e documentos apresentados pelas Partes, o valor da arbitragem indicado poderá ser reavaliado pelo CAM-CCBC.

20. Em 22 de março de 2021, na Ordem Processual nº 5, o Tribunal Arbitral anotou que, à luz das manifestações da Ambiental, o Tribunal Arbitral constatou haver divergência entre o valor da arbitragem inicialmente indicado (R\$100.393.426,00) e o efetivo valor pleiteado pela Ambiental na presente arbitragem (R\$127.364.742,24). Diante dessa constatação, o Tribunal solicitou à SEC7 que, na forma do item “V. (c)” da Tabela de Despesas de 2019 do CAM-CCBC, levasse essa circunstância ao conhecimento da Diretoria para a eventual revisão do valor em disputa e demais providências decorrentes.

21. Em 26 de abril de 2021, a Secretaria Geral do CAM-CCBC enviou comunicado às Partes e ao Tribunal Arbitral, em que reavaliou o valor da arbitragem para o montante de R\$127.364.742,24 (cento e vinte e sete milhões, trezentos e sessenta e quatro mil, setecentos e quarenta e dois reais e vinte e quatro centavos), por ser esse o proveito econômico pretendido pela Ambiental. No comunicado, ainda solicitou ao setor financeiro do CAM-CCBC, em consonância com a Tabela de Despesas de 2019, a análise das custas com base no novo valor da causa, para que fosse realizada as complementações necessárias para o provisionamento das taxas de administração e dos honorários dos árbitros.



9

1.7 Prazo para prolação da Sentença

22. Em 22 de março de 2021, na Ordem Processual nº 5, o Tribunal Arbitral declarou encerrada a fase de instrução sobre os pontos controvertidos lá indicados e fixou prazo até 20 de maio de 2021 para apresentação de Alegações Finais pelas Partes, nos termos do item 9.7. do Termo de Arbitragem.⁵

23. Conforme o item 9.8. do Termo de Arbitragem, o prazo para prolação da sentença arbitral é de sessenta dias, prorrogável por mais trinta dias. Assim, o prazo inicial do Tribunal Arbitral para prolação da presente Segunda Sentença Parcial é 19 de julho de 2021.⁶

2 RELATÓRIO

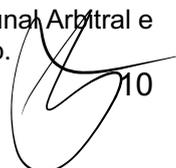
24. Em 17 de novembro de 2020, o Tribunal Arbitral proferiu sentença parcial sobre jurisdição e prescrição. Em 1º de fevereiro de 2021, após Manifestações das Partes, o Tribunal Arbitral proferiu Decisão sobre o Pedido de Esclarecimentos formulado pelo Município.

25. O histórico deste procedimento arbitral, até as datas acima apontadas, encontra-se relatado na Sentença Parcial de 17 de novembro de 2020 e na Decisão de 1º de fevereiro de 2021.

26. Em 1º de março de 2021, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 4, pela qual, dentre outras providências, entendeu haver condições, para maior eficiência do procedimento, para a prolação de sentença parcial que resolva, em caráter definitivo, pontos de direito relativos à interpretação e aplicação da lei e dos contratos, cuja solução não depende de provas adicionais. Dessa forma, o Tribunal indicou os seguintes pontos controvertidos como questões que independiam de novas provas: (i) cabimento de atualização monetária da indenização devida à Ambiental em função da caducidade, inclusive em face dos termos dos atos praticados pelas Partes

⁵ Termo de Arbitragem, item 9.7, p. 14: “Depois de encerrada a instrução, se houver, o Tribunal Arbitral concederá prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias para a apresentação de Alegações Finais”.

⁶ Termo de Arbitragem, item 9.8, p. 15: “O prazo para prolação da sentença arbitral será de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento da via eletrônica das Alegações Finais pelo Tribunal Arbitral e poderá ser estendido por até 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 10.1.1 do Regulamento.



10

(contratos emergenciais ou outros), bem como a definição dos parâmetros de atualização a serem eventualmente adotados; (ii) direito da Ambiental à percepção de uma TIR (Taxa Interna de Retorno) nos contratos emergenciais e, se for o caso, definição dos parâmetros para sua apuração e dos seus efeitos em relação à indenização; (iii) tratamento econômico-contábil dos trólebus e suas eventuais consequências em relação ao montante da indenização devida e subsequentemente paga de modo total ou parcial.

27. Ainda na Ordem Processual nº 4, o Tribunal: (i) postergou a decisão sobre o deferimento de outras provas a serem produzidas, ou sobre a adoção de uma fase imediata de prolação de Sentença Arbitral Parcial ou Final; (ii) facultou às Partes que, até o dia 15 de março de 2021, considerando os pontos já identificados e indicados pelo Tribunal Arbitral como passíveis de julgamento por Sentença Parcial, apresentassem manifestação sobre seu entendimento quanto à eventual necessidade de produção de provas complementares, notadamente a prova pericial econômico-contábil referida na Audiência, indicando o momento adequado para a sua realização; (iii) esclareceu que, após a eventual manifestação das Partes em 15 de março de 2021, o Tribunal Arbitral poderia declarar encerrada a instrução sobre as questões passíveis de julgamento com os elementos de provas já produzidos nos autos, com as especificações ou delimitações que se revelem necessárias, oportunidade em que abriria prazo de 45 dias para apresentação de Alegações Finais sobre as referidas questões e (iv) reservou-se, após apresentadas as Alegações Finais sobre as questões a serem eventualmente resolvidas desde logo pelo Tribunal Arbitral, a prerrogativa de proferir Sentença Parcial ou Final acerca das referidas questões, conforme autorização das Partes registrada no item 9.10. do Termo de Arbitragem, bem como para conversão do julgamento em diligência e retomada do procedimento arbitral, se reputadas cabíveis em face da análise do caso pelo Tribunal Arbitral.

28. Em 15 de março de 2021, a Ambiental manifestou-se favoravelmente à posição do Tribunal Arbitral de prolação de Sentença Arbitral Parcial sobre as questões de mérito indicadas na Ordem Processual nº 4, com algumas especificações, dentre elas a de que, em sede pericial, o valor que deverá ser utilizado



11

pelo perito contábil para fins de atualização pela TIR média do sistema, conforme pleiteado pela Ambiental na arbitragem, é o de R\$94.916.584,00.

29. Em 15 de março de 2021, o Município apresentou sua Manifestação à Ordem Processual nº 4. Na oportunidade, (i) impugnou a inexistência de alusão, na Ordem Processual nº 4, à petição do Município de 3 de novembro de 2020 e (ii) impugnou a formulação dos pontos controvertidos contida na Ordem Processual nº 4.

30. O Município destacou que os pontos controvertidos que demandam a produção de prova pericial são os seguintes: (i) a “pretensão da Requerente de aplicar ao seu crédito relativo à indenização pela reversão dos trólebus (já devidamente quitado) uma taxa de juros de 14,43% ao ano, desde a decretação da caducidade (outubro de 2013) até a condenação” e (ii) a “pretensão da Requerente de aplicar ao seu crédito relativo à indenização pela reversão dos trólebus (já devidamente quitado) correção monetária pelo IPCA, desde a decretação da caducidade (outubro de 2013) até a condenação”. Na oportunidade, indicou que o momento adequado para produção da prova pericial seria após decisão do Tribunal Arbitral sobre a procedência ou não dos pontos (i) e (ii).

31. Em 5 de abril de 2021, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 5, em que retificou e ratificou Ordem Processual nº 4 para o fim de determinar as próximas fases do procedimento arbitral.

32. A Ordem Processual nº 5, considerando as Manifestações das Partes de 15 de março de 2021: (i) declarou encerrada a fase de instrução sobre os seguintes pontos controvertidos:

- (i.1) cabimento de atualização monetária do montante da indenização no momento da caducidade e, se for o caso, o critério para a sua definição;
- (i.2) cabimento de atualização monetária do valor de indenização após a caducidade e ao longo da execução dos contratos emergenciais, bem como a existência e a suficiência da atualização monetária (reajuste) eventualmente aplicada no curso dos contratos emergenciais; e
- (i.3) direito da Ambiental à percepção de TIR sobre a indenização fixada para a caducidade e sua aplicação anual durante o período de duração dos contratos emergenciais utilizados para saldar a indenização, e, se for o caso, definição dos parâmetros para sua apuração e dos seus efeitos em relação à indenização;



12

33. Ainda na Ordem Processual nº 5, o Tribunal: (ii) facultou às Partes que, até o dia 20 de maio de 2021, apresentassem suas Alegações Finais sobre os pontos controvertidos analisados e fixados na Ordem Processual, inclusive (mas sem limitação) tratando expressamente desses pontos:

- (ii.1) previsão legal ou contratual quanto o cabimento de atualização monetária do montante da indenização no momento da caducidade, bem como os respectivos parâmetros, se for o caso;
- (ii.2) previsão legal ou contratual quanto ao cabimento de atualização monetária do valor de indenização após a caducidade e ao longo da execução dos contratos emergenciais, bem como os respectivos parâmetros, se for o caso;
- (ii.3) previsão legal ou contratual quanto ao direito da Ambiental à percepção de TIR (Taxa Interna de Retorno) sobre a indenização fixada na caducidade e no saldo anual dos contratos emergenciais, sob o ângulo da (a) suposta extensão aos contratos emergenciais do regime jurídico de retorno econômico do investimento aplicável ao contrato de concessão e (b), se for o caso, sob o ângulo da remuneração cabível à contratada nos contratos emergenciais a fim de lhe permitir a percepção de receita necessária a lhe obter o recebimento da indenização fixada para na caducidade;
- (ii.4) eventuais fatores a considerar conjuntamente com a atualização monetária ou a TIR ou outra remuneração na definição da existência do direito a indenização complementar (tais como a existência ou não de mora na reversão dos bens) ou dos critérios para a sua quantificação (tais como a ocorrência de reajustes tarifários ou a inexistência de ônus para a Ambiental na utilização dos trólebus durante a execução dos contratos emergenciais);
- (ii.5) necessidade ou não, à luz do direito aplicável e do contrato, de definição sobre a classificação contábil dos ativos para o reconhecimento da existência do pretendido direito à atualização monetária ou à percepção da TIR;
- (ii.6) admissibilidade ou não, a título de acolhimento parcial do pedido da Ambiental, da adoção de índice diverso do indicado pela Ambiental quanto a seu alegado direito à percepção da TIR, bem como os respectivos parâmetros, se for o caso;
- (ii.7) outros pontos de natureza processual ou substancial relacionados com os pontos controvertidos acima identificados e que devam ser examinados pelo Tribunal Arbitral para a prolação de sentença arbitral final ou parcial, para a conversão do julgamento em diligência ou para o diferimento da sentença quanto a outros aspectos da causa, diversos dos já referidos nesta Ordem Processual.

34. Na Ordem Processual nº 5, o Tribunal também: (iii) reservou-se, após apresentadas as Alegações Finais sobre as questões a serem eventualmente resolvidas desde logo pelo Tribunal Arbitral, a prerrogativa de proferir Sentença Parcial ou Final acerca das referidas questões, conforme autorização das Partes registrada no item 9.10. do Termo de Arbitragem, bem como para conversão do



13

julgamento em diligência e retomada do procedimento arbitral, se reputadas cabíveis em face da análise do caso pelo Tribunal Arbitral; (iv) anotou que, à luz das manifestações da Ambiental, o Tribunal Arbitral constatou haver divergência entre o valor da arbitragem inicialmente indicado (R\$100.393.426,00) e o efetivo valor pleiteado pela Ambiental no presente procedimento arbitral (R\$127.364.742,24), pelo que solicitou à SEC7 que, na forma do item “V. (c)”15 da Tabela de Despesas de 2019, levasse essa circunstância ao conhecimento da Diretoria do CAM-CCBC para a eventual revisão do valor em disputa e demais providências decorrentes.

35. Em 26 de abril de 2021, a Secretaria Geral do CAM-CCBC enviou comunicado às Partes e ao Tribunal Arbitral, em que reavaliou o valor da arbitragem em R\$127.364.742,24, conforme indicado pelo Tribunal e determinou que fosse realizada as complementações necessárias para o provisionamento das taxas de administração e dos honorários dos árbitros.

36. Em 20 de maio de 2021, a Ambiental e o Município apresentaram suas Alegações Finais.

37. Em 21 de maio de 2021, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 6, pela qual indeferiu a juntada do documento AM-32, apresentado pela Ambiental em sede de Alegações Finais, tendo em vista não se tratar de documento cuja juntada a destempo, inclusive após o encerramento da instrução, tenha sido justificada, nos termos do item 10.5 do Termo de Arbitragem.

3 PEDIDOS DAS PARTES

3.1 Pedidos da Ambiental

38. Nos termos do item 5.4. do Termo de Arbitragem, a Ambiental formulou os seguintes pedidos:

- j) Enquanto o Município entende que as receitas percebidas nos contratos emergenciais foram suficientes para remunerar os investimentos realizados pela concessionária na aquisição dos trólebus, a Ambiental defende que o valor auferido no âmbito dos contratos emergenciais foi insuficiente e que existe um saldo de indenização em aberto que deve ser pago pelo Município. Essa insuficiência de recursos resulta da conjugação dos seguintes fatores: a) insuficiência do reajuste tarifário realizado durante a celebração do 3º termo aditivo; b) desequilíbrio dos contratos emergenciais devido ao incremento dos



14

custos operacionais após a decretação de caducidade; c) erro na contabilização do valor de indenização por parte do Município;
k) Diante disso, a Ambiental requer a indenização pelos investimentos realizados na aquisição de frota pública de trólebus que ainda não foram amortizados, no valor de R\$ 100.393.426,00 (cem milhões, trezentos e noventa e três mil e quatrocentos e vinte e seis reais), com data base de junho de 2019.
l) Em consequência do acolhimento do pedido supra, que a parte Requerida seja condenada na totalidade das verbas sucumbenciais, englobando os custos com o Tribunal Arbitral, eventuais despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência no limite máximo de 20% do valor da condenação ou, sucessivamente, nos termos do parágrafo 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil.

3.2 Pedidos do Município

39. Nos termos dos itens 5.5.-5.6. do Termo de Arbitragem, superadas as questões preliminares e a alegação de prescrição já decididas, o Município formulou os seguintes pedidos:

5.6. Diante do exposto, o Requerido pede ao Tribunal Arbitral que:

(...)

c) caso o pedido acima não seja acolhido [pedidos relativos à jurisdição e à prescrição], o que se admite apenas para argumentar, sejam julgados improcedentes os pedidos da Requerente, assim como acolhidos os argumentos e pedidos apresentados pelo Requerido;

d) seja a Requerente condenada em todos os ônus da sucumbência, inclusive honorários advocatícios, caso seja superado o pedido do Município de não cabimento de honorários de sucumbência (item 'f');

e) que todos os custos da arbitragem sejam arcados pela Requerente, nos termos previstos em contrato entre as partes (cláusula 20.3 do contrato emergencial nº 09/2018-SMT.GAB), mesmo que o Requerido seja considerado vencido (total ou parcialmente);

f) caso o Requerido seja considerado vencido (total ou parcialmente), requer que não seja condenado em reembolso de honorários advocatícios contratuais ou em honorários advocatícios de sucumbência, observado, em caso contrário, o regime especial de honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública, previsto no parágrafo 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil;

g) que os pedidos do Requerido possam ser detalhados na resposta às alegações iniciais, observado este Termo de Arbitragem.

Subsidiariamente, o Requerido, desde já, apresenta uma negativa geral dos pedidos da Requerente, que deverão ser declarados improcedentes, pelos motivos que serão demonstrados de maneira mais minuciosa em sede de resposta às alegações iniciais.

3.3 Escopo da Segunda Sentença Parcial

40. Conforme o item 5.2 do Termo de Arbitragem,

“Após a assinatura do Termo de Arbitragem, nenhuma das Partes poderá apresentar novos pedidos ou causas de pedir, a não ser que seja previamente



15

autorizada a fazê-lo pelo Tribunal Arbitral após manifestação da Parte contrária”.

41. Assim, a presente Segunda Sentença Parcial observa os limites dos pedidos das Partes, de acordo com os termos por elas fixados no Termo de Arbitragem, desenvolvidos e fundamentos nas manifestações formuladas pelas Partes durante o procedimento arbitral, conforme o item 5.1 do Termo de Arbitragem.

42. Na Ordem Processual nº 5, de 5 de abril de 2021, o Tribunal Arbitral declarou encerrada a fase de instrução sobre os seguintes pontos controvertidos:

1. cabimento de atualização monetária do montante da indenização no momento da caducidade e, se for o caso, o critério para a sua definição;
2. cabimento de atualização monetária do valor de indenização após a caducidade e ao longo da execução dos contratos emergenciais, bem como a existência e a suficiência da atualização monetária (reajuste) eventualmente aplicada no curso dos contratos emergenciais;
3. direito da Ambiental à percepção de TIR sobre a indenização fixada para a caducidade e sua aplicação anual durante o período de duração dos contratos emergenciais utilizados para saldar a indenização, e, se for o caso, definição dos parâmetros para sua apuração e dos seus efeitos em relação à indenização.

43. A presente Segunda Sentença Parcial julga as questões controvertidas fixadas na Ordem Processual nº 5, que foram objeto de Alegações Finais apresentadas pelas Partes em 20 de maio 2021.

44. Conforme registrado no item 9.10 do Termo de Arbitragem, as Partes conferiram ao Tribunal Arbitral o poder de proferir sentenças parciais.

4 FUNDAMENTAÇÃO

4.1 Considerações Iniciais

45. Após considerar as manifestações das Partes em relação à Ordem Processual nº 4, o Tribunal Arbitral, na Ordem Processual nº 5, apresentou as questões que integram o objeto da arbitragem e delimitou aquelas que reputa passíveis de solução com base nos elementos de prova já existentes no procedimento e nas manifestações das Partes na fase postulatória.

46. Os referidos pontos controvertidos são examinados abaixo, com análise sobre os argumentos das Partes quanto a cada um dos pontos e a respectiva decisão



16

do Tribunal Arbitral. O Tribunal Arbitral anota que analisou todos os argumentos e provas apresentados pelas Partes, em suas diversas manifestações, ainda que tais argumentos ou provas não estejam expressamente mencionados.

47. Os pontos controvertidos ora julgados consistem em questões cuja análise não exige a produção de outras novas provas além daquelas já produzidas no procedimento arbitral. As Partes, oportunamente, concordaram com que o Tribunal Arbitral julgasse nesta fase as questões abaixo elencadas, inclusive com a faculdade de converter o julgamento em diligência quanto a pontos que se repute necessitar de provas adicionais.

48. Em 15 de março de 2021, a Ambiental apresentou manifestação favorável à prolação de Sentença Parcial pelo Tribunal Arbitral a respeito das questões controvertidas indicadas na Ordem Processual nº 4 e posteriormente revisadas (sem alteração de conteúdo) na Ordem Processual nº 5.⁷ O Município, por sua vez, em Manifestação apresentada na mesma data (15 de março de 2021), requereu a produção de prova econômico-contábil com a finalidade de comprovar que a Ambiental já teria sido remunerada e que a indenização ocorreu com correção monetária durante os Contratos Emergenciais.⁸ De todo modo, afirmou que tal prova pericial deveria ser posterior ao julgamento das questões de direito.⁹

49. Diante deste cenário, o Tribunal Arbitral passa a julgar as questões controvertidas cujo conteúdo não enseja a produção de novas provas.

4.2 A relação contratual entre as Partes

50. A controvérsia diz respeito à indenização devida pelo Município à Ambiental em face da decretação de caducidade do Contrato de Concessão nº 037/07 – SMT.GAB (doc. AM-03) (“Contrato de Concessão”), celebrado em 13 de dezembro

⁷ Manifestação do Município à Ordem Processual nº 4, § 6, p. 4.

⁸ Manifestação do Município à Ordem Processual nº 4, § 9, p. 5.

⁹ O Município aponta como “questões de direito” os seguintes pontos: “(i) Pretensão da Requerente de aplicar ao seu crédito relativo à indenização pela reversão dos trólebus (já devidamente quitado) uma taxa de juros de 14,43% ao ano, desde a decretação da caducidade (outubro de 2013) até a condenação; (ii) Pretensão da Requerente de aplicar ao seu crédito relativo à indenização pela reversão dos trólebus (já devidamente quitado) correção monetária pelo IPCA, desde a decretação da caducidade (outubro de 2013) até a condenação” (Manifestação do Município à Ordem Processual nº 4). Estes pontos correspondem aos mesmos pontos controvertidos fixados na Ordem Processual nº 5 e que são objeto de julgamento pela presente Sentença.

de 2007 com o Consórcio Leste 4 (“Consórcio”) e extinto em 11 de outubro de 2013 por caducidade (doc. SP-07).

51. A validade e eficácia da decretação de caducidade não estão em discussão. É incontroverso que o Contrato de Concessão foi extinto por descumprimento contratual pelo contratado (Consórcio). O Tribunal Arbitral considera que as circunstâncias relativas à caducidade não têm reflexos sobre a controvérsia a ser dirimida. Não há dúvida de que o regime a ser aplicado à indenização é o próprio da caducidade, baseado na premissa de que a Administração Pública não pode enriquecer-se injustamente em prejuízo do contratado, qualquer que seja o regime da extinção da concessão. Também não há dúvida de que não cabe extrair da ocorrência da caducidade qualquer redução dos direitos assegurados à Ambiental pelo regime indenizatório da Lei 8.987/1995.

52. Pouco depois da decretação de caducidade, foi celebrado o Contrato Emergencial nº 696/2013 (doc. AM-18), em 10 de dezembro de 2013, por meio do qual a Ambiental passou a desempenhar, como contratada isolada do Município, os serviços de transporte coletivo por tróibus na chamada Área 4.

53. Para esse fim, a Ambiental continuou a utilizar os mesmos 190 tróibus que operava durante a vigência do Contrato de Concessão. Nos termos do Contrato de Concessão e seus aditivos, estes correspondiam precisamente aos únicos bens reversíveis da Concessão.

54. O Tribunal Arbitral não considera pertinentes as afirmações de ambas as Partes de que, por razões diversas, foram levadas pelas circunstâncias a celebrar a sucessão de Contratos Emergenciais firmados a partir de dezembro de 2013. Para os fins deste procedimento, o Tribunal Arbitral considera que se trata de contratações realizadas livremente pelas Partes. Mesmo que se pudesse compreender que ambas estivessem limitadas, em suas opções fáticas, no momento da celebração do primeiro Contrato Emergencial – o Município, com a necessidade de manter os serviços em funcionamento enquanto estruturava nova licitação, e a Ambiental, com o interesse em mitigar os impactos negativos da caducidade –, a opção consciente das Partes é



18

a única explicação para a manutenção do regime emergencial pelos seis anos que se seguiram à caducidade, por meio de doze Contratos Emergenciais (doc. AM-18).¹⁰

55. Não estão claras as condições que orientaram a fixação da tarifa devida à Ambiental no âmbito do primeiro Contrato Emergencial, de R\$4,2155 por passageiro (doc. AM-18, 1º Contrato Emergencial, p. 15). Como será exposto adiante, esse é um fator relevante para se compreender as circunstâncias econômico-financeiras da amortização da indenização devida à Ambiental, na visão de ambas as Partes. Segundo a empresa, a tarifa por passageiro foi fixada de forma unilateral pelo Município, com base os custos que eram incorridos pelo Consórcio Leste 4 no âmbito do Contrato de Concessão.¹¹ O Município, especialmente por meio do relatório apresentado pela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (doc. SP-18) (“Relatório FIPE”), alude a que o valor da tarifa por passageiro teria sido definido de modo a reproduzir as condições do Contrato de Concessão quanto à receita proporcionalmente alocada à Ambiental, considerando uma estimativa de volume de passageiros que permitisse à Ambiental manter o mesmo nível de receita do período da Concessão – e, com isso, manter as mesmas condições de amortização do investimento em bens reversíveis ao longo da vigência dos Contratos Emergenciais.¹²

56. Independentemente disso, é fato que as Partes celebraram diversos Contratos Emergenciais, no âmbito dos quais se previu um regime de amortização da indenização pela parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis.

57. O valor da indenização na data da caducidade foi apurado como sendo R\$94.916.584,00 com base nas demonstrações financeiras da Ambiental. Correspondia ao valor contábil dos trólebus, deduzidas as depreciações realizadas segundo as regras contábeis então aplicadas pela Ambiental. O valor não abateu o montante correspondente a dois trólebus (dos 192 totais) que não mais existiam. As circunstâncias que determinaram a exclusão de tais dois trólebus são referidas adiante.

¹⁰ Os Contratos Emergenciais estão em AM-18 e SP-08. Os Anexos VIII estão no AM-26.

¹¹ Réplica da Ambiental, § 44, p. 14.

¹² Resposta do Município às Alegações Iniciais da Ambiental, § 225, p. 65.



19

58. Nesse contexto, o primeiro Contrato Emergencial continha, em seu Anexo VIII, as seguintes disposições sobre a indenização pela parte não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis (doc. AM-26):

Este Anexo apresenta a memória de cálculo do valor dos veículos Trólebus da empresa Ambiental Transporte S/A e o detalhamento sobre a reversibilidade dos mesmos ao Poder Público, ao final do Contrato Emergencial.

O Contrato de Concessão n. 037/07-SMT.GAB, celebrado em 13/12/2007 entre o Consórcio Leste 4 e a Municipalidade pelo prazo de 10 anos, previa a aquisição, pelo operador, de veículos trólebus, que ao final do Contrato seriam revertidos ao patrimônio público.

Fazia parte do Consórcio Leste 4 a empresa Himalaia Transporte S/A, posteriormente denominada Ambiental Transporte S/A. A empresa Ambiental cumpriu as exigências contratuais de aquisição de trólebus, totalizando, até o início de outubro/13, uma frota própria de 192 trólebus.

Tendo em vista a decretação da caducidade do Contrato de Concessão 037/07-SMT.GAB (Decreto Municipal nº 54.548 publicado em 12/10/13) antes do prazo final previsto de 12/12/2017, para a efetividade da reversibilidade dos trólebus ao Poder Público tornou-se necessário o ressarcimento à empresa Ambiental Transportes S/A pelo valor não depreciado dos bens.

O cálculo do valor não depreciado foi estimado pelo Poder Público em R\$ 94.916.584 a preços históricos, considerando depreciação linear pro rata temporis, preços referenciais de notas fiscais, e as seguintes datas de referência para o início da contagem do tempo:

- 12 trólebus incluídos até agosto/11: início de remuneração em 13/12/2007;
- 130 trólebus incluídos entre setembro/11 e março/13: início de remuneração a partir da data de inclusão;
- 50 trólebus incluídos entre julho/13 e setembro/13: início de remuneração a partir da data de inclusão.

A celebração do Contrato Emergencial com a empresa Ambiental torna possível o adiamento do ressarcimento pelo valor não depreciado dos trólebus, sendo que o período do recente contrato contará para reduzir o montante da indenização.

Considerando que há 1.523 dias entre as datas de 11/10/13 e 12/12/17, ou seja, respectivamente o último dia de operação antes da decretação de caducidade e a data originalmente prevista para encerramento do Contrato de Concessão 037/07-SMT.GAB, para cada dia a partir da caducidade do contrato até o término da vigência do contrato emergencial será deduzido 1/1523 avos, ou 0,06566%, do valor dos trólebus que deveria ter sido ressarcido à Contratada pelos trólebus com o fim do mencionado Contrato.

Ao final do contrato emergencial, a Contratada deverá reverter a propriedade dos veículos trólebus, relacionados neste Anexo, ao Poder Público,



entregando-os sem ônus de qualquer natureza, devidamente quitados de financiamento e em condições operacionais, recebendo para tanto o ressarcimento pelo valor não depreciado dos trólebus. A critério do Poder Público, o ressarcimento poderá ser efetuado por outra empresa indicada, devidamente habilitada para prestação dos serviços de transporte público. Na hipótese da empresa Ambiental continuar prestando o serviço com a frota trólebus após o encerramento deste Contrato, o critério de redução do valor não depreciado à taxa diária de 0,06566% ao dia continuará sendo aplicado.

59. Nos Contratos Emergenciais subsequentes, o Anexo VIII continuou a ser celebrado, apenas com um ajuste com relação ao valor do saldo de indenização então reconhecido pelo Município, considerando a amortização acumulada quando de cada contrato. De cada Contrato Emergencial a partir do segundo, inclusive, constou que, “A atualização do cálculo do valor não depreciado da frota de trólebus, (...) considerando os mesmos critérios anteriores foi estimado pelo Poder Público em [valor variável] a preços históricos”. Do sexto Contrato Emergencial em diante, a redação “Valor não depreciado” constante das tabelas do Anexo VIII foi substituída por “Valor a pagar sem correção”. O Anexo VIII foi mantido até o nono Contrato Emergencial. A partir do décimo Contrato Emergencial, tendo em vista já haver se encerrado o mecanismo de amortização previsto no Anexo VIII dos contratos anteriores, não mais se aludiu ao regime de reversão dos trólebus.

60. Na esfera administrativa, a Ambiental formulou diversos pedidos de reequilíbrio durante os Contratos Emergenciais. Em 2017, formulou pedido baseado nos laudos da Addax (“Relatório Addax 2017”) e da Fipecafi (“Relatório Fipecafi 2017”) – os quais foram atualizados por ocasião do Requerimento de Arbitragem e das Alegações Iniciais nesta arbitragem.

61. A decisão acerca dos pontos identificados na Ordem Processual nº 5 pressupõe a interpretação do Anexo VIII dos Contratos Emergenciais e o que deve ser extraído deles em relação ao objeto do litígio, notadamente a definição do montante da indenização e da forma do seu pagamento.

62. Trata-se de negócios jurídicos válidos e eficazes, que não são impugnados por qualquer das Partes. As eventuais razões que tenham levado cada uma das Partes à sua celebração não são relevantes para o objeto deste processo.



21

63. A interpretação de tais negócios deve considerar a intenção das Partes retratada nas suas respectivas declarações (art. 112 do Código Civil). Não é cabível atribuir às avenças sentido ou alcance que não seja amparado pelo consenso retratado no seu texto. A impossibilidade de contratos administrativos orais (art. 60, parágrafo único da Lei 8.666/1993) reforça a relevância da intenção retratada no texto do instrumento firmado pelas Partes.

64. A transcrição do Anexo VIII em tópico anterior denota que o reconhecimento do montante da indenização (de R\$94.916.584,00) foi objeto de uma estimativa unilateral do Município. O mesmo se prevê em relação à estimativa do montante devido a cada novo Contrato Emergencial e, por conseguinte, do montante amortizado até então. As Partes adotaram redação que definiu tais atos como estimativas do Poder Público, não como objeto de acordo entre as Partes. Nesse sentido, veja-se a redação adotada no referido Anexo VIII do primeiro Contrato Emergencial¹³: “O cálculo do valor não depreciado **foi estimado pelo Poder Público** em R\$94.916.584 (...)” (sem negrito no original).

65. Por outro lado, há avença bilateral quanto ao adiamento da indenização para o final de cada Contrato Emergencial, bem como quanto à efetiva transferência dos trólebus apenas nesse momento, mediante o pagamento pelo Município do montante de ressarcimento em aberto.

66. Não é cabível atribuir ao Anexo VIII de cada Contrato Emergencial o sentido de um acordo definitivo sobre o adimplemento da indenização devida pela caducidade. Houve acordo quanto à possibilidade de o montante reconhecido pelo Município ser pago mediante a metodologia de amortização prevista no Anexo VIII, com o efeito de reduzir em cada Contrato Emergencial o montante da indenização, sem prejuízo do direito (que não foi objeto de renúncia ou quitação pela Ambiental) de obter a indenização integral devida em face da decretação de caducidade e da reversão dos bens.

¹³ Doc. SP-08.

67. Por outro lado, tanto o Anexo VIII quanto o Termo de Encerramento dos Contratos Emergenciais¹⁴ estabeleceram o diferimento da efetiva entrega dos trólebus para o Município. Assim, a ausência de efetiva entrega dos trólebus e, ao contrário, a manutenção de sua utilização pela Ambiental foram pactuadas voluntariamente pelas Partes. Não prejudicam o reconhecimento do direito da Ambiental a eventuais diferenças no montante da indenização devida pelo Município nem a determinação de que se realize o pagamento correspondente concomitantemente à transferência de titularidade sobre os referidos trólebus.

4.3 Objeto do processo arbitral

68. Questão preliminar a ser dirimida consiste na identificação precisa do objeto da arbitragem.

69. O Município, em diversas oportunidades, ressalta que o objeto do pedido da Ambiental é limitado à aplicação, sobre o montante definido no Anexo VIII dos Contratos Emergenciais (ajustado em face da exclusão de dois trólebus, conforme exposto abaixo), da atualização monetária segundo a variação do IPCA desde a entrada em operação de cada trólebus, acrescida de taxa de remuneração corresponde à TIR média do sistema calculada pela Ernst Young.¹⁵

70. O Tribunal Arbitral entende que o pedido da Ambiental é mais amplo, embora haja divergência no âmbito do Tribunal Arbitral sobre a sua extensão.

71. Os pedidos da Ambiental, que delimitam o objeto desta arbitragem tendo em vista a inexistência de pedidos contrapostos do Município, dirigem-se a dois aspectos da indenização devida pela caducidade.

72. Em primeiro lugar, trata-se da definição do valor inicial da indenização. Em segundo lugar, referem-se ao modo e condições de atualização, amortização e pagamento da indenização assim fixada, considerando os pagamentos (integrais ou parciais) realizados por meio dos Contratos Emergenciais e os acréscimos devidos em eventual saldo favorável à Ambiental.

¹⁴ Doc. AM-21: “2.2. São exceções ao encerramento da execução dos contratos emergenciais as seguintes cláusulas: 2.2.1. A obrigação da CONTRATADA de transferir a posse e a propriedade dos veículos Trólebus descrito no Anexo I, parte integrante deste instrumento”, p. 2.

¹⁵ Doc. AM-24.



23

73. No que se refere ao primeiro aspecto, o Tribunal Arbitral entende, por maioria (conforme expresso na declaração de voto do Árbitro Regis Fernandes de Oliveira), que o pedido da Ambiental se restringe à revisão do montante de R\$94.916.584,00 para que seja acrescido da correção monetária pela variação do IPCA desde a entrada em operação de cada tróibus, nos termos do cálculo feito pela Addax.¹⁶ Isso se conclui do pedido formulado pela Ambiental no Termo de Arbitragem, no qual é requerida a indenização do valor de R\$100.393.426,00, com base nos relatórios Addax, que inclui o valor da correção monetária sobre o custo histórico da frota, no montante de R\$4.515.182,00 (out/2013).

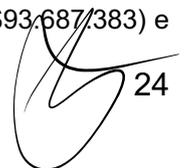
74. Mesmo se, em tese, a Ambiental pudesse haver pleiteado indenização adicional, uma vez que não estava impedida de fazê-lo pelos termos do Anexo VIII dos Contratos Emergenciais, a Ambiental não discorda da apuração contábil da parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos em bens reversíveis. Apenas defende que esse valor é insuficiente como indenização porque deveria ser acrescido da atualização monetária.

75. Esse é precisamente o cálculo formulado pela Addax, que instrui o pedido de arbitragem e adota como valor inicial, na data da caducidade, o montante de R\$93.687.383,00 (data-base outubro/2013). Destaque-se que, como ressaltado adiante, as revisões de 2020 dos relatórios da Addax e Fipecafi reconhecem que o montante inicial correto deve excluir dois tróibus baixados, correspondendo a um total de 190 tróibus. Desse modo, alude-se – e esse é o pedido da Ambiental, que adere aos cálculos das Addax e Fipecafi – a um valor sem correção de R\$93.687.383,00 e com correção, na data da decretação de caducidade, de R\$98.202.565,00.¹⁷

76. Em relação ao segundo aspecto, o pedido da Ambiental se baseia na premissa de que a amortização gradual do montante da indenização (desconsiderando-se o tema da correção inicial anterior à caducidade) somente pode ser considerada na medida em que os Contratos Emergenciais proporcionassem fluxo

¹⁶ Doc. AM-22.

¹⁷ Esse montante resulta da soma entre o valor inicial da indenização sem correção (R\$93.687.383) e o valor da correção (R\$4.515.182), conforme doc. AM-22, p. 47.



24

de caixa livre para essa amortização. Em tese, os Contratos Emergenciais poderiam haver fornecido receita suficiente apenas para a manutenção dos serviços emergenciais prestados, sem que se pudesse deles extrair qualquer parcela destinada à referida amortização. Isso é relevante inclusive porque os Contratos Emergenciais não preveem rubricas diversas de pagamento, apenas uma tarifa por passageiro fixada segundo critérios que podem ou não ter considerado a necessária cobertura das parcelas de amortização.

77. Novamente, em relação a esse aspecto, a Ambiental poderia haver formulado pedidos amplos de revisão das condições dos Contratos Emergenciais para a apuração de tal fluxo de caixa livre. Porém, e aqui também é um ponto de divergência do Tribunal Arbitral, não o fez. O subitem (j) do item 5.4 do Termo de Arbitragem alude a determinadas razões pelas quais, na visão da Ambiental, o Município defenderia de modo equivocado que já ocorreu a amortização integral da indenização. Tais razões são integradas no pedido do subitem (k), no qual a Ambiental pleiteia indenização complementar correspondente ao montante calculado pela Addax e confirmado pela Fipecafi como a indenização complementar devida, apenas com um ajuste quanto à taxa de remuneração (TIR média do sistema, em lugar do WACC). Em seu requerimento de provas, a Ambiental deixa clara essa vinculação ao pleitear a realização de prova pericial que confirme os termos dos referidos cálculos da Addax e Fipecafi.

78. O cálculo realizado pela Addax não se baseia na apuração detalhada do fluxo de caixa livre dos Contratos Emergenciais nem em eventuais causas de desequilíbrio destes, mas na apuração de um fluxo de caixa livre com base em certos parâmetros predeterminados, como a definição do valor inicial de R\$98.202.565,00, a incidência de atualização monetária pela variação do IPCA, a aplicação de remuneração baseada na TIR média do sistema e na amortização baseada na literalidade do Anexo VIII dos Contratos Emergenciais (amortização de 0,06566% do valor inicial de R\$94.916.584,00 a cada dia de execução dos Contratos Emergenciais). A partir dessas premissas, a Addax conclui que haveria uma folga de 3,66% ao ano (doc. AM-22, p. 45), denotando que os Contratos Emergenciais estariam



25

equilibrados nessa condição e ficariam desequilibrados na hipótese de se imputar algum valor de correção monetária (ou reajuste tarifário) às parcelas de amortização.

79. Assim, na visão da maioria do Tribunal Arbitral, o presente processo não tem por objeto (i) uma discussão ampla sobre o montante inicial da indenização por caducidade, apenas sobre se deve ou não haver a incidência de atualização monetária sobre o valor inicial referido no Anexo VIII do primeiro Contrato Emergencial (devidamente ajustado pela redução para 190 trólebus), nem (ii) uma revisão ampla das condições dos Contratos Emergenciais, a fim de se apurar o eventual fluxo de caixa livre que possa ter sido empregado para a amortização total ou parcial da indenização ao longo de tais contratos. Ao contrário, o objeto do processo consiste (a) na correção do valor inicial da indenização pelo IPCA até o momento da decretação da caducidade, (b) na correção do montante da indenização pelo IPCA desde a decretação da caducidade até o efetivo pagamento total ou parcial, (c) na aplicação de uma taxa de remuneração, notadamente a TIR média do sistema, desde a decretação da caducidade até o efetivo pagamento total ou parcial e (d) na definição de que a amortização realizada por meio dos Contratos Emergenciais foi limitada ao montante histórico das parcelas, sem atualização monetária, sob pena de haver desequilíbrio econômico-financeiro nos Contratos Emergenciais e a descaracterização de fluxo de caixa livre suficiente para a referida amortização, com o consequente pagamento insuficiente do valor estabelecido a título de indenização, nos termos dos relatórios Addax que delimitaram os pedidos da Ambiental. Esses são os pontos submetidos à decisão do Tribunal Arbitral, com base nas alegações e provas produzidas ou requeridas pelas Partes. Nesse ponto da delimitação do objeto da arbitragem, ficou vencido o Árbitro Regis Fernandes de Oliveira, nos termos de sua declaração de voto.

4.4 Valor inicial da indenização

80. A Ambiental afirma em suas Alegações Finais ser incontroverso o valor de indenização calculado em R\$94.916.584,00 (noventa e quatro milhões, novecentos e dezesseis mil, quinhentos e oitenta e quatro reais). Aponta que é este o valor base que deverá ser levado em consideração na aferição do valor presente da indenização,



26

após a incidência da taxa remuneratória equivalente à TIR média do sistema e aplicação do IPCA como fator de correção monetária.¹⁸

81. Porém, essa afirmação é inconsistente com a documentação existente nos autos e que embasa o seu pleito, inclusive os próprios relatórios da Addax e da Fipecafi.

82. O Município aponta que, no momento da caducidade do Contrato de Concessão, o valor da indenização foi estimado em R\$94.916.584,00. Posteriormente, o valor da indenização foi corrigido de comum acordo para R\$93.687.383,09. Explica que a diferença de R\$1.229.200,91 se refere a dois trólebus contados a mais, que foram posteriormente excluídos da frota a ser revertida e indenizada. O Município argumenta que não há controvérsia entre as partes em relação ao valor R\$93.687.383,09, que representa a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados.¹⁹

83. De fato, essa mesma informação consta dos relatórios da Addax e da Fipecafi juntados pela Ambiental.²⁰ Também é corroborada pelo documento SP-06, consistente no relatório da destruição de um dos trólebus por um incêndio.

84. Desse modo, quando da decretação da caducidade, havia apenas 190 trólebus passíveis de reversão e, portanto, de indenização da parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos correspondentes. O valor base a ser objeto de eventual correção ou remuneração, nos termos dos tópicos seguintes, é o de R\$93.687.383,09, em outubro de 2013.

4.5 Primeiro ponto controvertido: atualização monetária do valor inicial

85. As Partes divergem sobre se o montante da indenização considerado quando da decretação da caducidade deve ser sujeito a atualização monetária. Se for o caso, será necessário definir o índice de atualização monetária a ser adotado.

¹⁸ Alegações Finais da Ambiental, § 19.

¹⁹ Alegações Finais do Município, § 61.

²⁰ Docs. AM- 22 e AM-23.



27

4.5.1 Alegações da Ambiental

86. Alega a Requerente que a forma de pagamento da indenização oriunda dos bens reversíveis não amortizados ao término do Contrato de Concessão não foi estabelecida de comum acordo entre as partes. Afirma que protestou sobre a forma de pagamento da indenização continuamente, desde sua formulação.²¹

87. A Ambiental aponta inicialmente que o Requerido considerou apenas o custo histórico da frota que ainda não havia sido amortizado/depreciado, quando da decretação da caducidade. Para que o contrato não ficasse desequilibrado, o custo líquido da frota deveria ter sido corrigido monetariamente pela inflação²².

88. Alega que o tratamento contábil dado aos bens reversíveis deve seguir o disposto na ICPC 01 – Contratos de concessão (doc. AM-25). Argumenta que tal normatização contábil possui força normativa e poderá desencadear diversas consequências indesejáveis para aqueles que as não cumprirem.²³

89. A Requerente fundamenta seu pleito com o laudo da Addax, que demonstra aplicação do IPC-A para cada trólebus, a partir da data da entrada em operação até a data da caducidade da concessão, atingindo o valor de R\$4.515.182,00²⁴.

4.5.2 Alegações do Município

90. O Município argumenta que a Ambiental, ao pleitear indenização adicional de forma distinta da que convencionou nos Contratos Emergenciais, fere princípios jurídicos básicos, como o de que o contrato faz lei entre as partes (lex inter partes) e o da observância do pactuado (pacta sunt servanda).²⁵

91. Argumenta que o valor da indenização segue o critério do art. 36 da Lei 8.987/1995 e do Contrato de Concessão (doc. SP-03). O art. 36 da Lei de Concessões dispõe que a indenização será “das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados”. Aponta que não há qualquer

²² Alegações Iniciais da Ambiental, § 42.

²³ Alegações Finais da Ambiental, § 23.

²⁴ Laudo Addax 2020 p. 47 – Doc 12(1) da Requerente.

²⁵ Alegações Finais do Município, § 71.

menção de correção monetária. Assim, deve-se considerar a parcela ainda não amortizada ou depreciada, que foi estimada em R\$93.687.383,09 de comum acordo entre as partes.²⁶

92. Defende ser incabível o ajuste da parcela não amortizada ou depreciada dos trólebus pela inflação (IPCA ou qualquer outro índice), de forma retroativa, no valor de R\$4.515.182,00, por absoluta ausência de previsão legal ou contratual.²⁷

93. Aponta que a Lei 9.249/1995 (arts. 4º e 17) dispõe expressamente em sentido oposto à pretensão da Requerente. Dessa forma, não só não há respaldo legal, como há expressa vedação legal quanto ao pedido da Ambiental. Isso teria sido reconhecido pelo Relatório Fipecafi no seguinte trecho (doc. AM-23, p. 25):²⁸

“Na data da declaração da caducidade, 12 de outubro de 2013, o valor contábil líquido do ativo intangível era de R\$ 95 milhões. Deve ser fortemente ressaltado que esse valor corresponde ao saldo do custo histórico não corrigido da frota que ainda não foi amortizado/depreciado. Por ser custo histórico sem correção, esse valor não contempla nenhuma atualização pela inflação. Em termos econômicos, as receitas do Contrato de Concessão devem recuperar o custo real dos investimentos não o histórico. Isso implica que o custo líquido da frota deveria ser corrigido monetariamente pela inflação desde a sua entrada em operação.

Ocorre que, contabilmente isso é vedado desde 1995, conforme disposto na Lei 9.249/95. Mas, economicamente, o que faz sentido econômico é que as tarifas recuperem o custo corrigido monetariamente da frota de trólebus reversível”.

94. Sintetiza a questão sob o argumento de que a pretensão da Ambiental não encontra respaldo na legislação, nem nos procedimentos dos órgãos contábeis que disciplinam a contabilização de ativos intangíveis, e nem na matriz de risco do Contrato de Concessão, alterada pelos termos de aditamento.²⁹

95. Para fundamentar o argumento, transcreve o seguinte trecho do Laudo da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE (doc. SP-18, p. 18):³⁰

“É importante frisar esse ponto: o evento que dá direito à indenização trata-se de caducidade contratual que, como previsto no contrato, é motivada por reiteradas práticas deficientes dos serviços e obrigações, ou descumprimento sistemático de uma ou algumas das cláusulas contratuais pelo concessionário.

²⁶ Alegações Finais do Município, § 84.

²⁷ Alegações Finais do Município, § 85.

²⁸ Alegações Finais do Município, § 86.

²⁹ Alegações Finais do Município, § 87.

³⁰ Alegações Finais do Município, § 88.



29

Mesmo que a prática que dá causa à caducidade não tenha sido feita diretamente pela empresa em questão, mas por uma empresa associada ao consórcio da SPE, essa relação é alheia ao Poder Concedente e não pode ser a ele imputado. O ônus e as consequências da caducidade alcançam toda a concessão e seus membros. Portanto, não há que se falar em prejuízos econômicos e desequilíbrios por conta da caducidade, o que afasta o argumento que 'economicamente, o que faz sentido econômico é que as tarifas recuperem o custo corrigido monetariamente da frota de trólebus reversível'. Esse argumento faz sentido em uma discussão sobre reequilíbrio econômico-financeiro do contrato - o que estava assegurado pelos diversos aditamentos contratuais. Mas, com a caducidade, o contrato deixa de existir e, com ela, as discussões relativas a desequilíbrio e reequilíbrio.

Portanto, o que resta, são as normas legais que regulam a contabilização dos ativos e a forma de apuração do saldo não amortizado. E não há previsão para que esse saldo seja corrigido monetariamente. A conclusão de aplicação de correção monetária inicial no valor de R\$ 5 milhões, como calculada pela Addax, é totalmente descabida”.

96. O Município defende que não é porque ocorreu a caducidade que a parcela não amortizada ou depreciada deverá ser corrigida, o que resultaria em proveito econômico mais benéfico à concessionária do que o regulado pela concessão. Alega que a caducidade não pode ser considerada como causa de desequilíbrio contratual e que a ninguém é lícito se beneficiar da própria torpeza.³¹

97. Ainda argumenta que, por ser vedado o julgamento por equidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, deve ser aplicada a lei (princípio da legalidade, art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem) e a lei dispõe expressamente de forma contrária ao que pede a Ambiental.³²

98. Por último, ressalta que nem a Ambiental, nem o Município requereram a produção de prova em relação a este ponto controvertido. Defende tratar-se de simples aplicação da lei, o que torna irrelevante a classificação contábil adequada. Nesse sentido, transcreve o Laudo da FIPE (doc. SP-18, p. 44).³³

“Apesar dos reparos feitos ao relatório da Fipecafi, é correta a conclusão de que a concessionária deveria ter registrado em sua contabilidade os trólebus reversíveis como ativo intangível, procedendo a amortização linear pelo custo histórico, conforme pronunciamento CPC 04 (R1) – Ativo Intangível. Se a empresa adotou outro critério de registro para esse ativo e outro padrão de amortização, trata-se de risco que deve ser suportado exclusivamente pela

³¹ Alegações Finais do Município, § 89.

³² Alegações Finais do Município, § 90.

³³ Alegações Finais do Município, § 91.

própria empresa, não alcançando o Poder Concedente nem o pleito formulado. A classificação como ativo intangível não afeta os cálculos realizados, pois foi considerada amortização linear dos mesmos ao longo do período da concessão”.

99. Sobre a contabilidade da Ambiental, o Município alega que, embora a Ambiental reconheça que sua contabilidade estava errada e que ainda não procedeu à sua correção, essa será “oportunamente revisada”. Conclui que nem a própria Ambiental acredita na tese que apresenta perante o Tribunal Arbitral, caso contrário, já teria procedido à revisão de sua contabilidade.³⁴

100. Defende que o investimento foi registrado pela Ambiental como ativo imobilizado, com o cálculo da respectiva depreciação ano a ano, como se patrimônio dela fosse. Isso acarreta a redução (i) da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica – IRPJ e (ii) da contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL.³⁵

101. Tal registro não foi alterado após a decretação de caducidade, de modo que as referências a ativo intangível e ativo financeiro não existem na contabilidade da Ambiental, mas apenas na argumentação apresentada na arbitragem.³⁶

102. Para o Município, a alegação da Ambiental de que em nada se beneficiou dessa classificação e que teria sofrido prejuízos de ordem milionária não afasta sua obrigação legal e contratual de proceder à regularização de seus registros contábeis. O Município defende que a Ambiental não regularizou seus registros porque além de não acreditar na própria tese, teria prejuízos ainda maiores, já que se beneficiou indevidamente da contabilização acima descrita.³⁷

103. Em síntese, aponta que a Ambiental fundamenta seu pedido em uma ficção contábil que contrasta com a sua própria contabilidade. A repercussão jurídica da contabilidade no cálculo da indenização é inexistente. Menciona ainda a Nota Técnica FIPE (doc. SP-19, p. 10).³⁸

³⁴ Alegações Finais do Município, § 154.

³⁵ Alegações Finais do Município, § 155.

³⁶ Alegações Finais do Município, § 156.

³⁷ Alegações Finais do Município, § 157.

³⁸ Alegações Finais do Município, § 158.

4.5.3 Decisão do Tribunal Arbitral

104. O Tribunal Arbitral, por unanimidade, entende que é cabível a atualização monetária do valor contábil da frota utilizada na concessão, desde a data de entrada em operação de cada trólebus até a data da decretação de caducidade, acrescendo-se o resultado a ser apurado ao montante de R\$93.687.383,00.

105. O Município tem razão, e este ponto é incontroverso, que a Lei 9.249/1995 veda a correção monetária do balanço. Não há dúvida que a apuração contábil da parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis, segundo a contabilidade da Ambiental, correspondia aos referidos R\$93.687.383,00.

106. Porém, a apuração da indenização relativa ao saldo dos bens reversíveis não se limita aos critérios contábeis, mas deve retratar a realidade financeira da parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos relativos aos bens reversíveis. É amplamente assente que o decurso do tempo em ambiente inflacionário provoca a deterioração do valor da moeda. A jurisprudência reconhece que a atualização monetária não implica alteração, mas preservação do valor do dinheiro.³⁹ Por conseguinte, a adoção de um montante de indenização baseado em dados contábeis não corrigidos corresponde a uma redução do valor justo de indenização, necessário para evitar o enriquecimento sem causa da Administração⁴⁰ em relação à reversão de bens não integralmente amortizados ou depreciados.

³⁹ “2. O STJ possui o entendimento de que “a correção monetária não constitui um plus, sendo somente a reposição do valor real da moeda, devendo, portanto, ser aplicada, integralmente, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes” (REsp 1.062.672/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.10.2010)” (REsp 1786183/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 26.02.2019, DJe 11.03.2019). O TJSP já decidiu que “(...) A correção monetária tem por escopo a inegável e indiscutível recomposição do valor da moeda, corroído pela espiral inflacionária, impondo-se como imperativo de ordem jurídica, econômica e ética, sob pena de inadmissível enriquecimento ilícito do devedor” (TJSP, Remessa Necessária Cível 1009775-68.2016.8.26.0161, Rel. Des. OSVALDO DE OLIVEIRA, 12ª Câmara de Direito Público, j. 21.06.2021). Em igual sentido: TJSP, Apelação/Remessa Necessária 1008883-36.2017.8.26.0223, Rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, j. 24.07.2018; TJSP, Apelação Cível 1030822-87.2016.8.26.0100, Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, 9ª Câmara de Direito Público, j. 23.08.2017).

⁴⁰ Conforme explicam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “Se o particular investiu em determinada infra-estrutura ou em equipamentos, na expectativa de amortizar esse investimento com a exploração do serviço e, antes de amortizá-lo, se vê obrigado a transferir os bens ao poder concedente, não seria justo que este se beneficiasse do investimento alheio, apropriando-se sem contrapartida ao investidor. Para evitar tal conduta, proscria pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa e o confisco, é que a lei federal determinou a realização de levantamentos para apurar a

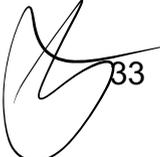
107. O reconhecimento da necessidade de atualização monetária não depende da classificação contábil dos ativos correspondentes, apenas do regime jurídico aplicável à indenização por bens reversíveis. O direito à indenização não se confunde com os efeitos da qualificação contábil atribuída aos trólebus ou à indenização correspondente. O Tribunal Arbitral concorda com a conclusão da FIPE de que a classificação contábil em seus próprios livros é um ônus da Ambiental⁴¹, que não produz efeitos em relação ao objeto deste processo. Do mesmo modo, entende que cabe ao Município, de modo independente, manter a contabilidade pública em termos adequados. Nada disso interfere com o direito à correção monetária dos valores correspondentes aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados no período em que o Contrato de Concessão estava em vigor, ou seja, entre a data de entrada em operação de cada trólebus e a data da caducidade.

108. Ainda sobre o regime jurídico aplicável à indenização relativa a investimentos vinculados a bens reversíveis, o Contrato de Concessão não contém nenhuma diretriz específica do Município sobre a metodologia para cálculo. Porém, outros entes ou órgãos já editaram atos normativos que podem ilustrar a necessidade de atualização monetária como inerente à fixação da indenização justa. A ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres editou a Resolução nº 5.860/2019, da qual se extraem as seguintes determinações:

Art. 6º. O valor indenizável dos bens reversíveis será apurado considerando o seu custo histórico, aferido com base em registro de ativos contábeis, passível de ajustes por verificação independente, descontados os tributos que tenham sido recuperados, despesas financeiras, e depreciação e amortização ajustadas segundo o Art. 11.

existência de investimentos não amortizados nos serviços que serão objeto de nova licitação. A existência de recursos não amortizados produzirá a obrigação de o concedente compensar o prestador do serviço, por um dos mecanismos fixados na lei” (Transição da exploração precária para o regime de concessões: o caso do transporte coletivo de passageiros. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP Belo Horizonte, n. 20, ano 6 Janeiro/Março 2008). Ainda em sede doutrinária, Alexandre Santos de Aragão defende que: “O concessionário, mesmo sendo inadimplente, terá direito à indenização pelos bens vinculados ao serviço ainda não amortizados, já que, ainda assim, o poder concedente não pode se enriquecer sem causa. A indenização, no entanto, será feita a posteriori, não contemplará lucros cessantes e dela serão descontados os valores das multas aplicadas e as perdas e danos infringidas ao poder concedente (art. 38, §§ 4º e 5º)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 659).

⁴¹ Doc. SP-18.



33

(...)

Art. 12. Os valores dos bens indenizáveis serão reajustados pelo IPCA, a partir da data em que o ativo estiver disponível para uso, até a data da extinção antecipada do contrato de concessão.

109. Determinações similares constam da Resolução nº 533/2019 da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, cujo art. 5º prevê que “Serão aplicados aos valores do custo de aquisição dos bens reversíveis: I – atualização pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, desde a data em que o bem se encontrava disponível para uso até a data de assunção das operações do aeroporto pelo novo operador”.

110. Embora evidentemente não se apliquem de modo vinculante ao Contrato de Concessão, tais normas corroboram a interpretação adotada pelo Tribunal Arbitral para os arts. 36 e 38, §§ 4º e 5º, da Lei 8.987/1995.

111. No que se refere ao índice de correção monetária a ser adotado, não houve debate entre as Partes. Com fundamento no Tema 810⁴², o Tribunal Arbitral conclui que a orientação do Supremo Tribunal Federal determina a aplicação do IPCA como índice adequado. Portanto, cabe a atualização monetária do valor inicial da indenização pela variação acumulada do IPCA.

112. De modo unânime, o Tribunal Arbitral entende que o cálculo de tal atualização monetária deve ser objeto de apuração mediante perícia econômico-contábil, conforme determinado no dispositivo desta Segunda Sentença Parcial.

113. Os fundamentos do Município para a rejeição da referida atualização monetária não dizem respeito à inadequação do índice pleiteado (IPCA) nem à eventual existência de outros fatores a considerar no cálculo, mas ao descabimento da atualização monetária em face da vedação da correção monetária do balanço e demonstrações financeiras desde a Lei 9.249/1995. Adotar solução contrária seria beneficiar indevidamente a concessionária em função da caducidade, atribuindo-lhe vantagem que não teria no ambiente de execução regular da concessão, e implicaria

⁴² “Tema 810 - Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009” (STF, RE 870947, Rel. Min. LUIZ FUX).



34

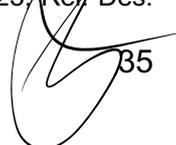
ofensa à determinação de que a arbitragem seja de direito (art. 2º, § 3º da Lei 9.307/1996), não por equidade.

114. A determinação da Lei 9.249/1995 relativamente à atualização monetária de balanços e demonstrações financeiras não se confunde com a apuração da parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis, calculada na forma do art. 36 da Lei 8.987/1995. Trata-se de determinações diversas, para fins distintos. O Contrato de Concessão não é específico quanto à metodologia de apuração (ao contrário das normas da ANTT e ANAC referidas acima), cabendo ao intérprete extrair do art. 36 da Lei 8.987/1995 e do silêncio do Contrato de Concessão os parâmetros adequados.

115. Não há distinção entre a situação de execução regular da concessão ou caducidade quanto a isso.⁴³ Tanto na extinção da concessão em seu termo final originalmente previsto quanto na hipótese de extinção antecipada, aplicam-se os mesmos critérios do art. 36 da Lei 8.987/1995. Previamente ao final do vínculo, caberia ao poder concedente apurar a existência – pelas vicissitudes da relação contratual de longo prazo – de eventual parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis, o que incluiria a atualização monetária dos investimentos, de modo a evitar que o cumprimento das regras contábeis e fiscais (notadamente da Lei 9.249/1995) implicasse sacrifício patrimonial ao concessionário e enriquecimento indevido ao poder concedente.⁴⁴ Desse modo, por aplicação do art. 36 da Lei 8.987/1995, não por

⁴³ Nesse sentido, cf. WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a lei de concessões: análise das leis ns. 8.987/95 e 9.047/95 e legislação subsequente. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 414: “Mesmo no caso de caducidade, decretada pelo Poder Concedente após completa apuração dos fatos em processo administrativo, a concessionária terá direito à indenização pelos bens reversíveis, apurados dentro dos mesmos critérios previstos para as outras formas de extinção, na forma do disposto nos arts. 36 e 38, § 5º. A diferença está em que a concessionária, nesse caso, sofrerá os descontos correspondentes às sanções pecuniárias que lhe foram aplicadas e ao valor dos prejuízos que sua inadimplência provocou”.

⁴⁴ O TJSP inclusive já decidiu que “(...) a correção monetária nada acrescenta ao débito, visa apenas recompor sua expressão monetária, corroída pela inflação. E o fato de o contratado, ora apelado, não ter se insurgido, de pronto, com o pagamento feito a destempo pela Municipalidade, não descaracteriza seu direito de crédito, seja por ser vedado na legislação o enriquecimento sem causa, seja porque, adstrito aos princípios da legalidade, segurança jurídica e probidade, a Administração, representada por seus agentes, deve sempre agir conforme os ditames de lealdade, cooperação e transparência, atenta ao fato que, o vínculo firmado com o Poder Público incute no administrado uma confiança legítima de que não será prejudicado” (TJSP, Apelação Cível 1000928-51.2017.8.26.0223, Rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, 8ª Câmara de Direito Público, j. 06.06.2018).



35

equidade, caberia a referida atualização tanto na hipótese de apuração feita no termo final da concessão quanto na de extinção antecipada por caducidade.

116. Essa determinação não afeta a alocação contratual de riscos, inclusive as previsões quanto aos bens reversíveis introduzidas pelo 3º e 5º Termos Aditivos ao Contrato de Concessão. Tais atos foram criticados nas manifestações da Ambiental, mas sua validade e eficácia não estão em discussão nesta arbitragem. Porém, seu sentido é o de determinar as condições em que os bens reversíveis devem ser transferidos (sem ônus, como os gravames próprios dos financiamentos para a sua aquisição) quando do termo final do contrato, não reduzindo a garantia de amortização integral prevista no art. 36 da Lei 8.987/1995. A necessidade de atualização monetária dos investimentos é um dos fatores que devem ser considerados na apuração da eventual existência de parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos, ainda que no contexto de extinção regular da concessão no seu termo. Como explica Floriano de Azevedo Marques Neto, diversas circunstâncias podem levar a que, mesmo no seu termo, a concessão não tenha proporcionado a amortização integral dos investimentos sobre os bens reversíveis.⁴⁵

117. Assim, caberá a realização de apuração técnica de tal atualização monetária, tomando-se em conta a variação do IPCA sobre todos os fatores tecnicamente relevantes (inclusive, mas não necessariamente apenas, as datas de entrada em operação dos trólebus, como previsto nos relatórios da Addax e Fipecafi) para que se retrate efetivamente a realidade econômico-financeira do impacto da variação do IPCA sobre a parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis. Esses pontos deverão ser oportunamente objeto de quesitos das Partes e do Tribunal Arbitral dirigidos ao perito contábil a ser designado para a realização da perícia, conforme explicitado no dispositivo desta Segunda Sentença Parcial.

4.6 Atualização monetária do valor de indenização após a caducidade

118. O Tribunal Arbitral considera que é cabível a decisão, no estado atual do processo, acerca do direito da Ambiental a que a indenização devida quando da decretação da caducidade seja atualizada monetariamente até seu pagamento

⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 197.

efetivo, inclusive durante os Contratos Emergenciais e por meio da amortização deles derivada.

119. Por outro lado, a solução desse ponto envolverá também o exame dos fatos relativos à definição das condições dos Contratos Emergenciais, notadamente quanto à incidência concreta de atualização ou reajuste sobre a amortização prevista no Anexo VIII de cada Contrato Emergencial entre 2013 e 2017.

120. Consigna-se que, a despeito de a Ambiental não haver referido a aplicação de atualização monetária (IPCA) em sua manifestação sobre a Ordem Processual nº 4, havia formulado tal pedido (tanto em relação ao valor inicial da indenização quanto no que se refere ao período dos Contratos Emergenciais) em sede de Alegações Iniciais (§ 58) e Réplica (§ 84), pelo que as questões permanecem controvertidas para o fim de apreciação nesta oportunidade.

4.6.1 Alegações da Ambiental

121. A Ambiental defende que o tratamento contábil dado à indenização não é irrelevante à presente lide.

122. Alega que a classificação de um ativo como financeiro tem por consequência a sua apuração a partir de seu valor justo, o que engloba necessariamente a atualização pela inflação, de forma a corresponder ao seu valor em uma transação não forçada em mercado (Pronunciamentos 38, 39 e 40 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis).⁴⁶

123. Alega que a própria FIPE, em Relatório juntado pelo Município (doc. SP-13, p. 25), concorda que o ativo poderia ser classificado como um ativo financeiro após a decretação de caducidade, por ser um “contas a receber”. No entanto, com o objetivo de justificar o descabimento deste pedido da Ambiental, a FIPE afirma que os reajustes tarifários incorporados por alguns dos Contratos Emergenciais incidiram sobre a remuneração pela prestação do serviço e sobre o saldo devedor da indenização, de forma que a amortização periódica da indenização se manteve atualizada durante os Contratos Emergenciais.⁴⁷

⁴⁶ Alegações Finais da Ambiental, § 34.

⁴⁷ Alegações Finais da Ambiental, § 35.

124. Alega que, na verdade, não há elemento contratual ou fático que comprove a tese do Município. Aponta que o Anexo VIII dos Contratos Emergenciais (doc. AM-26) não estabeleceu qualquer forma de atualização da indenização durante a vigência dos Contratos Emergenciais. Este ponto é especialmente relevante, pois evidencia que não há respaldo contratual algum no argumento do Município. O mesmo Anexo VIII, aliás, enfatiza o valor dos bens adquiridos como “ativo imobilizado”, incluindo a respectiva depreciação a preços históricos. Reputa que, se é possível extrair algum fato do Anexo VIII dos Emergenciais, é que os saldos não seriam corrigidos por qualquer índice inflacionário.⁴⁸

125. A Ambiental conclui que, diante da ausência de previsão contratual sobre a atualização do valor da indenização indenizatório, a FIPE realiza um grande exercício econômico para provar que a atualização tarifária promovida pelo Município na celebração dos novos contratos emergenciais serviu para corrigir ambos os fatores (a remuneração pela operação do serviço público e a amortização da indenização devida pelo encerramento antecipado). Para tanto, a FIPE argumenta que se a atualização tarifária não for aplicada sobre a parcela de amortização, a tarifa seria corrigida muito acima do razoável, em 23,78%, quando a média do sistema é de 17,61%.⁴⁹

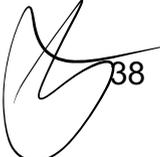
126. Em resposta ao Laudo da FIPE e a alegação de que a atualização da tarifa teria corrigido a amortização da indenização, a Ambiental apresenta três argumentos. Em primeiro lugar, aponta que os Contratos Emergenciais não estabeleciam mecanismo de reajuste tarifário. Além disso, as atualizações no valor da tarifa de remuneração decorreram de negociações travadas entre as Partes no momento da celebração de alguns Contratos Emergenciais. Alega que essa atualização não foi suficiente sequer para compensar o aumento dos custos operacionais suportados pela Ambiental.⁵⁰

127. Em segundo lugar, a Ambiental defende que a comparação realizada pela FIPE entre a operação da Ambiental com outras operações não é adequada, pois os

⁴⁸ Alegações Finais da Ambiental, § 36.

⁴⁹ Alegações Finais da Ambiental, § 37.

⁵⁰ Alegações Finais da Ambiental, § 38.



38

serviços prestados pela Ambiental diferem substancialmente dos prestados pelos outros consorciados do sistema. Aponta que seus serviços consistem na única operação de frota trólebus eletrificada, em garagem específica e pública, e de forma compartilhada, em escala distinta daquela apresentada pelas demais operações sob delegação da Município ou da Assistente. Além disso, a operação de uma frota majoritariamente eletrificada, em que o principal custo variável é a compra de energia elétrica, implica no fato de que o curso dos custos seja distinto de todas as outras operações do Município, que utilizam o combustível diesel, e que apresenta comportamento de preços diferente no tempo. Aponta que no período analisado, a variação do preço médio do óleo diesel no Município de São Paulo constante da base de dados da ANP entre outubro/2013 e dezembro/2017 foi de +41,5%, enquanto a conta de energia elétrica para a tração dos trólebus incorrida pela Ambiental no mesmo período aumentou mais de 100%.⁵¹

128. Em terceiro lugar, defende que a tarifa de remuneração é utilizada para remunerar a operação do serviço público e que apenas o saldo residual dessa remuneração, após o desconto dos custos operacionais, é direcionado à amortização da indenização (vide Nota Técnica da Addax, doc. AM-31). Para a Ambiental, essa constatação implica que eventuais aumentos nos custos operacionais da concessão diminuíam a capacidade remuneratória da tarifa dos Contratos Emergenciais para fins de amortização da dívida.⁵²

129. Dessa forma, em virtude da constatação de que o débito do Município não foi atualizado durante a operação emergencial, em contrariedade ao que disporiam as normas contábeis vigentes, seria devida a atualização monetária dos saldos do ativo financeiro pelo IPCA, por se tratar de índice genérico e de ampla aceitação para fins de determinação dos efeitos inflacionários.⁵³

⁵¹ Alegações Finais da Ambiental, § 39-41.

⁵² Alegações Finais da Ambiental, § 42.

⁵³ Alegações Finais da Ambiental, § 43.

4.6.2 Alegações do Município

130. O Município defende que não há previsão contratual de que o pagamento da indenização deveria ocorrer com correção monetária. Alega que a mera leitura dos sucessivos Anexos VIII nos Contratos Emergenciais, que regularam a indenização, basta para verificar que não há essa previsão.⁵⁴

131. Argumenta que a Ambiental aceitou ser indenizada nesses termos, sem previsão de correção monetária, sendo certo que, por se tratar de direito disponível da Ambiental, é válida essa disposição por contrato.⁵⁵

132. Também alega que, como nunca esteve em mora com os pagamentos, é incabível a apresentação posterior de pedido de atualização monetária do crédito indenizatório já plenamente quitado, conforme os arts. 394, 395 e 396 do Código Civil.⁵⁶

133. Caso o Tribunal Arbitral entenda cabível a correção monetária, o que o Município admite apenas para argumentar, ainda assim é improcedente o pedido, pois a Ambiental recebeu, na prática, a indenização com correção monetária.⁵⁷

134. Alega que o cálculo do reajuste do valor pago pelo Município por passageiro transportado pela Ambiental ocorreu sobre o valor total convencionado, incidindo tanto na parcela que remunerava a operação da Ambiental, quanto naquela relativa à indenização.⁵⁸

135. Argumenta ainda que o Relatório Addax (doc. AM-22, p. 39), apresentado pela própria Ambiental e por ela não contestado, reconhece que o reajuste acumulado

⁵⁴ Alegações Finais do Município, § 95.

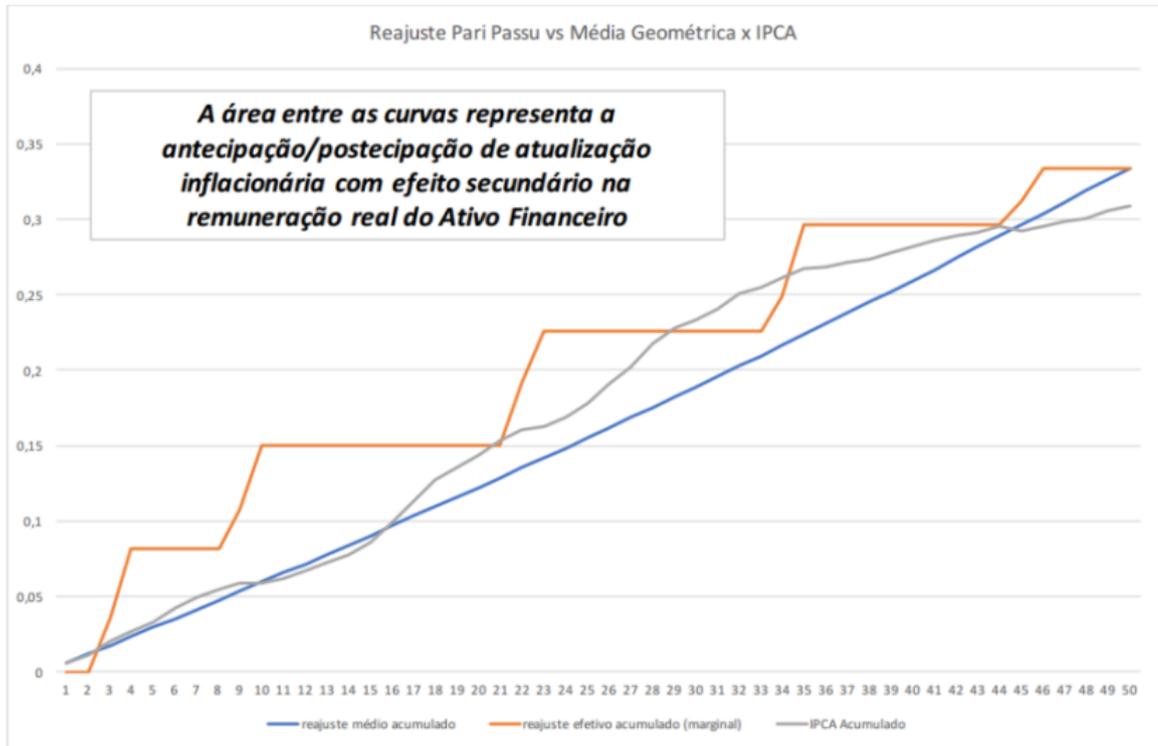
⁵⁵ Alegações Finais do Município, § 96.

⁵⁶ Alegações Finais do Município, § 97.

⁵⁷ Alegações Finais do Município, § 98.

⁵⁸ Alegações Finais do Município, § 99.

durante os 50 (cinquenta) meses dos Contratos Emergenciais, de 33,42%, é superior



ao IPCA para o mesmo período, de 30,92.⁵⁹

136. Aponta que, ainda que os valores previstos nos Anexos VIII – Da Reversibilidade dos Trólebus dos Contratos Emergenciais constem nominalmente iguais aos valores históricos do momento da caducidade, na prática, o pagamento da indenização contemplou reajuste juntamente com o reajuste total do valor pago por passageiro, no período entre 2013 e 2017.⁶⁰

137. O Município defende que a partir de 13 de dezembro de 2017, o valor pago por passageiro transportado caiu para R\$4,8534, pois a dívida do Município perante a Ambiental referente aos trólebus já estava quitada. Ao mesmo tempo, a Ambiental passou a pagar aluguel pelo uso dos veículos, conforme negociado pelas Partes.⁶¹

138. Argumenta que é incorreta a afirmação do Relatório Addax (doc. AM-22), de que os reajustes tarifários foram destinados apenas para a operação, sem abranger a amortização do saldo de indenização. Com base no Laudo FIPE (doc. SP-

⁵⁹ Alegações Finais do Município, § 101.

⁶⁰ Alegações Finais do Município, § 102.

⁶¹ Alegações Finais do Município, § 103.

18, p. 35), aponta os seguintes motivos como determinantes para a incorreção da afirmação da Addax: (i) se o reajuste da tarifa efetivamente recebido pela Ambiental não fosse aplicado também sobre a parcela da amortização, a tarifa teria índice de correção de 23,78, o que seria acima do razoável, considerada a média do sistema de 17,61%; (ii) havia a possibilidade de a operação da área da empresa apresentar variações de custos muito acima do resto do sistema, mas, ao se considerar a performance de uma empresa eficiente, representada pelos coeficientes técnicos da planilha tarifária, conclui-se que o reajuste para fins de remuneração dos custos operacionais teria acumulado no período 17,66%, muito próximo à média do sistema; e (iii) as planilhas de cálculo da Addax incluem elementos de custos que já foram objeto de pleitos de reequilíbrio pela Ambiental e que foram negados em sede administrativa pela Administração Pública Municipal. Elementos como despesas com ações trabalhistas e cíveis não se constituem em custos da operação, mas são essencialmente despesas decorrentes do processo de caducidade, risco exclusivo da Ambiental.⁶²

139. Assim, por todos os argumentos apresentados acima, o Município afirma que também é improcedente este pedido da Ambiental, pois além de não existir previsão legal ou contratual para tanto, ela já foi indenizada com reajuste no valor da amortização durante os contratos emergenciais, entre outubro de 2013 e 12/12/2017.⁶³

4.6.3 Decisão do Tribunal Arbitral

140. Em primeiro lugar, como explicitado acima nesta Segunda Sentença Parcial, o Anexo VIII dos Contratos Emergenciais não contém um acordo abrangente e integral das Partes acerca da forma de adimplemento da indenização devida pela caducidade.

141. Desse modo, a referência expressa do Anexo VIII a que o reconhecimento do valor inicial pelo Município e as sucessivas deduções (amortizações) promovidas na forma do Anexo VIII eram feitos em valores históricos, sem atualização monetária, não implica, por si só, nem a renúncia da Ambiental à atualização monetária da

⁶² Alegações Finais do Município, § 104.

⁶³ Alegações Finais do Município, § 105.



42

indenização, nem a avença de que as amortizações não tenham sido afetadas pelas alterações de tarifa realizadas no 2º, 4º, 6º e 9º Contratos Emergenciais.

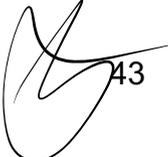
142. A não definitividade dos valores constantes no Anexo VIII foi reconhecida pelo Município, ao incluir no sétimo Contrato Emergencial, de 23.11.2016, que a Ambiental apresentou pedido de revisão da remuneração dos investimentos dos bens reversíveis. No mesmo sentido, mas de maneira mais expressa, a cláusula 16.3 do nono Contrato Emergencial (Contrato 037/2017, de 7 de novembro de 2017), na qual ficou “assegurada nova análise dos valores relativos à indenização dos bens reversíveis”.

143. Esses pontos são condicionados pelo regramento aplicável à indenização dos bens reversíveis (arts. 36 e 38 da Lei 8.987/1995) e pela realidade econômico-financeira da relação estabelecida pelas Partes ao longo dos diversos Contratos Emergenciais. O Tribunal Arbitral entende, por unanimidade, que a decisão definitiva acerca desse ponto depende de circunstâncias que devem ser apuradas em prova técnica, de natureza econômico-contábil, conforme detalhado adiante.

144. Fixada essa premissa, cabe examinar os aspectos jurídicos da questão controvertida, inclusive para fixar os parâmetros que deverão ser considerados na prova técnica.

145. O núcleo da questão é o cabimento da atualização monetária sobre o montante inicial de indenização, já retificado para refletir a reversão de 190, não de 192 trólebus, e sujeito à atualização monetária na forma do item anterior desta Segunda Sentença Parcial.

146. Quanto a esse ponto, os fundamentos já adotados se aplicam igualmente ao período posterior à decretação da caducidade. A atualização monetária destina-se unicamente a preservar o valor do dinheiro no tempo. Como não houve renúncia da Ambiental por meio do Anexo VIII dos Contratos Emergenciais, os arts. 36 e 38 da Lei 8.987/1995 lhe asseguram a percepção de indenização que seja atualizada



43

monetariamente até o efetivo pagamento. O índice a ser adotado é o IPCA, na forma do Tema 810 do STF.⁶⁴

147. Porém, essa conclusão não exaure a controvérsia. Ao contrário, os pontos de maior complexidade dizem respeito precisamente a (i) como considerar, no tempo, as amortizações realizadas no âmbito dos diversos Contratos Emergenciais, referidas nos respectivos Anexos VIII como efetivadas em valores históricos, e (ii) que outros fatores, se houver, devem ser tomados em conta para o cálculo do montante da indenização que foi efetivamente amortizado por meio da receita oriunda dos Contratos Emergenciais.

148. Uma vez que o Anexo VIII e o Termo de Encerramento dos Contratos Emergenciais não contêm uma determinação clara das Partes a esse respeito, mas principalmente declarações unilaterais do Município sobre o reconhecimento de determinados valores, desacompanhadas de quitação ou renúncia da Ambiental, os aspectos relacionados ao montante que deve ser considerado como amortizado por meio dos Contratos Emergenciais assumem feições claramente fáticas, cuja compreensão exige o aprofundamento da análise das circunstâncias econômico-financeiras da precificação dos Contratos Emergenciais. Somente com esse aprofundamento será possível verificar em que medida houve, por meio dos Contratos Emergenciais, a amortização integral ou parcial da indenização devida à Ambiental em função da extinção antecipada (por caducidade) do Contrato de Concessão.

149. Para esse fim, a prova técnica deverá examinar as circunstâncias subjacentes à divergência específica das Partes sobre se as parcelas de amortização, referidas em valores históricos no Anexo VIII de cada Contrato de Concessão, devem ser consideradas como atingidas também pelas elevações da tarifa ocorridas em determinados Contratos Emergenciais.

150. Conforme o relatório Addax 2020, juntado pela Ambiental, notadamente o gráfico reproduzido em tópico anterior desta Segunda Sentença Parcial (doc. AM-22,

⁶⁴ Nesse sentido: TJSP, Apelação/Remessa Necessária 1008883-36.2017.8.26.0223, Rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, j. 24.07.2018; TJSP, Reexame necessário 1036299-63.2016.8.26.0562, Rel. Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, 2ª Câmara de Direito Público, j. em 17.11.2017.



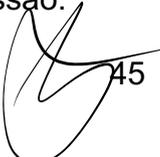
44

p. 39), tais elevações produziram efeito equiparável ao de um reajuste tarifário. Embora sob outra roupagem, promoveram a recuperação do valor da tarifa, de modo que, ao final do período considerado, o montante atualizado da tarifa correspondesse a pouco mais do que resultaria de mera atualização dos valores pelo IPCA. Resta saber se esse efeito de recuperação do valor da tarifa dos Contratos Emergenciais se estende às amortizações (realizadas com a receita derivada da percepção das tarifas) ou estas devem ser consideradas apenas pelo seu valor histórico, referido no Anexo VIII dos Contratos Emergenciais.

151. Sobre esse ponto, há uma divergência essencial entre os relatórios Addax 2020 (doc. AM-22) e o relatório FIPE (doc. SP-13).

152. O relatório Addax 2020 adota o critério de demonstrar que haveria desequilíbrio nos Contratos Emergenciais, com a conseqüente redução do fluxo de caixa livre para a amortização, caso as parcelas de amortização fossem computadas com a aplicação dos índices de variação da tarifa adotados em determinados Contratos Emergenciais. Com base nisso, computa os valores que reputa devidos – os quais consideram também uma remuneração (WACC ou TIR), objeto do tópico seguinte desta Segunda Sentença Parcial – com o abatimento das parcelas de amortização apenas pelo seu valor nominal, sem correção.

153. O relatório FIPE, por sua vez, critica o método adotado pela Addax, reputando que não é claro sobre a exclusão de fatores que afetam o custo da Ambiental, mas são imputáveis exclusivamente a esta, como ônus derivados da caducidade. Propõe outra metodologia, com a alocação de uma parcela determinada da receita dos Contratos Emergenciais ao custeio dos serviços prestados pela Ambiental no âmbito de tais contratos e outra à amortização da indenização. Com isso, conclui que a Ambiental teria recebido, por meio dos Contratos Emergenciais, receita suficiente para manter as condições originais (do Contrato de Concessão) de prestação dos serviços e para cobrir a indenização devida. Conclui também que o modo de definição da tarifa nos Contratos Emergenciais traz já implicitamente embutido um montante de remuneração dos investimentos da Ambiental, em termos que reproduzem as condições estimadas no âmbito do Contrato de Concessão.



45

154. Essa divergência deverá ser dirimida por meio de prova econômico-contábil, nos limites acima referidos, sem a qual não há condições de se determinar a extensão da amortização da indenização produzida pela receita tarifária oriunda dos Contratos Emergenciais, considerando-se que, a despeito da ausência de determinação clara dos Contratos Emergenciais sobre a alocação da respectiva receita, os Contratos Emergenciais se destinam tanto ao custeio dos serviços neles previstos quanto à amortização da indenização ao longo do tempo.

155. Em vista disso, o Tribunal Arbitral entende que (i) a atualização monetária sobre o valor da indenização é devida e deve ser computada e que (ii) a apuração do montante da indenização que foi efetivamente amortizado por meio da receita dos Contratos Emergenciais somente pode ser objeto de decisão pelo Tribunal Arbitral após a realização de prova econômico-contábil que possibilite, se possível, dirimir as divergências entre os relatórios Addax 2020 e FIPE e apurar os termos em que a receita dos Contratos Emergenciais foi empregada para a amortização da indenização. Até então, não há condições para que o Tribunal Arbitral decida sobre os demais fatores em jogo, especialmente sobre se as parcelas de amortização derivadas dos Contratos Emergenciais devem ser computadas pelo seu valor histórico ou corrigido pelos índices adotados em cada elevação de tarifa nos vários Contratos Emergenciais.

156. Como apontado em tópico anterior, o Tribunal Arbitral entende, por maioria de votos, que o objeto deste processo arbitral não abrange a discussão ampla das condições de execução dos Contratos Emergenciais e do equilíbrio contratual, nem a apuração de indenização que vá além do ressarcimento pela parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos em bens reversíveis. O pedido formulado pela Ambiental é baseado no relatório Addax 2020, confirmado pelo relatório Fipecafi 2020, mais especificamente nos cálculos elaborados e seus respectivos parâmetros e conclusões. A especificação de provas apresentada pela Ambiental também ressalta essa circunstância ao definir o escopo da prova a ser produzida: “Na mesma linha do acima exposto, a produção de prova econômico-contábil destina-se também a ratificar os cálculos da Addax que ampararam o quantum indenizatório pleiteado nesta

arbitragem, e as conclusões dos trabalhos técnicos da Addax e da Fipecafi no sentido de que os recursos auferidos no âmbito dos Contratos Emergenciais não foram suficientes para saldar a dívida indenizatória⁶⁵ – a primeira parte da prova pleiteada diz respeito à quantificação da indenização⁶⁶, o que já foi objeto de considerações anteriores (quanto à atualização dos valores pelo IPCA), que são complementadas no tópico seguinte no que se refere à remuneração por TIR ou WACC.

157. Em vista disso, após decidir favoravelmente à incidência de atualização monetária pela variação do IPCA sobre o montante da indenização, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, difere a decisão sobre os demais aspectos objeto deste tópico, inclusive e especialmente o reconhecimento do montante efetivamente amortizado da indenização por meio dos Contratos Emergenciais, para depois da produção da prova pericial econômico-contábil a ser determinada.

4.7 Direito da Ambiental a uma remuneração (TIR) sobre a indenização

158. O ponto principal do litígio a ser dirimido, inclusive quanto aos seus potenciais reflexos econômicos, refere-se à pretensão da Ambiental de que o montante da indenização fixada por ocasião da decretação da caducidade (com as retificações relativas à sua atualização monetária e à exclusão de dois trólebus, já examinadas em tópicos anteriores) seja acrescido não apenas de atualização monetária pelo IPCA (também já examinada), mas também de uma taxa de remuneração, em especial a Taxa Interna de Retorno (TIR) média do sistema, extraída do estudo Ernst Young (doc. AM-24).

159. O Tribunal Arbitral entende que é adequado o julgamento conforme o estado do processo sobre o direito da Ambiental à percepção da TIR média do sistema de transporte, de 14,43% ao ano, sobre o valor da indenização (inicialmente estabelecida e saldos anuais remanescentes). O Tribunal Arbitral compreende que os

⁶⁵ Especificação de Provas da Ambiental, § 9, p. 4.

⁶⁶ “Assim, em primeiro lugar, requer-se a produção de prova econômico-contábil acerca do montante indenizatório remanescente, aplicada Taxa Interna de Retorno de 14,41% ano (taxa média do sistema, conforme estudo da Ernst Young contratado pelo Município), a ser realizada por meio de perícia técnico-contábil especializada. A prova faz-se necessária para o estabelecimento incontroverso do valor a ser pago pelo Município com a procedência da presente arbitragem, levando em conta a taxa de juros adequada para correção do valor devido”. (Especificação de Provas da Ambiental, § 8, pp. 4-5).

elementos dos autos são suficientes para análise e decisão da questão. Desse modo, a perícia econômico-contábil a ser realizada já deverá levar em consideração essa premissa definida por meio desta Segunda Sentença Parcial.

160. O Tribunal Arbitral também entende ser cabível, se for o caso, a decisão acerca da aplicação de taxa de remuneração diversa, na hipótese de ser afastada a incidência da TIR pleiteada pela Ambiental, mas reconhecido o direito à remuneração. Discorda-se nesse ponto da posição do Município quanto ao descabimento dessa apreciação em face da ausência de formulação de pedidos em sucessão eventual pela Ambiental. Os pleitos são formulados com base nos relatórios Addax e Fipecafi, que aludem genericamente à necessidade de remuneração e examinam diferentes alternativas, como o uso do WACC (CMPC). A questão central é a definição da existência, ou não, do direito da Ambiental a uma remuneração pela indisponibilidade imediata da indenização devida quando da decretação da caducidade. Embora a aplicação da TIR média (indicada como 14,43%) seja explicitamente referida como base para o cálculo que inspira o pedido contido no item 5.4, subitem (k), do Termo de Arbitragem, o pedido é mais abrangente e pode ser, se for o caso, acolhido de modo parcial para que se adote outra taxa de remuneração reputada jurídica e tecnicamente adequada.

4.7.1 Alegações da Ambiental

161. A Ambiental argumenta que um ativo financeiro deve necessariamente comportar taxa de juros efetiva para sua amortização. Defende que, pelo Anexo VIII dos Contratos Emergenciais, ficou evidente que a indenização foi caracterizada como ativo imobilizado, cuja mensuração se dá a partir dos custos históricos. Diante disso, fato é que o parcelamento da indenização não comportou qualquer remuneração de capital, o que é contrário às normas contábeis que regem a contabilização de um ativo de natureza financeira.⁶⁷

162. Alega que, quando um particular decide assinar um contrato de concessão, obriga-se a realizar vultosos investimentos, ao mesmo tempo em que

⁶⁷ Alegações Finais da Ambiental, § 44.

assume diversos riscos associados à exploração do serviço público. Argumenta que o investidor espera que o retorno financeiro do investimento seja superior à taxa básica de juros vigente no período contratual. Aponta que, quando o empreendimento é minimamente lucrativo, ainda que não corresponda às expectativas, a subtração de ganhos do particular toma proporções expropriatórias, conforme posição já firmada pelo TCU no Acórdão nº 2.924/2019.⁶⁸

163. Afirma que não se sustenta o argumento de que a aplicação da TIR após a caducidade da concessão seria incorreta, sob a alegação de que não se trata de um novo projeto de infraestrutura, mas sim de uma dívida líquida e certa. Também afirma não haver fundamento na tese de que a indenização estaria atrelada “ao financiamento dos veículos junto a instituições financeiras cuja taxa média de juros é de 3,43%”. Argumenta que no Contrato de Concessão firmado entre as Partes, os “juros” (remuneração) devem refletir o custo de oportunidade suportado pelo particular.⁶⁹

164. A remuneração pelo capital investido não foi deliberadamente inflacionada ou distorcida pela Ambiental. A taxa de retorno adotada reflete a atestada pela Ernst Young (doc. AM-24) no âmbito de seu estudo sobre o sistema de transporte coletivo de passageiros no Município de São Paulo. Mais que isso, a TIR consiste ainda no retorno “implícito” dos contratos do sistema, calculado com base nos valores de remuneração ofertados pelos consórcios e cooperativas e suas respectivas propostas comerciais e a realidade fática dos empreendimentos, de modo a tornar nulo o Valor Presente Líquido (“VPL”) dos fluxos de caixa do empreendimento.⁷⁰

165. Aponta que a FIPE, em Laudo apresentado pelo Município (doc. SP-13, p. 24), afirma que o ativo financeiro poderá ser corrigido pela taxa de juros e atualização monetária em observância ao critério que tenha sido definido no contrato firmado entre

⁶⁸ Alegações Finais da Ambiental, § 45. O referido Acórdão 2.924/2019-Plenário do TCU não consta dos autos. Em pesquisa eletrônica no TCU, o Tribunal Arbitral constatou por sua ementa que o seu objeto não coincide com o alegado pela Ambiental nem é pertinente ao objeto do processo (“Pregão eletrônico. Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento de refeições institucionais. Ausência de justificativas para a especificação de alimentos e bebidas. Cláusulas restritivas. Ausência de prejuízo em concreto. Conhecimento. Procedência parcial”).

⁶⁹ Alegações Finais da Ambiental, § 47.

⁷⁰ Alegações Finais da Ambiental, § 48.

as partes. Defende que o parecer juntado pelo Município: (i) concorda com a posição da Ambiental de que o ativo pós-caducidade deveria ser tratado como ativo financeiro; e (ii) que este ativo deverá ser corrigido pela inflação e juros efetivos. No entanto, a partir destas afirmações, a FIPE promove conclusão equivocada, no sentido de que que os juros efetivos seriam equivalentes àqueles empregados no financiamento da frota de trólebus, o que ignora a realidade dos contratos de concessão, em que o ativo está atrelado à TIR do contrato – fluxos de caixa vinculados aos bens reversíveis em questão.⁷¹

166. A Ambiental também traz como exemplo, para reforçar a juridicidade do emprego da TIR a Solução de Consulta nº 12 da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal, em que um operador contratado em parceria público-privada questiona o que se considera receita bruta para fins de contribuição previdenciária. Nesse sentido, declara que sua remuneração é constituída por três parcelas: (i) remuneração pela prestação dos serviços, (ii) amortização dos investimentos realizados e (iii) remuneração do ativo financeiro.⁷²

167. A Receita Federal, ao responder à consulta formulada, não teria atendido a pretensão do consulente de não consideração da remuneração do ativo financeiro para fins de contabilização da receita bruta e, portanto, base de cálculo de determinados tributos federais. De todo modo, a Receita teria confirmado a adequação da contabilização promovida pelo consulente, reconhecendo a distinção de cada uma das parcelas de remuneração.⁷³

168. A Ambiental afirma que esse exemplo da consulta da Receita confirmaria seu argumento de que a taxa de juros adotada em contratos de concessão, usada para remunerar o ativo financeiro, não equivale a taxas de juros aplicadas em operações de mercado, e sim ao retorno esperado dentro do contexto da própria concessão.⁷⁴

⁷¹ Alegações Finais da Ambiental, § 49.

⁷² Alegações Finais da Ambiental, § 50. A Ordem Processual nº indeferiu a juntada do documento AM-32, consistente em cópia da referida decisão, em face de sua intempestividade.

⁷³ Alegações Finais da Ambiental, § 51.

⁷⁴ Alegações Finais da Ambiental, § 52.



50

169. Argumenta que os Contratos Emergenciais firmados entre as Partes reproduziram a fórmula de remuneração da Ambiental prevista no Contrato de Concessão. Essa fórmula atrelava a receita da Ambiental à demanda pelos serviços de transporte coletivo nas linhas a ela outorgadas. Dessa forma, a Ambiental estava sujeita aos mesmos riscos de demanda assumidos no Contrato de Concessão, tanto para remuneração de sua operação, como para amortização do crédito referente às parcelas de investimentos em bens reversíveis.⁷⁵

170. Diante desse cenário, o ativo financeiro deveria comportar a justa remuneração pelos riscos assumidos pela Ambiental no âmbito dos Contratos Emergenciais. Defende que a partir do momento em que a relação contratual foi prolongada e a Ambiental ficou sujeita aos mesmos encargos contraídos originalmente, a dívida foi integrada ao contexto econômico-financeiro particular dos contratos de concessão.⁷⁶

171. A Ambiental, em sede de Alegações Finais, pede para que, caso não seja acolhida sua pretensão de aplicação da TIR do sistema sobre o montante indenizatório devido, que o Tribunal aplique outros índices como o WACC ou a TIR do próprio Contrato de Concessão como fator de remuneração do capital.⁷⁷

4.7.2 Alegações do Município

172. Em suas Alegações Finais, o Município registra que a Ambiental, ao longo do processo, não apresentou pedido(s) subsidiário(s) de aplicação de outra(s) taxa(s) de juros sobre o valor da indenização dos bens reversíveis não amortizados.⁷⁸

173. Desta forma, defende que, caso o Tribunal não entenda cabível a aplicação da taxa de juros de 14,43% a.a. (referente à suposta média do Estudo Ernst Young – doc. AM-24), desde outubro de 2013 até a condenação do Município, este pedido deverá ser julgado improcedente.⁷⁹

⁷⁵ Alegações Finais da Ambiental, § 55.

⁷⁶ Alegações Finais da Ambiental, § 56.

⁷⁷ Alegações Finais da Ambiental, § 58.

⁷⁸ Alegações Finais do Município, § 46.

⁷⁹ Alegações Finais do Município, § 47.

174. Afirma que a Ambiental, em sua última manifestação na fase postulatória, confirmou a inexistência de pedido(s) subsidiário(s). Defende que a Ambiental deliberadamente optou por apresentar um único pedido principal.⁸⁰

175. Aponta também ser impossível eventual interpretação de supostos pedidos subsidiários implícitos no pedido da Ambiental. Assim, o que a Ambiental pretende é única e exclusivamente a aplicação dos juros da TIR média do sistema, de 14,43% a.a.⁸¹

176. O Município defende que a Ambiental não tem direito a acrescentar juros ao seu crédito quitado, em razão da inexistência de previsão legal ou contratual a este pedido.⁸²

177. Alega que a TIR consiste em método muito utilizado para análise da viabilidade de projetos de investimento. A TIR calcula a taxa de desconto que deve ter um fluxo de caixa para que seu Valor Presente Líquido (VPL) se iguale a zero. Deste modo, a TIR reflete a qualidade de um investimento.⁸³

178. Para o Município, atrelar o pagamento da indenização à TIR significa ignorar as razões e consequências da caducidade da concessão.⁸⁴

179. Aponta que o Contrato de Concessão não prevê que a concessionária será indenizada pelas parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não amortizados com aplicação da TIR ao término da concessão. Alega que tal cláusula nesse sentido nem poderia existir, por ser ilegal e por representar enriquecimento sem causa da concessionária, em prejuízo ao erário. Alega que, com a extinção da concessão, extingue-se também o direito do concessionário de recebimento da TIR.⁸⁵

180. O Município questiona se a Ambiental, caso a amortização dos trólebus entre 2013 e 2017 (no total de R\$93.687.383,09) não tivesse sido quitada, forçando-a a ingressar com ação judicial de indenização, teria incluído a cobrança de juros

⁸⁰ Alegações Finais do Município, § 48.

⁸¹ Alegações Finais do Município, § 49.

⁸² Alegações Finais do Município, § 108.

⁸³ Alegações Finais do Município, § 109.

⁸⁴ Alegações Finais do Município, § 110.

⁸⁵ Alegações Finais do Município, § 113.



52

sobre o principal na taxa de 14,43% ao ano, além da correção pela inflação, para o cálculo do valor devido, apenas com base no argumento de que seu crédito é um ativo financeiro, em função ainda de um pressuposto contábil que nem ela Ambiental aplica em sua contabilidade?⁸⁶

181. Defende que a Ambiental não apresenta fundamento jurídico qualquer que sustente sua alegação de que a caducidade não retira a remuneração do capital pela TIR.⁸⁷

182. Na hipótese de o Tribunal admitir o pedido da Ambiental de incidência dos juros da TIR sobre a indenização após a caducidade da concessão, ainda assim a Ambiental não teria direito de recebê-la através desta arbitragem, uma vez que a sua remuneração durante os contratos de emergência ocorreu, na prática, com taxa anual de 22,28% em termos nominais e 14,11% em termos reais, o que é compatível com a TIR das concessões vigentes à época, nos termos da conclusão do Relatório Addax (doc. AM-22, p. 45).⁸⁸

183. Sobre o ponto, o Laudo FIPE (doc. SP-18), em cálculo que o Município afirma ter sido reconhecido como consistente pela Nota Técnica da Addax (doc. AM-31, p. 7), apurou, mediante cinco cenários, que não existem saldos a pagar e que houve remuneração de capital em todas as simulações, com taxas de juros implícitas em patamares superiores ao pleiteado pela Ambiental.⁸⁹

184. Para o Município, o pedido principal da Ambiental nesta arbitragem visa à indenização por lucros cessantes, baseada numa taxa de juros que ela supõe que poderia auferir se o contrato não tivesse sido extinto por caducidade.⁹⁰

185. Defende ainda que, com a extinção do Contrato de Concessão, extingue-se a relação jurídica contratual. Por outro lado, surgem outras relações jurídicas, entre as quais a obrigação do Município de indenizar a Ambiental pelos investimentos não amortizados. Aponta que não podem ser confundidas a relação jurídica contratual

⁸⁶ Alegações Finais do Município, § 117.

⁸⁷ Alegações Finais do Município, § 118.

⁸⁸ Alegações Finais do Município, § 125.

⁸⁹ Alegações Finais do Município, § 126.

⁹⁰ Alegações Finais do Município, § 132.

(contrato de concessão) com a relação jurídica obrigacional (indenização), cuja origem decorre da extinção do Contrato de Concessão.⁹¹

186. Embora a Ambiental tenha prosseguido com a prestação do serviço de transporte público coletivo por trólebus após a extinção do Contrato de Concessão, não houve qualquer previsão de TIR nos Contratos Emergenciais.⁹²

4.7.3 Decisão do Tribunal Arbitral

187. O Tribunal Arbitral, por unanimidade, julga improcedente o pedido da Ambiental de inclusão de remuneração na indenização relativa à parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis, devida quando da decretação de caducidade.

188. O Contrato de Concessão e os Contratos Emergenciais são inconfundíveis em sua natureza e efeitos jurídicos. Também são inconfundíveis o direito ao recebimento da indenização, quando da decretação da caducidade, e as condições de prestação dos serviços de transporte coletivo no âmbito dos Contratos Emergenciais.

189. Em diversos momentos, a Ambiental apontou administrativamente a ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros nos Contratos Emergenciais. Essa seria uma discussão teoricamente possível, em que se examinariam as condições previstas nos Contratos Emergenciais e sua eventual frustração em face das circunstâncias reais. Porém, não é esse o objeto da pretensão da Ambiental, cujo pedido se refere à inclusão, no montante da indenização no Contrato de Concessão, de um valor correspondente a uma remuneração pelo custo de oportunidade derivado de não dispor dos recursos de imediato no momento da decretação da caducidade.

190. Os arts. 36 e 38 da Lei 8.987/1995 preveem apenas, no caso de caducidade, a indenização do concessionário pela parcela não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis. Extrai-se um retrato da situação do concessionário no momento da caducidade, verificando-se, a partir das condições reais de execução do contrato de concessão então extinto, a parcela dos investimentos em bens

⁹¹ Alegações Finais do Município, § 139.

⁹² Alegações Finais do Município, § 140.

reversíveis que o concessionário foi impedido de amortizar ou depreciar em função da extinção antecipada da concessão. Busca-se, com isso, evitar o enriquecimento injusto do poder concedente.⁹³

191. O regime da indenização não permite replicar, no pagamento da indenização, a expectativa de retorno prevista (ou mesmo assegurada) no contrato de concessão. A eventual mora no pagamento da indenização é resolvida pelos mecanismos próprios, notadamente a incidência de juros legais, inclusive na forma do art. 405 do Código Civil, quando for o caso. A ausência de pagamento tempestivo da indenização não implica estender à indenização a expectativa de retorno⁹⁴ da concessão de que deriva a indenização.

192. Note-se que a pretensão principal da Ambiental nem mesmo é a extensão à indenização da TIR do Contrato de Concessão, mas o reconhecimento de que a postergação do pagamento da indenização deveria acarretar, por si só, o direito a uma remuneração baseada no custo de oportunidade ou custo de capital vinculado à atividade objeto dos Contratos Emergenciais. O Tribunal Arbitral, por unanimidade, conclui que não existe amparo legal ou contratual para esse reconhecimento.

193. Caso a Ambiental pretendesse obter uma indenização complementar aos juros legais, sob o pressuposto de que seus prejuízos efetivos pela mora foram mais

⁹³ Ainda sobre o tema, cf. Eros Roberto Grau: “A recomposição — seja mediante a prorrogação do contrato, seja mediante indenização ao concessionário — afasta o enriquecimento sem causa. Se essa recomposição não se der, haverá enriquecimento da administração, sem causa, vedado pela regra disposta no artigo 84 do Código Civil. (...) Nesse caso a administração seria obrigada a restituir ao concessionário o quanto indevidamente auferiu, feita a atualização dos valores monetários. À recomposição do equilíbrio econômico-financeiro corresponderá, se procedida mediante indenização ao concessionário, anteriormente ao encerramento do contrato, um crédito contratual seu — indenização contratual, note-se — pelo desequilíbrio incorrido.

(GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de Direito Administrativo - RDA, ano 15, n. 261, p. página inicial-página final, set./ dez. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/321/2962>).

⁹⁴ Como explica Sérgio Guerra, “Essa taxa (Taxa Interna de Retorno – TIR) é a expectativa de lucro que o empresário terá na concessão caso todas as premissas apresentadas no estudo/modelagem sejam cumpridas, ou seja, se os custos e o faturamento decorrentes da concessão forem os previstos. A definição e a manutenção da TIR referem-se, portanto, à própria correlação entre as “condições do contrato” e o seu “equilíbrio econômico-financeiro” (GUERRA, Sérgio. Alteração da taxa interna de retorno nas concessões 20 anos após a edição da LEI 8.987/95. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). 20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, pp. 52-71).

elevados (art. 404 do Código Civil), deveria formular as alegações e pedidos correspondentes, bem como produzir provas nesse sentido. O Tribunal Arbitral, por maioria, entende que a Ambiental não o fez no âmbito deste processo, apenas formulando pedido específico de aplicação de uma taxa de remuneração (primariamente, a TIR média do sistema) sobre a indenização fixada. Por decorrência, reputa que não existe amparo legal ou contratual para o pedido específico da Ambiental nem é possível a sua apreciação sob outro enfoque, de indenização por prejuízos adicionais que a postergação de pagamento da indenização teria ocasionado.

194. Também não há fundamento para a referida remuneração com base no próprio regime dos Contratos Emergenciais. No que se refere à indenização, tais contratos apenas preveem a postergação (“adiamento”) do pagamento da indenização para após cada Contrato Emergencial, abatendo-se as amortizações feitas por meio do próprio Contrato Emergencial. Não produzem nenhum efeito sobre o montante em si da indenização.

195. Os Contratos Emergenciais foram celebrados a cada seis meses, sucessivamente. Portanto, em cada uma dessas oportunidades, ao longo dos anos de 2013 a 2017, qualquer das Partes poderia haver recusado o prosseguimento desse sistema e invocado os direitos derivados do regime da caducidade. No caso da Ambiental, poderia haver computado as amortizações já então acumuladas e exigir o saldo atualizado da indenização como contrapartida da reversão dos trólebus. No entanto, isso jamais foi feito, e os Contratos Emergenciais se sucederam no tempo, com o adiamento do pagamento do saldo de indenização para o final de cada novo Contrato Emergencial.

196. Diante disso, o Tribunal Arbitral reputa que também não houve mora do Município, em relação ao pagamento da indenização, ao longo da execução dos Contratos Emergenciais. Ao final dessa execução, caberia haver ocorrido a apuração de eventual saldo em favor da Ambiental para que houvesse o respectivo pagamento. Tal apuração envolve análises relativamente complexas, como já apontado em tópicos anteriores desta Segunda Sentença Parcial, em especial para se verificar a parcela



56

da indenização que foi efetivamente amortizada pela receita dos Contratos Emergenciais e se definir o saldo eventualmente existente em favor da Ambiental. Diante da iliquidez e incerteza desse eventual saldo, não cabe imputar ao Município a mora desde momento anterior à notificação inicial para este processo arbitral. Assim, o Tribunal Arbitral reputa que cabe apenas a incidência de juros legais de mora, calculados de modo simples à taxa de 1% (um por cento) ao mês sobre o saldo atualizado eventualmente devido à Ambiental e acumulados desde a notificação inicial neste procedimento (25 de junho de 2019) até o efetivo pagamento.⁹⁵

4.8 Custas e Despesas

197. Conforme o item 12.7 do Termo de Arbitragem, a Sentença Arbitral deve decidir sobre a fixação da responsabilidade pelo pagamento (i) dos custos administrativos, (ii) dos honorários dos árbitros, (iii) dos peritos, bem como (iv) das despesas razoáveis incorridas pelas Partes para a sua defesa, devendo fixar o valor ou a proporção do reembolso de uma parte à outra, observados os termos do item 20.3 da cláusula compromissória. Também cabe ao Tribunal decidir sobre (v) a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

4.8.1 Alegações da Ambiental

198. A Ambiental não aprofundou o ponto em sede de Alegações Finais, mas apenas formulou pedido para “condenação dos Requeridos no pagamento de todas as verbas sucumbenciais, englobando a restituição de todas custas e despesas havidas na arbitragem e honorários advocatícios no importe máximo de 20% do valor da condenação ou, caso assim não entenda esse E. Tribunal, nos termos do art. 85, §3º, do Código de Processo Civil”.⁹⁶

⁹⁵ Nesse tema, é o entendimento do TJSP: “Ora, o inadimplemento impõe-se a incidência de juros a partir da citação da Municipalidade para a presente demanda, considerando que com a citação a Municipalidade foi constituída em mora, de modo inequívoco” (Apelação Cível 1000787-04.2016.8.26.0664, Rel. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, 13ª Câmara de Direito Público, j. 22.11.2017). No mesmo sentido, cf. TJSP, Apelação/Remessa Necessária 1000242-54.2019.8.26.0590, Rel. Des. EDUARDO GOUVÊA, 7ª Câmara de Direito Público, j. 01.07.2021; TJSP, Apelação Cível 1011166-95.2020.8.26.0071, Rel. Des. DJALMA LOFRANO FILHO, 13ª Câmara de Direito Público, j. 31.05.2021.

⁹⁶ Alegações Finais da Ambiental, § 72.



57

199. Em sede de Réplica, a Ambiental afirmou concordar com o adiantamento das despesas da arbitragem. Contudo, argumentou que ao final da arbitragem, com a procedência de seus pedidos, é o Município que deverá arcar com o ônus de sucumbência e a restituição dos valores adiantados pela Ambiental, conforme o art. 9º do Decreto Federal nº 10.025/2019.⁹⁷

200. Em seus pedidos delimitados no Termo de Arbitragem, a Ambiental pediu a condenação do Município “na totalidade das verbas sucumbenciais, englobando os custos com o Tribunal Arbitral, eventuais despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência no limite máximo de 20% do valor da condenação ou, sucessivamente, nos termos do parágrafo 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil”.⁹⁸

4.8.2 Alegações do Município

201. Argumenta que nos termos do art. 27 da Lei de Arbitragem, a Sentença Arbitral deve decidir sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. Nesse sentido, aponta que a convenção de arbitragem imputou os custos da arbitragem unicamente à Ambiental, conforme constou do Contrato Emergencial nº 09/2018 - SMT.GAB (doc. SP-08): “20.3. Se necessário, as partes elegerão, oportunamente e de comum acordo, o órgão arbitral ou entidade especializada que se incumbirá da arbitragem, sendo que os custos decorrentes serão suportados pela contratada”.⁹⁹

202. Para o Município, nos termos da cláusula compromissória, não cabe à Ambiental apenas adiantar ou antecipar os custos da arbitragem, mas sim suportá-los, de modo que o Município não deverá arcar com quaisquer custos da arbitragem, ainda que seja vencido, total ou parcialmente.¹⁰⁰

203. Tal condição foi estabelecida pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Transporte para aceitar a inserção da convenção de arbitragem no Contrato

⁹⁷ Réplica da Ambiental, § 96.

⁹⁸ Termo de Arbitragem, p. 8.

⁹⁹ Alegações Finais do Município, § 195.

¹⁰⁰ Alegações Finais do Município, § 196.

Emergencial nº 9/2018 – SMT.GAB. Deste modo, consistindo em fruto da autonomia da vontade da Ambiental, que a aceitou e vinculou-se a essa previsão contratual, não seria possível afastar a sua aplicação. Argumenta que o contrato faz lei entre as partes (*lex inter partes*) e deve ser cumprido (*pacta sunt servanda*).¹⁰¹

204. Defende que não há margem para o Tribunal Arbitral alterar o que fora pactuado entre as Partes e as disposições da convenção de arbitragem, que foi considerada válida pela Sentença Parcial de 17 de novembro de 2020.¹⁰²

205. Argumenta que o Decreto Federal nº 10.025/2019, invocado pela Ambiental, aplica-se apenas às arbitragens que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.¹⁰³

206. Para o Município, apesar do Decreto Municipal nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020, do Município de São Paulo, que regulamenta a utilização da arbitragem pela Administração Pública do Município, ainda assim deve prevalecer a convenção arbitral pactuada entre as Partes, por ser um ato jurídico perfeito anterior.¹⁰⁴

207. Sobre o pedido da Ambiental de condenação do Município ao pagamento de honorários de sucumbência, o Município defende: (i) o descabimento de condenação em honorários em desfavor do Município, já que a convenção de arbitragem estabelece que todos os custos da arbitragem serão suportados pela Ambiental, o que inclui honorários advocatícios; (ii) a inexistência de previsão na Lei de Arbitragem sobre a condenação em honorários no procedimento arbitral, de sorte que, diante do princípio da legalidade (art. 2º, § 3º, LAB), incabível a condenação em desfavor do Município; (iii) subsidiariamente, caso esse Tribunal Arbitral entenda cabível a condenação em honorários advocatícios de sucumbência, o que se admite apenas para argumentar, se o Município restar vencido na presente arbitragem (total ou parcialmente) a fixação da verba honorária deverá ocorrer por apreciação equitativa (art. 85, § 8º, CPC) ou com base na regra do CPC para os casos em que a

¹⁰¹ Alegações Finais do Município, § 197.

¹⁰² Alegações Finais do Município, § 198.

¹⁰³ Alegações Finais do Município, § 199.

¹⁰⁴ Alegações Finais do Município, § 201.

Fazenda Pública for parte (art. 85, § 3º, CPC), que estipula um escalonamento percentual sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido, o valor que for menor; (iv) caso o Município saia vencedor (total ou parcialmente) e esse tribunal entenda cabível a condenação em honorários advocatícios de sucumbência, requer-se a condenação da Ambiental no pagamento de honorários em favor dos procuradores e advogados do Município e de seu Assistente, conforme disposto no art. 8º, inc. VII, do Decreto Municipal nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020.¹⁰⁵

4.8.3 Decisão do Tribunal Arbitral

208. A determinação da responsabilidade das Partes pelos custos do procedimento arbitral será realizada na sentença arbitral final, ocasião em que será possível aferir, de modo definitivo, a proporção em que cada Parte sucumbiu em relação aos seus pedidos iniciais.

209. Porém, há dois parâmetros sobre os quais o Tribunal Arbitral entende ser cabível proferir decisão desde logo, resolvendo as controvérsias específicas existentes entre as Partes.

210. O primeiro ponto é o relativo à interpretação do item 20.3 da cláusula compromissória: “20.3. Se necessário, as partes elegerão, oportunamente e de comum acordo, o órgão arbitral ou entidade especializada que se incumbirá da arbitragem, sendo que os custos decorrentes serão suportados pela contratada”.

211. A regra geral, pressuposta pelo art. 27 da Lei 9.307/1996, pela ampla maioria (senão unanimidade) dos principais regulamentos arbitrais brasileiros e pelos atos normativos que disciplinam a arbitragem envolvendo a Administração Pública (inclusive o Decreto 59.963/2020 do Município de São Paulo), é a alocação final dos custos da arbitragem segundo a proporção do êxito e derrota de cada parte. Trata-se de solução que reflete uma noção de causalidade, na medida em que a parte sucumbente terá levado a parte vitoriosa a realizar despesas necessárias para fazer valer o direito ao final reconhecido. A desconsideração desse sistema implicaria deixar sem ressarcimento uma parte do prejuízo derivado da conduta da parte considerada

¹⁰⁵ Alegações Finais do Município, § 203.



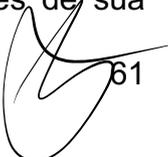
60

responsável – ensejando inclusive o surgimento de uma nova pretensão, de natureza indenizatória.

212. Desse modo, a adoção de um mecanismo atípico e excepcional, que imporia a uma das partes todos os custos da arbitragem, ainda que a responsabilidade pelo litígio subjacente fosse integralmente imputável à outra parte, exigiria a expressão clara e inequívoca das partes nesse sentido. Não é o que existe neste caso. Ao atribuir à Ambiental o dever de “suportar” os custos da arbitragem, o dispositivo contratual pode apenas pretender adotar a solução comum de impor o adiantamento dos custos à Ambiental, sem prejudicar seu direito a ressarcimento caso seja vencedora – e, por decorrência, reputada prejudicada pela conduta do Município. Tal interpretação é coerente inclusive com a responsabilidade da Administração Pública por suas condutas e com o direito da Ambiental à reparação integral. Também é coerente com a previsão legal de que a renúncia não pode ser presumida (art. 114 do Código Civil). E o que é mais relevante: não há como se extrair do texto do item 20.3 a interpretação inequívoca de que as Partes pretenderam atribuir à Ambiental o dever de custear a arbitragem mesmo na hipótese de derrota integral do Município.

213. Seria possível também chegar a essa conclusão pela aplicação do Decreto 59.963/2020 do Município de São Paulo. O art. 8º, V, do Decreto 59.963/2020 estipula que “o regramento relativo ao adiantamento das despesas pelo contratado” é elemento obrigatório da convenção de arbitragem. Nos termos do art. 8º, § 3º, “As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral antecipadas pelo contratado, em especial as custas da instituição arbitral e o adiantamento dos honorários arbitrais, quando for o caso, serão restituídas conforme deliberação final em instância arbitral”. O art. 11 também estipula que as despesas deverão ser adimplidas conforme o regulamento da câmara: “Art. 11. As despesas com a realização da arbitragem serão adimplidas na forma como dispuser o regulamento da câmara arbitral escolhida, observado o disposto no inciso V do artigo 8º deste decreto”.

214. O Decreto 59.963/2020, ainda que posterior à cláusula compromissória, pode ser aplicado ao caso, conforme o art. 21: “Art. 21. As disposições deste decreto se aplicam aos contratos celebrados com cláusula compromissória antes de sua



61

vigência, no que couber”. Além disso, no que é mais importante, o Decreto 59.963/2020 confirma que o regime geral é o de adiantamento (não custeio) pelo particular, pelo que a solução contrária deveria ser clara e expressa.

215. Em vista do exposto, na sentença final, à luz da proporção em que cada Parte houver prevalecido ou sucumbido em suas pretensões, o Tribunal Arbitral fixará os custos da arbitragem e disporá sobre a sua alocação às Partes – sem prejuízo de o adiantamento das despesas continuar a ser feito exclusivamente pela Ambiental, na forma do item 20.3 da cláusula compromissória.

216. O segundo ponto é o atinente aos honorários advocatícios.

217. O Código de Processo Civil (CPC) tem um sistema peculiar de condenação da parte derrotada ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte vencedora (art. 85). O art. 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB) prevê que tais honorários pertencem ao advogado, não à parte. Esse sistema não é comum na experiência internacional, na qual se prevê com mais frequência o ressarcimento à parte vencedora de um valor razoável correspondente às despesas com a defesa do seu direito.

218. A experiência peculiar brasileira tem provocado amplo debate sobre a aplicação do sistema do CPC à arbitragem. Há poucos defensores da posição de que a condenação em honorários de sucumbência diretamente em favor dos patronos da parte vencedora se estende à arbitragem por força de lei, sem avença expressa das partes nesse sentido.¹⁰⁶ A visão amplamente majoritária é que o regime do CPC não se aplica de modo automático na arbitragem, exigindo pacto das partes.¹⁰⁷ Segundo

¹⁰⁶ Nesse sentido, cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem, in 20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. (coord. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista). São Paulo: Atlas, 2017, p. 685; CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 374.

¹⁰⁷ Nesse sentido, cf. CASTRO NEVES, José Roberto de. Custas, Despesas e Sucumbência na Arbitragem, in Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 43/2014, p. 209-216; NUNES, Thiago Marinho; PEREIRA, Mariana Gofferjé. Custos e Despesas na Arbitragem Doméstica e Internacional, in Direito Internacional e Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein (coord. CASADO FILHO, Napoleão, QUINTÃO, Luísa e SIMÃO, Camila). São Paulo: Quatier Latin, 2019, pp. 539-552; NOGUEIRA, Daniel Jacob. A mais doce das jabuticabas: os honorários de sucumbência na arbitragem comercial brasileira, in Direito Internacional e Arbitragem –

esta visão majoritária, não havendo acordo específico, caberá aplicar as regras gerais da Lei de Arbitragem e do regulamento eventualmente escolhido pelas partes para definir os termos do ressarcimento por honorários advocatícios como um dos elementos das despesas da arbitragem.

219. No caso em exame, não há previsão expressa de honorários advocatícios de sucumbência na convenção de arbitragem nem no Termo de Arbitragem. As Partes também divergem quanto a esse ponto, uma vez que a Ambiental formula pleito de condenação em honorários em favor de seus advogados e o Município pleiteia o reconhecimento do descabimento de honorários advocatícios de sucumbência e, apenas de modo sucessivo, a condenação em honorários também em favor de seus patronos, observado neste caso o art. 85, § 3º, do CPC.

220. O Tribunal Arbitral, por maioria de votos, vencido o Árbitro Regis Fernandes de Oliveira, adota a visão doutrinária prevalecente para considerar incabível a condenação em honorários advocatícios de sucumbência em face da inexistência de acordo entre as Partes para a sua aplicação neste procedimento arbitral. O Tribunal Arbitral também afasta desde já a possibilidade de ressarcimento de honorários advocatícios contratuais, uma vez que nenhuma das Partes pleiteou tal ressarcimento, restringindo seus pedidos principais ou sucessivos a honorários advocatícios de sucumbência na forma do art. 85 do CPC. O Tribunal Arbitral esclarece que, caso haja acordo expresse (negócio processual) entre as Partes em sentido diverso ao longo do prosseguimento da arbitragem, a sentença arbitral final o levará em consideração.

5 DISPOSITIVO

221. Diante dos fundamentos detalhados nos tópicos anteriores e na forma do item 9.2(6) do Termo de Arbitragem, tendo em vista ainda o poder conferido pelas Partes ao Tribunal Arbitral para proferir sentenças parciais, conforme o item 9.10 do Termo de Arbitragem e o art. 23, §1º da Lei de Arbitragem, o Tribunal Arbitral, por

maioria de votos ou por unanimidade, conforme indicado na declaração de voto do Árbitro Regis Fernandes de Oliveira que é incluída como Anexo e parte integrante desta sentença, mediante **SEGUNDA SENTENÇA PARCIAL**, decide:

- a) **DEFINIR**, em julgamento de parcial procedência do pedido constante do item 5.4 (k) do Termo de Arbitragem, que o montante inicial da indenização, na data da decretação de caducidade, deverá incluir a atualização monetária pelo IPCA desde a data de entrada em operação de cada um dos 190 trólebus que deveriam ser revertidos quando da extinção do Contrato de Concessão;
- b) **DIFERIR** a fixação do montante inicial da indenização para a sentença arbitral final, após a realização da prova pericial econômico-contábil referida neste dispositivo;
- c) **DEFINIR**, em julgamento de parcial procedência do pedido constante do item 5.4 (k) do Termo de Arbitragem, que o montante inicial da indenização, a ser fixado na forma dos itens (a) e (b) deste dispositivo, deverá ser atualizado monetariamente pelo IPCA desde a data da decretação da caducidade até o seu efetivo pagamento, bem como considerar a amortização efetivamente ocorrida com base nos Contratos Emergenciais, o que deverá ser objeto da prova pericial econômico-contábil referida neste dispositivo;
- d) **DIFERIR** a decisão sobre o valor atualizado da indenização e sobre o montante amortizado efetivamente com base nos Contratos Emergenciais para a sentença arbitral final, após a realização da prova pericial econômico-contábil referida neste dispositivo, a qual deverá abranger a análise dos relatórios Addax, Fipecafi e FIPE e dirimir as suas divergências técnicas, exceto quanto aos pontos já decididos por meio desta Segunda Sentença Parcial;
- e) **DEFINIR**, em julgamento de parcial improcedência do pedido constante do item 5.4 (k) do Termo de Arbitragem, que não é cabível a aplicação de taxa de remuneração (TIR, WACC/CMPC ou outra) sobre o montante da indenização devida à Ambiental pelo Município, sem prejuízo da incidência


64

de juros legais de mora na taxa simples de 1% (um por cento) ao mês desde a notificação inicial nesta arbitragem, ocorrida em 25 de junho de 2019, na forma do art. 405 do Código Civil;

- f) **DEFINIR**, em julgamento de parcial improcedência do pedido constante do item 5.4 (I) do Termo de Arbitragem e de procedência do pedido principal constante do item 5.6 (f) do Termo de Arbitragem, que na sentença arbitral final não serão fixados honorários advocatícios de sucumbência em favor dos Patronos de qualquer das Partes nem será determinado o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais como parte das despesas da arbitragem;
- g) **DEFINIR**, em julgamento de parcial improcedência do pedido constante do item 5.6 (e) do Termo de Arbitragem, que o item 20.3 da cláusula compromissória deve ser lido como impondo à Ambiental apenas o adiantamento das despesas da arbitragem, não impedindo a fixação e alocação das despesas da arbitragem pela sentença arbitral final, na forma do Regulamento do CAM-CCBC;
- h) **DETERMINAR**, em acolhimento parcial dos requerimentos constantes das especificações de provas das Partes, a realização de prova pericial de natureza econômico-contábil, com o objeto definido nesta Segunda Sentença Parcial, para a qual nomeia o **Dr. Reginaldo Pepe Ragucci**, contador, CRC1SP171396/O-4, e-mail reginaldo@thoth.net.br, tel. (11) 996011548, vinculado ao escritório Thoth Inteligência Contábil S.S. Ltda., CRC2SP030559/O-7;
- i) **FACULTA** às Partes que, no prazo comum de **16 de agosto de 2021**, apresentem quesitos, bem como nomeiem seus respectivos assistentes técnicos, caso queiram;
- j) **ESCLARECE** que, após apresentação dos quesitos ao Perito pelas Partes, decidirá sobre a sua admissibilidade e apresentará, se for o caso, quesitos do Tribunal Arbitral anteriormente à remessa dos autos ao Perito nomeado;



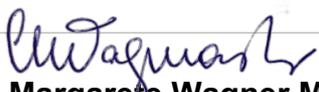
65

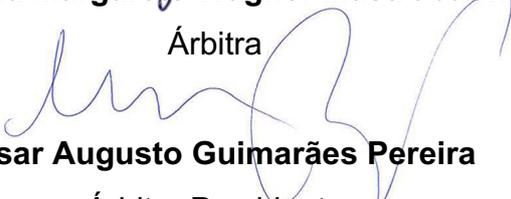
- k) **SOLICITAR** à SEC7 que, após o prazo das Partes para apresentação de quesitos acima designado e a deliberação do Tribunal Arbitral sobre os quesitos formulados, notifique o Perito nomeado para que confirme sua disponibilidade, imparcialidade e independência, revelando quaisquer circunstâncias aptas a afetá-las, bem como, se for o caso, apresente proposta de honorários periciais e estimativa de prazo para a conclusão da perícia;
- l) **ESCLARECER** que, após tais providências, o Tribunal Arbitral fixará os honorários periciais e o prazo para a realização da perícia;
- m) **DEFERIR**, em atendimento aos pedidos formulados pelas Partes em suas Especificações de Provas, a produção da prova documental complementar na forma requerida;
- n) **DIFERIR** para após a realização da prova pericial a definição sobre a eventual necessidade de oitiva do Perito e Assistentes Técnicos em audiência;
- o) **SOLICITAR** à SEC7 que dê conhecimento desta Sentença às Partes e à SPTrans.

Local da arbitragem: São Paulo (SP)

Data: 19 de julho de 2021


Regis Fernandes de Oliveira
Árbitro


Cristina Margarete Wagner Mastrobuono
Árbitra


Cesar Augusto Guimarães Pereira
Árbitro Presidente

ANEXO
Declaração de Voto Parcialmente Divergente
do Árbitro Regis Fernandes de Oliveira

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ

REQUERENTE – AMBIENTAL TRANSPORTES URBANOS S.A.

REQUERIDOS – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E SÃO PAULO TRANSPORTES S. A.

PRESIDENTE – CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA

ÁRBITRA – CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

DECLARAÇÃO DE VOTO DO ÁRBITRO REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

Relatório do essencial. Trata-se de pedido de instauração de juízo arbitral proposto por Ambiental Transportes Urbanos S. A. em face do Município de São Paulo formulado perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Quando da celebração do Termo de Arbitragem, a Ambiental S.A. alega que o “valor auferido no âmbito dos contratos emergenciais foi insuficiente e que existe um saldo de indenização em aberto que deve ser pago pelo Município”. Daí identifica como parte do pedido: “a) insuficiência do reajuste tarifário realizado durante a celebração do 3º termo aditivo; b) desequilíbrio dos contratos emergenciais devido ao incremento dos custos operacionais após a decretação de caducidade e c) erro na contabilização do valor da indenização por parte do Município” (letra j). Na sequência, formula o pedido e “requer a indenização pelos investimentos realizados na aquisição de frota pública de trólebus que ainda não foram amortizados”.



67

Na identificação do *pedido inicial* reforça a pretensão (item 79) ao explicitar o correto retorno do investimento que é estabelecido em três dimensões. Ao invocar a doutrina de Marçal Justen Filho (item 83) reitera o dever de indenizar que não se limita apenas ao pagamento dos bens reversíveis.

Pleiteia indenização no montante de R\$100.393.426,00 que corresponderia ao *saldo da indenização devido à AMBIENTAL pelos investimentos realizados e não amortizados durante a vigência do contrato de concessão*. No item 87 da conclusão de sua petição inicial reitera o pagamento de “investimentos não amortizados referentes à aquisição da nova frota de trólebus”.

Em sua resposta o Município de São Paulo rejeita a submissão do feito à arbitragem. Secundada foi pela São Paulo Transportes S. A.

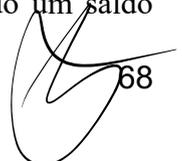
Decidida a instauração do processo de arbitragem, a Ambiental apresentou suas alegações iniciais. Alega que celebrou contrato de concessão através do Consórcio Leste 4, de que era responsável. O prazo era de dez (10) anos, contados da assinatura, prorrogável por mais cinco (5). Iniciou-se a prestação dos serviços em 13 de dezembro de 2007.

Acrescenta que, com base no item 15.2.1 da cláusula 15ª do contrato celebrado, a reversão far-se-ia com a *indenização das parcelas dos investimentos vinculados àqueles bens reversíveis, ainda não amortizados*”. Houve cisão parcial dos integrantes do consórcio, permanecendo a Ambiental, o que aconteceu em setembro de 2011.

Em 23 de abril de 2012 houve alteração da referida cláusula, por força do 3º aditamento, passando a ter o seguinte teor: “Ao final do prazo contratual, os 140 trólebus renovados desde o início do contrato serão revertidos ao Poder Público, devendo a concessionária entregá-los sem ônus de qualquer natureza, devidamente quitados de eventuais financiamentos”.

Em 13 de março de 2013 foi assinado o 5º aditamento que teve por objeto a renovação de mais cinquenta (50) trólebus. Em outubro do mesmo ano, no entanto, foi decretada a *caducidade* do contrato antes do prazo previsto para o término do contrato, ou seja, em 12 de dezembro de 2017.

A Ambiental S. A. foi considerada isenta das irregularidades que ensejaram a decretação da caducidade, tendo prosseguido na prestação dos serviços. Apurado um saldo


68

devedor em face da Municipalidade, houve a celebração de contratos emergenciais para saldar a dívida então reconhecida.

Na falta de alternativas, a proponente solicitou *pleitos de equilíbrio*, demonstrando-se que a tarifa fixada pelo Município *era insuficiente para garantir a indenização dos bens reversíveis realizados durante a vigência do contrato de concessão*.

Sustenta, então, existir saldo, por força de *compromissos bancários, insuficiência do nível de receita*, sendo que as receitas não eram suficientes *para os custos da operação e amortização da indenização*.

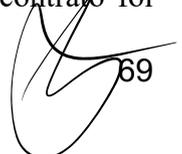
Em sendo assim, afirma que o núcleo da lide se refere *às parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis e ainda não amortizadas*. Acrescenta que não foi destinada uma rubrica específica para cobrir as despesas operacionais e o custo e as receitas tarifárias foram insuficientes para amortizar os investimentos realizados.

Acrescenta que na data da decretação da caducidade o valor contábil líquido do ativo era de 94 milhões. O valor correspondente ao valor histórico da frota não foi amortizado/depreciado. Afirma, igualmente, que o valor da tarifa foi insuficiente para a amortização da indenização.

Assevera que de acordo com o anexo VIII dos contratos emergenciais o valor da amortização mensal foi fixado pela SPTrans em aproximadamente R\$1,9 milhões ao mês. Não foi ela atrelada à inflação, permanecendo constante durante todo o período de amortização do ativo financeiro. Ocorre, argumenta, que qualquer ativo ou passivo financeiro não é amortizado apenas pelos juros reais, mas também pela inflação. É o que consta do item 54 das alegações apresentadas.

O problema reside na diferença entre tratar a amortização ajustada à inflação como realizada *versus* necessária (item 55 das alegações). Prossegue, afirmando que se a amortização aplicada realmente sofresse o ajuste inflacionário ou paramétrico, a questão seria incontroversa e o saldo do ativo financeiro zerado. *Contudo, a questão é que o arranjo estabelecido não se mostrou economicamente capaz de promover esse nível de amortização, engendrando o salvo devedor apontado*.

Em resposta, a Municipalidade de São Paulo apresenta arrazoado em que rebate as pretensões da Ambiental S. A. Afirma que após o decreto de caducidade o contrato foi


69

aditado em seis oportunidades. Em 23 de abril de 2012 foi firmado o 3º. Termo de Aditamento em que foram estabelecidas diversas alterações. Aduz que a Ambiental incorreu em constantes atrasos na renovação da frota dos trólebus. Por força do 5º aditivo previu-se a renovação adicional de cinquenta (50) trólebus. Apresenta Tabela (item 62 das alegações) em que identifica o total de 190 veículos.

Reconhece que houve concordância de que a estimativa dos bens à época era de R\$93.687.383.09 e que a autora nunca reverteu os veículos.

Após a decretação da caducidade foram firmados doze contratos com a Ambiental. Garante que não houve rubrica própria para o pagamento da indenização, pois o negócio realizado previu que isso ocorreria através da remuneração dos contratos de emergência.

Em relação aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro alegando ações trabalhistas e cíveis, multas, empréstimos bancários e assunção de dívida, além de problemas na transmissão de rede elétrica. Depois, a autora apresentou motivos adicionais. Foram eles indeferidos após estudos técnicos.

Aduz, também nulidade da convenção de arbitragem. Suscita prescrição.

No mérito, aduz que não há indenização a ser paga. Busca delimitar o objeto da pretensão indenizatória. Dá realce à cláusula 15.2 que prevê a reversão automática ao patrimônio do poder concedente. Afirma que o contrato estabelece a reversibilidade dos bens afetos à concessão e que será automática dom a extinção da concessão. Conclui que a forma de indenização é a prevista em lei, com respaldo no contrato, ou seja, o concessionário tem direito de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas ou depreciada dos bens reversíveis (item 161 da resposta).

Indaga: se não houve reversão dos bens ao patrimônio do Município, como pretender obter qualquer indenização? Acrescenta que a forma de remuneração da prestadora do serviço não se dá pela tarifa paga pelo passageiro, mas sim pela Prefeitura (item 168). Isso decorre da aplicação do Anexo VIII. Conforme ali disposto haveria redução de 1/1523 avos ou 0,06566% do valor dos trólebus que deveria ter sido ressarcido à contratada pelos trólebus com o fim do mencionado contrato (item 169 da resposta).



Sustenta também que não há se falar em indenização de R\$4.515.182,00 por ser vedado por lei federal (lei n. 9.249/95). Tal pretensão já estaria prescrita.

Em outros passagens analisa os laudos da Addax e da Fipecafi desconsiderando-os como hábeis a ensejar qualquer indenização. Contrapõe a tais conclusões o laudo da FIPE (item 226).

Ao final de seu arrazoado postula a improcedência da pretensão indenizatória.

A Ambiental Transportes Urbanos S. A. apresenta réplica. Rebate a alegação de nulidade da convenção de arbitragem que havia sido suscitada pela Municipalidade, bem como a abrangência da cláusula compromissória, bem como a suscitação de prescrição.

No item 75 da réplica aduz que a caducidade provoca ruptura no fluxo de caixa da concessionária “inviabilizando o pagamento dos custos financeiros assumidos para aquisição dos trólebus”. Postula, então, a indenização pelos *custos efetivos*.

Posteriormente, afirma que a discussão pode ser sintetizada da seguinte forma: “O Município realizou um pagamento que considerou adequado para remunerar tanto a operação quanto a amortização dos investimentos realizados na aquisição dos bens reversíveis pela Ambiental”. Daí sustenta ter sido insuficiente pelos seguintes motivos: “a perda superveniente da capacidade remuneratória da tarifa paga pelo Município em decorrência dos desequilíbrios econômico-financeiros não corrigidos tempestivamente; e b) desconsideração do aumento progressivo do montante da dívida do Município em decorrência da incidência da TIR do projeto” (item 88 da réplica).

No mérito, argumenta que preferia ter recebido o pagamento da indenização, quando da extinção do contato, ao invés de aceitar sua postergação. Aduz que seu propósito não era o de vender trólebus ao Município, que foram adquiridos para cumprir o pactuado. Insiste na apreciação dos laudos apresentados pela Addax e pela Fipecafi. A tarifa, segundo afirma, estava abaixo do necessário para fazer face aos custos.

Todos os investimentos, esclarece, em uma concessão, são feitos com base na perspectiva dinâmica de encargos x remuneração. Rebate o argumento do descabimento da TIR. Sustenta que os bens não foram revertidos por força do prosseguimento dos contratos. Efetua comparação entre o item 3.3.2 do 3º Termo de Aditamento e o 2.4. do 5º Termo de Aditamento



que contêm redação diversa, com o acréscimo de cinquenta (50) trólebus novos, uma vez quitados os financiamentos.

Diferentemente da Municipalidade afirma que o saldo não amortizado não foi coberto pelo reajuste tarifário. Discute a incidência dos juros e insiste na aplicabilidade da TIR.

Sobreveio tréplica. Insiste o Município de São Paulo nas alegações anteriores, reiterando-as e insistindo na insubsistência do pedido da Ambiental.

Houve resposta à tréplica. Reprisa a tese de afastamento da premissa municipal de que busca equiparar a eventual indenização por danos emergentes e lucros cessantes. O que busca a perspectiva dinâmica de encargos x remuneração. Postula a manutenção de sua pretensão nos termos apresentados.

Através da Ordem Processual n. 4, o Tribunal Arbitral estabeleceu os seguintes pontos controvertidos: a) cabimento da atualização monetária, b) direito à percepção de uma TIR (taxa interna de retorno), c) tratamento econômico-contábil dos trólebus e possíveis consequências no montante da indenização.

Por força da Ordem Processual n. 5, fixa os pontos controversos: a) cabimento de atualização monetária do montante da indenização no momento da caducidade; b) cabimento de atualização monetária do valor da indenização após a caducidade e ao longo da execução dos contratos emergenciais, bem como a existência de insuficiência no reajuste aplicado, d) direito à percepção da TIR, e) necessidade ou não de definição sobre a classificação contábil dos ativos para o reconhecimento da existência do pretendido direito à atualização.

Foram os autos à apresentação e alegações finais das partes. Aduz a Ambiental que os contratos foram estruturados de forma a remunerar duas (2) parcelas: a) a remuneração pela prestação dos serviços de transporte e b) a indenização devida pelo encerramento antecipado do contrato. O Município poderia pagar a indenização, mas resolveu protelar o pagamento. Aduz a incidência da indenização de R\$94.916.584 que deve ser levado em consideração para a atualização através de índices inflacionários. Não se confundem a remuneração da operação com a indenização pelos investimentos realizados em bens reversíveis. E o anexo VIII não previu nenhuma forma de atualização da indenização durante a vigência contratual. Ele mesmo enfatiza o valor dos bens adquiridos como ativo imobilizado incluindo a respectiva depreciação a preços históricos.



12

Acrescenta que os contratos não estabeleciam reajustes tarifários. O problema é que a tarifa de remuneração é utilizada para operações de serviço público. Apenas o saldo residual dessa remuneração, após o desconto dos custos operacionais é direcionado à amortização da indenização. Insiste na TIR. Não houve reversão porque continua com a prestação dos serviços, o que só ocorreria no final dos contratos emergenciais. Postula, pois, a procedência do pedido sobre o montante indenizatório de R\$94.916.584,00 somada à atualização monetária pelo IPCA e o valor atualizado monta a R\$127.364.742,24 a ser acrescida de juros e correção monetária, além de honorários e custas. Alternativamente, postula a TIR.

A Municipalidade apresenta suas alegações finais efetuando um histórico do processado. No mérito sustenta não haver qualquer indenização a ser paga já que todos os investimentos em bens reversíveis (trólebus) realizados no âmbito da concessão e não amortizados no momento da caducidade foram quitados. Insiste na delimitação do objeto da arbitragem. Reitera o pedido de que não houve pedido subsidiário da requerente.

Reconhece que no momento da caducidade o valor da indenização foi estimado em R\$94.916.584,00 (item 61 das alegações finais) corrigidos de comum acordo para R\$93.687.383,09. Reitera inexistir controvérsia em relação a tal valor. Diante do fato de terem convencionado a continuidade da prestação dos serviços, celebrados foram contratos de emergência. Prevista foi a reversibilidade dos trólebus. Nega a incidência de correção monetária. Nega também o ajuste pela inflação da parcela não amortizada ou depreciada dos trólebus de forma retroativa no valor de R\$4.515.182,00 (item 85 das alegações finais).

Insiste na inaplicabilidade da TIR após a caducidade (item 106 e seguintes das alegações finais. Não aceita os lucros cessantes e danos emergentes. Entende descabida a taxa de juros.

Ao final, postula pelo recebimento de custas e honorários.

Concluída a instrução do feito e apresentadas as razões finais, resta ao Tribunal Arbitral a decisão sobre a pretensão exposta na inicial e resistida pela Municipalidade. Todos os argumentos foram apresentados, discutidos com ampla liberdade. Em audiência, as partes debateram a causa em discussão aberta e de alto nível.

Feito o relatório do necessário, passa-se à *decisão*.



A celebração da justiça pressupõe que ninguém seja lesado por outro (é o *neminem laedere* da parêmia latina). É o dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). No exame das relações contratuais. É o que diz Nietzsche esclarece ao indagar sobre o sentido da justiça. Diz ele: “Já resolvi o enigma; as relações contratuais entre credores e devedores que são tão antigas quanto os processos que, por sua vez, nos levam às formas primitivas da compra e venda, do câmbio, comércio e relações” (Friedrich Nietzsche, “Genealogia da moral”, ed. Vozes, Petrópolis, 2009, pág. 63, item 4º da dissertação segunda).

O filósofo prossegue esclarecendo que a justiça, “neste primeiro grau da sua evolução, é a boa vontade entre pessoas de poder igual, bons desejos de se entenderem mutuamente por meio de um compromisso” (idem, ob. Cit., pág. 69, n. VIII).

Daí decorre que estando as partes vinculadas por contrato, ainda mais escrito, devem rigorosa sujeição aos ditames do que foi pactuado. Nem mais nem menos. Em texto lavrado por José M. González García está escrito: “La justicia es, pues, la virtud perfecta porque quien la posee puede usar la virtud para con otro y no solo en si mismo” (“La mirada de la justicia”, ed. Antonio Machado libros, Madri, 2016, pág. 59). Coisa assemelhada diz Aristóteles em “Ética a Nicômaco”, ns. 1.129b-1130a.

Assim se satisfaz à justiça comutativa, ou seja, aquilo que tem a ver com o que é justo, para que se chegue à justiça distributiva, isto é, com relação às cargas e ônus decorrentes da vida em sociedade.

Sob tal ângulo é que se pode e deve analisar a controvérsia instaurada entre as partes. De uma relação inicial de concessão passou-se à sanção de caducidade por parte do Município, e, com a saída de outros concessionários, o contrato foi assumido pela Ambiental S.A. que, a partir daí, tornou-se única contratante. No momento seguinte, as partes acordaram um valor para recompor os pratos da balança da justiça. Em seguida, a concessionária subsistente prossegue com seus serviços, na expectativa de receber o que foi acordado. Chegaram as partes, inclusive a um montante que seria suficiente e hábil para cumprir o pactuado.

Nada obstante, as partes divergiram em relação à forma da remuneração e satisfação da obrigação pecuniária de que era devedora a Municipalidade de São Paulo.



74

Daí a subsistência controversia: ao final das prorrogações de contratos e pactuação feita mediante contratos emergenciais, houve ou não o pagamento integral das obrigações assumidas pela concessionária?

O serviço foi prestado sem maiores ressalvas do Município. Pressupõe-se bem prestado. No interregno, houve alguns pedidos de revisão tarifária. Esse é o problema encaminhado para deslinde. Há ou não saldo a pagar? Houve quitação do montante reconhecido como crédito/débito ou não? O decurso de prazo com desconto percentual mensal foi o suficiente para término pecuniário da controversia? A relação envolve simplesmente o pagamento dos ônibus ou há outros fatores pecuniários que devem ser levados em conta?

Tais indagações devem ser solucionadas pelos árbitros, após a instrução do feito. Daí a sobrevinda da decisão.

Decisão. Ouso dissentir, em parte, das decisões dos demais árbitros. Partilhamos do mesmo sentir de justiça que deve imperar em todos os pleitos judiciais ou arbitrais. Mas, convicções levam-nos a um distanciamento, diria, saudável. Conversamos inúmeras vezes com a mais absoluta isenção, expondo argumentos e fundamentos jurídicos. Isso nos levou a uma aproximação doutrinária e de visão sobre os fatos trazidos à apreciação do Tribunal Arbitral. Levou-nos, também, à parcial divergência, que passo a expor.

As prejudiciais suscitadas pela Municipalidade de São Paulo quando da resposta de descabimento da sujeição da causa ao Tribunal Arbitral e a prescrição da pretensão apresentadas já foram objeto de deliberação e ambas rejeitadas. Expungiu-se, pois, o processo de qualquer óbice a impedir a apreciação do merecimento do postulado.

A prestação de serviços públicos é ideia que despertou os doutrinadores que se submetem a uma doutrina que os identifica como essenciais aos governos. Assim é, mas o conceito não esgota as atividades administrativas. A escola francesa capitaneada por Léon Duguit e Gaston Jèze vêem nos serviços públicos a centralização da teoria administrativa. Com certeza são eles absolutamente essenciais ao Estado, mas não esgota suas atribuições. Os atos administrativos igualmente são importantes em sua atividade. Atos e contratos são manifestações da competência administrativa na realização de suas atividades.

O Estado pode prestar suas atribuições *direta* ou *indiretamente*. Na primeira hipótese a prática é feita pelos servidores da própria Administração; na segunda, mediante



75

entidade criada pelo Estado (autarquias, sociedades de economia mista, fundações, empresas públicas e, mais modernamente, as agências). Há, afinal, a situação em que os particulares são chamados a participar da atividade estatal, o que ocorre através das *concessões e permissões* de serviço, o que se denomina *descentralização*. Por fim resta a *autorização* que libera uma atividade relevante ao particular, mas importante para administração, através de ato administrativo.

Consoante escrevi, “em interpretação livre, podemos asseverar que o conceito de serviço público não pode ficar sujeito a qualquer ideologia, nem àquilo que deveria ser serviço público, assim considerado com real necessidade dos particulares. Não se pode ter uma noção metajurídica ou meramente estipulativa ou opinativa” (Regis Fernandes de Oliveira, “Curso de direito financeiro”, 8ª. Ed., Malheiros, pág. 128, item 3.10).

Nos contratos de grande importância e quando a Administração Pública não queira desempenhar pessoal e diretamente determinado *serviço ou obra*, instaura procedimento de licitação e através dela transfere sua execução a um particular, que exerce a atividade em nome do Estado, mas por sua conta e risco. Não titulariza (nem o Estado se despe de suas atribuições próprias) o interesse público que continua com o Estado, mas transfere sua execução. Como diz Diógenes Gasparini, “concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada” (“Direito Administrativo”, Saraiva, 2011, págs. 418/419).

A regulamentação das concessões é feita pela lei n. 8.987/1995. Particular e Administração concertam-se em termos de um contrato pelo qual ela estipula as condições de sua contratação e impõe as obrigações ao concessionário que a elas acede. Receberá, em contrapartida, a justa remuneração dos serviços prestados mediante pagamento de tarifas cobradas e pagas pelos usuários. Ao final, os bens envolvidos e destinados a sua execução reverterem ao Poder Público.

As partes litigantes celebraram contrato de concessão de prestação de serviços de transporte urbano por meio de tróibus. Inicialmente, um consórcio de empresas prestava o serviço público (Leste 4). Diante do descumprimento do avençado, a Municipalidade resolveu



76

decretar a caducidade da concessão. No dizer de Celso Antônio *caducidade ou decadência* “é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do poder concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações” (“Curso de direito administrativo”, 30ª. Ed., Malheiros, 2012, item 71 do capítulo XII, pág. 765).

É evidente que o fato de vir devidamente comprovado em procedimento administrativo da inadimplência contratual a caducidade foi decretada e não houve qualquer controvérsia instaurada em decorrência do ato administrativo que a reconheceu.

Em tal instante, bom que se frise, houve o reconhecimento por parte do Município de uma indenização devida no montante de R\$94.916.584,00 (noventa e quatro milhões, novecentos e dezesseis mil e quinhentos e oitenta e quatro reais), conforme item 64 da resposta. O montante foi alterado, de comum acordo, para R\$93.687.383,09 (noventa e três milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, trezentos e oitenta e três reais e nove centavos). Não há controvérsia em relação a isso.

Primeiro ponto assente. A opção do pagamento do montante devido foi descartada. Diante do fato de não existir, naquele momento, outro prestador de serviços hábil a assumir o contrato e não sendo possível realizar-se licitação a tempo de não prejudicar os usuários, o Município não teve opção senão prosseguir nas tratativas com a Ambiental S.A.

Segundo ponto assentado: a Ambiental, empresa concessionária e agora titular da relação jurídica, não reverteu os bens exatamente porque foi incitada (não compelida como pretende fazer crer) a prosseguir na prestação dos serviços. Logo, não poderia reverter os bens porque era deles que dispunha para atender ao contrato.

A situação conveio às partes. A Municipalidade prosseguiria com a prestação dos serviços de transporte público aos usuários e a Ambiental S.A. não perderia o contrato, mantendo em atividade os veículos e seus empregados. O acerto atendeu às partes contratantes.

Ocorreu situação emergencial para prosseguimento dos serviços, tal como dispõe o art. 24, inciso IV da lei municipal n. 13.241/2001 e no art. 24, inciso IV da lei federal n. 8.666/93.



Assim, *terceiro ponto* o que vai disciplinar a solução do litígio é saber se o valor inicialmente convencionado envolve ou importa em integral pagamento da indenização e, caso contrário, qual o valor de atualização para satisfação da pretensão indenizatória.

A lei federal que disciplina as concessões estabelece, em seu art. 36 que “a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

Subtendido está que extinta a concessão os bens são revertidos ao Poder Público independentemente de qualquer restrição, salvo a apuração de eventual indenização a ser paga pelo poder concedente. Diante da circunstância de não ter havido reversão por conveniência recíproca, sobrepõe-se o contrato como forma de previsão do pagamento postulado na inicial.

Os contratos preveem fórmulas matemáticas para aferição da remuneração pelos serviços prestados. A título de exemplo vale atentar para o contrato n. 009/14-SMT.GAB – ÁREA 4 que estabelece em sua cláusula 8ª fórmula de satisfação do pagamento pelos serviços prestados. A equação não é jurídica, mas tipicamente econômica, de forma a exigir outro tipo de sapiência que não a meramente jurídica para aferir a forma de pagamento e a satisfação dos contratantes.

O contrato 021/2015-SMT-GAB – ÁREA 4 igualmente contém referida fórmula em seu item 8.1/8.3. O contrato 39/2015-SMT-GAB – ÁREA 4 repete o texto (cláusula 9.1/9.2). Prosseguindo análise randômica. O contrato 15/17-SMT-GAB tem idêntico conteúdo na cláusula 9.1/9.2. Desnecessário repetir os demais.

Pelo contrato 009/2018-SMT.GAB em sua cláusula 9ª que cuida da *remuneração pelos serviços* verifica-se que a fórmula econômica se repete, de forma a calcular o mecanismo de prestação de contas e de disposição delas para liquidação dos valores de remuneração, o que estaria previsto nos anexos do contrato.

Houve, igualmente, atualização de valores para medir o custo da passagem.

A amostra coletada demonstra o *quarto ponto* assentado: não há como se solucionar o feito sem análise econômico-contábil de todos os procedimentos contratuais.

Avancemos na análise do contratado. Como diz Marçal Justen Filho “Encerrado o vínculo, o antigo concessionário não terá qualquer direito sobre os bens aplicados na



concessão, já que seu valor integral foi objeto de amortização” (“Teoria geral das concessões de serviços públicos”, ed. Dialética, 2003, págs. 266 e 330/331). Claro que, terminada a concessão os bens que eram destinados à prestação de serviços reverterem em favor do Poder Público. Nenhum direito sobre eles tem o concessionário. Mesmo porque são *bens públicos* não só os que pertencem ao Poder Público como também os afetados a uma atividade pública.

O problema é questionado pelo mesmo autor ao dizer que “seu valor integral foi objeto de amortização”. Aí é que reside o *busílis* da questão. Foi amortizado ou, mais claramente, pago o que se pactuou?

O primeiro problema a ser solucionado diz respeito à extensão da pretensão exposta no Termo de Arbitragem e no pedido. Houve um acordo inicial. A Municipalidade reconheceu um crédito ao querelante. Mas, este não cingiu o pedido ao valor dos trólebus que seriam revertidos. Creio que não se pode ser restritivo nesse aspecto. A pretensão é mais ampla e envolve complexas operações matemáticas e econômicas.

O estudo da Addax atualizou o saldo do ativo financeiro de dezembro de 2017 para 2020, apurando R\$82.631.264 (item 64 das alegações iniciais). Há contestação da Municipalidade que esclarece que já houve a indenização (item 191 da resposta).

Sem desdenhar das conclusões apresentadas pela Addax e da FIPE, reputadas empresas técnicas, em verdade atenderam às formulações de cada parte. Nenhum dos trabalhos foi submetido ao contraditório e, pois, chegam a conclusões que atendem aos interesses em jogo. O que vale para o deslinde da controvérsia é a realização de uma perícia isenta e submetida ao acompanhamento de assistentes técnicos que debaterão as conclusões. Elaborar laudo unilateral é mais simples. Insisto, não estou formulando dúvidas sobre os trabalhos e suas conclusões. Mas, são conclusões parciais (que atendem aos interesses da parte contratante) e não rebatidas oportunamente, nem submetidas ao contraditório. Agora, em execução de sentença, é que as partes terão oportunidade de discutir as conclusões, contra-argumentar e debater os resultados.

Se me baseio em um dos laudos chego às conclusões da Ambiental; se adoto as informações de outro, amparo a pretensão da Municipalidade.

O autor anteriormente citado, Marçal Justen, acrescenta em obra mencionada, que os serviços prestados não têm caráter de benemerência (pág. 100). A relação que se instaura



79

é estritamente econômica. Ademais, o contrato de concessão tem como ponto de equilíbrio a *equação econômico-financeira*. O que significa isso?

Significa que as partes devem manter uma situação de equilíbrio perfeito, sem sobrecarga para qualquer um, tanto que há a previsão do fato de terceiro, caso fortuito e força maior como excludentes de responsabilidade a recompor a situação econômica quando alterada por qualquer deles. Entende-se: a estrutura financeira originariamente convencionada deve permanecer íntegra. Ninguém ganha, ninguém perde. O que foi combinado perdura. É o *pacta sunt servanda*.

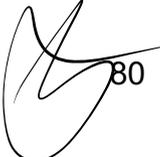
Evidente resulta que o equilíbrio deve se manter integral, tal como proposto quando da relação de prestação do serviço público de transportes por trólebus.

Observa-se, no entanto, que a autora formulou junto à contratada, estudos de viabilidade econômico-financeiro do contrato de exploração dos serviços de transporte de passageiros na cidade de São Paulo através de veículos elétricos. Verifica-se que a Ambiental S. A. realizou financiamentos para aquisição de cento e noventa e dois (192) trólebus a fim de renovar a frota. Resultou saldo devedor bancário em 15 de dezembro de 2015 de R\$95.917.387,50. Houve divergência, no entanto, do pagamento do saldo.

O trólebus, ao que se apurou, tem vida útil de quinze (15) anos, o que envolve a necessidade de recuperação da frota dentro de tal período. Em sendo assim, o desgaste diário, mensal e anual dos veículos sofre, evidentemente, uma redução em seu valor que deve ser compensado pelo pagamento mensal da desvalorização.

De outro lado, o raciocínio mais imediato é que o desgaste mensal do veículo importaria seu pagamento ao longo do tempo. Tal é solução simplista. O contrato celebrado pelas partes é bastante complexo e envolve obrigações bilaterais. Sem dúvida que deve ser levado em conta o tempo de vida útil da frota. Mas, esse é apenas um dos fatores que deve ser levados em conta para consumação do pagamento dos serviços prestados.

Há que se considerar o *custo da operação*, ou seja, a energia elétrica na tração dos veículos, eventuais indenizações trabalhistas, multas, tributos, financiamentos, insuficiência do recebimento das tarifas. Tudo forma uma equação financeira bastante complexa.



80

Dir-se-á que isso não foi acordado através do Termo de Arbitragem. Daí a divergência com os demais árbitros. É que ficou bastante claro que seriam três os pontos de indenização: a) insuficiência do reajuste tarifário, b) incremento dos custos operacionais e c) erro no valor da contabilização. Na formulação do pedido a Ambiental S. A. pede indenização pelos *investimentos*. A meu sentir, o pedido é amplo e não se limita a postular a indenização pelo pagamento dos bens revertidos. Aí se encontra ponto de divergência.

As relações obrigacionais e financeiras que se formam ao longo do desenvolvimento e cumprimento do contrato formam um todo. Nem o Município deve ser obrigado a pagar mais do que o estritamente devido, nem a concessionária tem que suportar qualquer prejuízo, salvo se o serviço for mal prestado, sofrer sanções contratuais e envolver responsabilidade.

Até onde se sabe, as partes cumpriram suas obrigações. Houve a prestação dos serviços de transporte, o poder concedente estabeleceu as tarifas e se levou em conta a depreciação dos coletivos.

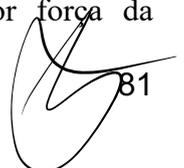
Mas, atenção, tudo depende de uma efetiva verificação de valores de ambos os contratantes para se chegar a bom termo e composição financeira e jurídica.

De seu lado, o concessionário do serviço se obriga a prestar serviço adequado, contínuo e decente e, em contrapartida, o poder concedente se obriga a efetuar o pagamento dos serviços prestados. Como o faz? Através de tarifas condizentes, depreciando os veículos mensal ou anualmente em cálculo contratualmente aceito e indenizando pelos riscos normais de um contrato.

Segundo disposto no Anexo VIII do contrato verifica-se que “na hipótese da empresa Ambiental continuar prestando o serviço com a frota tróibus após o encerramento deste contrato, o *critério de redução do valor não depreciado à taxa diária de 0,06566% ao dia continuará sendo aplicado*”.

Poder-se-ia aplicar o raciocínio simplista: os bens são os tróibus; a cada dia que passa há um “pagamento” de um percentual sobre eles. Ao final de determinado período entende-se que os bens estão pagos. Seria assim?

Poder-se-ia entender que, por força de tal previsão constante do anexo VIII estariam quitadas todas as obrigações pecuniárias do poder concedente, por força da



81

depreciação do veículo? Simples assim? Não parece. Sob tal óptica a tarifa é recebida pelo operador e não pela prestadora de serviços. A regra que incide é a disponibilização do percentual anotado no parágrafo anterior como o valor da indenização pago mensalmente à Ambiental.

Não há qualquer outra regra prevista para recomposição dos custos da operação. A se concordar simplesmente que o desconto de 0,06566% mensais seria suficiente para o pagamento de toda a operação de concessão, limitar-nos-emos à afirmação de que toda a equação se reduz à aquisição/reversão dos veículos. Mas, como vem ressaltado nos autos, não se fala em compra e venda de veículos, o que seria bem mais simples para o deslinde da controvérsia. Em verdade, o que se busca em tal tipo de contrato é a *justa composição do pactuado* nos itens constantes do Termo de Arbitragem. O que se contratou? Não uma compra e venda de veículos, mas a prestação de serviço público de transporte coletivo. Como seria prestado? A concessionária adquiriria veículos e renovaria a frota a cada período (previu-se quinze anos), prestaria os serviços de transporte coletivo e, ao final de seus serviços entregaria (reverteria) os trólebus ao poder concedente. Qual a forma apropriada para se aferir o montante da indenização a ser paga? Revertidos os ônibus finda-se o contrato e está o concessionário pago?

Diz Celso Antonio que “para o concessionário, a prestação do serviço é um *meio* através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o *meio* por cuja via busca sua *finalidade*, que é a boa prestação do serviço” (“Curso de direito administrativo”, ed. Malheiros, 30ª ed., 2013, pág. 728). O *lucro* é, pois, ínsito no contrato de concessão. Por isso é que não se pode ter o raciocínio de que basta o percentual mensal pago para quitar o valor de todas as obrigações pecuniárias relativas ao serviço prestado.

O que resta? Há um montante reconhecido e não pago. O percentual de amortização mensal termina por satisfazer o pagamento para reversão dos veículos? Isso depende de cálculos. Mas, e o montante que fora pactuado quando da decretação da caducidade da concessão? E a atualização que deve ser feita? Ou há uma imutabilidade dos valores no tempo?



82

Como se vê do mesmo Anexo VIII, a dedução se opera sobre o “valor dos trólebus que deveria ter sido ressarcido à contratada pelos trólebus com o fim do mencionado contrato”. A saber o percentual incide apenas sobre o valor dos trólebus. Nada mais. Por isso a reclamação de que não havia um pacto = entrego os ônibus e você os paga. A matéria é mais complexa.

Por primeiro haveria o valor dos veículos que seria reposto à concessionária. Em segundo lugar, a recomposição de todos os serviços prestados mediante pagamento de tarifas cobradas dos usuários, satisfação dos financiamentos realizados. A amortização integral dos valores investidos não está recomposta.

Percebe-se que referido percentual incide apenas e tão-somente sobre a desvalorização do veículo e cabe apenas para efeito de sua reversão ao patrimônio público. Nenhuma influência tem no pagamento e indenização dos valores investidos na prática da concessão.

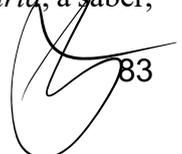
De se observar, também, que os valores previstos no anexo VIII não fixaram a incidência inflacionária. Por menor que seja a inflação espraia reflexos no resultado. Em termos econômicos, é de se levar em conta isso, sob pena de desequilíbrio contratual.

Ademais, teria havido a perda da capacidade remuneratória da tarifa em decorrência de eventuais desequilíbrios econômico-financeiros (item 88 da réplica da Ambiental S.A.) e também da atualização de valores (a requerente postula a incidência da TIR que, como se verá não tem aplicação, o que não impede a fluência de correção monetária e juros) relativos à prestação dos serviços.

A depreciação não é método de avaliação de bens; é método de distribuição de custo de um ativo entre diversos exercícios. Isso é que se previu e se contém no Anexo VIII do contrato. Há vínculo na recuperação do capital investido. Este está ligado a outros fatores que não apenas a desvalorização dos bens e sua reversão ao patrimônio público.

Ora, se o valor da depreciação dos bens está previsto, para fins de reversão dos veículos, resta um plexo enorme de indagação econômica a ser resolvido, como se verá.

Ocorre que a concessão de serviços públicos, insista-se, não se limita a cuidar da reversão dos bens. É muito mais que isso. Há uma equação econômico-financeira em que é assegurado o lucro ao concessionário. Presente se encontra, por óbvio, a *álea ordinária*, a saber,


83

os riscos que são inerentes à própria prestação dos serviços, tais como aquisição de pneus, reposição, limpeza dos veículos, eventuais colisões, acidentes em seu interior, troca dos ganchos de ligação à rede elétrica, indenizações trabalhistas. Tais despesas estão embutidas no correr normal da fluência do contrato.

De outro lado, há fatores que necessitam recomposição, tais como o envelhecimento da frota, financiamentos para suporte de imprevistos ou mesmo para aquisição dos veículos, juros, eventuais multas, política tributária, atraso na liberação de pagamentos, tudo é suportado e faz parte do dia a dia dos concessionários.

O valor estabelecido no Anexo VIII diz respeito, salvo melhor juízo, à depreciação dos veículos e, pois, ao final da concessão, eles reverterem ao poder concedente. Ocorre, como se vem dizendo, que a *justa indenização* não se limita à mera reversão dos bens já pagos ao final do contrato. Este é muito mais complexo do que a apropriação dos bens pelo Poder Público. Sua equação econômico-financeira garante não apenas o equilíbrio entre as partes, mas assegura o lucro à concessionária. É pressuposto do contrato que tenha ela *lucro*, mesmo porque se cuida de atividade empresarial e esta não age sem sua previsão.

De outro lado, bom que se ressalte, a Ambiental formulou requerimento de revisão de valores. Além disso, por força do Contrato 37/2017 ficava assegurada a revisão dos valores relativos à indenização dos bens reversíveis (item 16.3). Ora, se alguém solicita a revisão dos valores refere-se ela a contratos anteriores. A requerente já formulara pedido de reequilíbrio (2015) reiterado em fevereiro de 2016 sob alegação de impactos financeiros a dificultar a adequada prestação dos serviços.

Ressalte-se que não se trata de apurar *danos emergentes e lucros cessantes*. Não se cogita disso. A discussão é estritamente contratual e deve cingir-se a tal âmbito. Afasta-se qualquer perquirição a propósito de danos emergentes e lucros cessantes. Aliás a própria autora reconhece que não é com fundamento em tais premissas que postula a indenização (item 49 da resposta à réplica do Município).

Tanto é assim que toda a matéria controversa incide sobre a interpretação contratual e não cuida de danos extras, nem de outras teorias que recaem sobre o tema, como a teoria da imprevisão e o fato do príncipe.



84

Assim sendo, resta indagar sobre os *valores não depreciados*. Estes devem ser ressarcidos pelo detentor dos contratos que reconheceu um montante a ser indenização. Pode-se, então, indagar, como foram pagos referidos valores? Qual a previsão contratual para justa recomposição do contrato?

O que importa analisar, agora, é o equilíbrio pela operação dos serviços. As tarifas cobradas são suficientes não apenas para remunerar o contratante, mas também para pagar o montante reconhecido como devido? As tarifas, normalmente, remuneram os *custos operacionais*, mas não garantem o equilíbrio contratual. Há todo um complexo de problemas que apenas podem ser resolvidos através de prova pericial que indague sobre o pagamento dos custos operacionais, mas também sobre todos os outros fatores que incidem no cumprimento efetivo dos serviços prestados e como já se explicitou anteriormente.

Assim sendo, o pleito de reequilíbrio recusado pela concedente está correto? Efetuou-se uma análise detalhada de todo o procedimento da prestação das atividades de transporte? Está tudo em ordem? Essas indagações estão presentes no espírito do julgador. Não se pode ter, de forma consciente, uma aferição da efetiva realização de todos os pagamentos que deveriam ser feitos e se houve efetivo cumprimento do contrato.

Só prova pericial adequada é que pode fornecer ao julgador a realidade efetiva das coisas para que haja julgamento apropriado, correto e que deslinde a pendência de forma justa.

De tal sorte, imprescindível se afigura a necessidade da realização de prova pericial de cunho econômico, contábil e financeiro para se apurar o saldo devedor a ser quitado pela Municipalidade. Não se pode *sic et simpliciter* dar-se por pago o montante, inclusive com juros e correção para por fim à controvérsia. Entende-se imperiosa a realização de prova pericial.

Não se pode olvidar que estudos foram feitos para apontar eventuais disparidades no cumprimento do contrato. Não se pode acolher um ou outro, mesmo porque não realizados sob o prisma do contraditório. Nem se os pode descartar desde logo. São trabalhos apresentados por firmas idôneas (Addax, Fecapi e Fipe). Daí impor-se um trabalho detalhado, com formulação prévia de quesitos para se apurar eventual saldo a ser satisfeito.



85

Não há qualquer comprovação de que o valor reconhecido pela Municipalidade tenha sido satisfeito. Em relação aos veículos não há o que se fazer. É calcular o percentual incidente sobre a desvalorização e sua compensação financeira e saber se o custo dos veículos foi coberto por ele. Mero cálculo matemático.

Resta saber, no entanto, o restante do contrato.

Não há como se delimitar a controvérsia no espaço apenas indenizatório para a aquisição dos trólebus. A meu ver a pendência instaurada não se resume a isso, como já mencionado. A Ambiental insiste em que não foi destinada qualquer rubrica para o pagamento da indenização. O que se vê é que a divergência não está delimitada ao pagamento dos bens reversíveis. Este é apenas um dos pontos do conflito.

Observe-se: houve uma pactuação inicial de indenização que não alcançava somente o valor dos trólebus. Isso a Municipalidade não nega. Sustenta, no entanto, que ela se limita ao montante dos bens reversíveis. Se houve desconto mensal para tanto, não há mais se falar em qualquer indenização, como pretende a requerida.

Ocorre que na fluência do contrato outras despesas surgiram, tal como identificado ao longo da arbitragem.

Dir-se-á que com o término do contrato de concessão, por força da caducidade decretada, estaria o concessionário obrigado ao pagamento de aluguéis, uma vez que, com referido decreto, os bens passaram a integrar o ativo patrimonial da entidade concedente e, pois, surgiria a obrigatoriedade do pagamento de alugueres pelo período de uso.

Afasta-se tal perspectiva, uma vez que em nenhum momento se falou em tal verba. É que a Municipalidade não quitou o débito e, pois, não podia exigir a reversão dos bens. Se consumada a reversão, poderia a Municipalidade impor o pagamento de alugueres. Não o fez, no entanto. Daí não se pode falar em tal parcela, de vez que não objeto da controvérsia.

Surgiu, no curso da discussão, uma pendência sobre o valor de R\$4.515.182,00 sobre o custo histórico do valor dos trólebus até a caducidade. Não se pode discutir a respeito, mesmo porque não objeto da pretensão inicial. Eventual análise do problema desbordaria dos limites em que colocada a controvérsia.

Postula a Ambiental S.A., como se vê da inicial, o valor de R\$127.364.742,24. É ele que deve servir de parâmetro para cálculos futuros. Não que se dê por certo o montante



86

apontado. É ele que é identificado como base para a indenização. Assim, deve ser levado em conta para efeitos de cálculo. Solicita, mais, o requerente a condenação em juros e correção monetária, além das despesas com a arbitragem e honorários advocatícios em 20%. Estes são os parâmetros que, entendo, devem ser levados em conta.

Os valores foram sendo atualizados ao longo da controvérsia instaurada desde a decretação da caducidade até o rompimento final do contrato. Daí as alterações de valores.

Resumindo o quanto analisado: Em resposta, a Municipalidade aponta diversas restrições (nulidade da convenção de arbitragem, a não abrangência do alcance arbitral, a prescrição da pretensão de postular indenização e de qualquer outro valor) que já foram rejeitadas ao longo do processo, restando a controvérsia de mérito. Entende já satisfeita a indenização e busca redução dos juros a determinado período. Ao final, pleiteia o pagamento da autora nos consectários da perda da ação.

Coloca-se o limite da controvérsia não apenas como indenização pela reversão dos bens. É que, quando da decretação da caducidade da concessão originária, houve um acordo entre as partes de que a Municipalidade devia efetuar o pagamento do término da concessão bem como para a reversão dos trólebus.

Caso a isso se limitasse, desnecessário tanta energia gasta. Reitero: é apanhar o valor originário e descontar dele as parcelas da amortização mensal previstas no Anexo VIII. Rescindido o contrato, a concessão estaria paga. Simples. Não nos parece que tal possa ser a equação de raciocínio para por termo à controvérsia. A situação é de maior complexidade. Envolve, como solicitado no Termo de Arbitragem alguns aspectos (é o que consta da letra j), tais como a insuficiência do reajuste tarifário, desequilíbrio dos contratos emergenciais, por força do incremento dos custos operacionais e valor da reversão.

É certo que na letra k do Termo de Arbitragem explicitou-se que a Ambiental S.A. requeria “indenização pelos investimentos realizados na aquisição da frota pública de trólebus”. Tal cláusula limitaria o pedido ao pagamento dos trólebus por parte da Municipalidade?

Parece-me que não. Se na letra J do Termo de Arbitragem a concessionária explicitou três itens que comporiam o montante da indenização pleiteada, como se pode



87

entender cláusula limitativa da pretensão indenizatória a dicção da frase que se segue na letra K do mesmo Termo?

Nem por outro motivo é que em suas alegações finais a Ambiental S. A. conclui pelo pagamento do montante indenizatório, TIR, mais “investimentos não amortizados” (item 72).

Não há como se retirar da pretensão inicial a postulação de indenização mais ampla possível. Nem diria a mais ampla, mas a mais justa.

Acrescente-se: se o laudo final comprovar que não houve qualquer gasto a mais por parte da Ambiental S. A. ela não fará jus à indenização que será, então, composta apenas e tão somente pelo pagamento das parcelas percentuais e mensais para compensação para a reversão dos bens. Nada mais.

Ocorre que não diviso assim a pretensão inicial que não pode ser limitada por frase que não contém tal teor. Ao falar em “indenização pelos investimentos realizados” não significa nem se pode restringir a dicção da cláusula apenas ao pagamento dos valores despendidos para aquisição da frota. Mesmo porque esse é um dos detalhes da complexa operação de uma concessão pública.

Há que se aplicar interpretação lógico-sistemática tanto no Termo de Arbitragem como na petição inicial e no desenvolvimento dos debates controvertidos para se inferir o pedido.

Aplicar-se interpretação restritiva à obrigação indenizatória é limitar as próprias atribuições do Tribunal Arbitral a quem foi dada a missão de solver a pendência em sua inteireza. Pode-se apurar, ao final, repito, que a nada tem direito a postulante. Mas deve ser examinado o pleito tal como colocado pelas partes.

Não se pode dizer, desde já, que haja saldo devedor em benefício da Ambiental S. A., mas não se pode dizer, de outro lado, que o débito está quitado, sem a prévia realização da prova pericial que sugiro ao final do voto.

Parece irrelevante saber se os bens constituem ativo intangível, imobilizado ou de outra identificação. Em verdade, não se pode confundir. O que se postulou, ao lado de outras verbas, o pagamento de acréscimos financeiros. É o que se tem que decidir. Discutir o tipo de ativo é matéria contábil.



88

Vê-se que a Ambiental S.A. não postulou a incidência da TIR quando da propositura do processo arbitral. Estaria tal verba embutida no contrato ou não? Haveria incidência de juros e correção monetária?

Se o Termo de Arbitragem aponta três fatores que levaram ao desequilíbrio contratual e os identifica, como, na sequência, se pode limitar o pedido? Vê-se, claramente, que seria incongruente efetuar a restrição. Analisemos: indico as causas do desequilíbrio contratual, ingresso com pedido de julgamento via arbitragem e, em seguida, digo que quero apenas indenização parcial. Seria contra senso que não ousaria imputar aos profissionais que litigam no presente feito.

O Município afirma que não há o que pagar. Indaga-se o motivo de tal afirmação e onde se encontra o pagamento? Havia um valor a ser pago e reconhecido pela Municipalidade. Na fluência dos serviços, há outros fatores que entram em indagação para se apurar a efetiva satisfação da equação econômico-financeira instaurada. A estipulação dos valores tarifários foi suficiente para remunerar a concessionária? Devia ter sido pago o que consta do anexo VIII a título de reversão dos veículos? Os valores ali amortizados são suficientes para tanto?

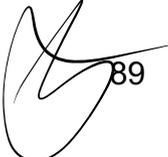
Parece, meramente informação empírica, haver saldo a ser pago, o que obriga a realização de prova pericial.

Não há prova de pagamento do montante reconhecido quando do término do contrato de concessão, por força da decretação da caducidade. Talvez se venha a reconhecer a satisfação em relação aos veículos. Resta, no entanto, montante a ser pago.

O Município de São Paulo entendeu que a só incidência do percentual estabelecido (1/1523 ou 0,06566%) é suficiente para cobrir toda a indenização devida. Ocorre que não é assim. Tal parcela se dirige apenas à reversão dos bens, como expressamente previsto no anexo VIII. Mas, e as despesas operacionais e o custo do investimento que integram o conceito da equação econômico-financeira a cumprir? O contrato de concessão impõe obrigações e direitos para as partes.

Não acredito que, em sede de arbitragem se possa invadir esfera técnica. Limitamo-nos à solução jurídica. O técnico dará a resposta patrimonial

Entendo que a Municipalidade está em débito na relação obrigacional assumida. O montante será apurado mediante prova pericial.



89

Como a Administração Pública não está obrigada e condicionada ao pagamento prévio de eventual indenização, resta à concessionária a via ordinária judicial ou o Tribunal Arbitral a haver seu valor (STJ, Resp. 1314050/RJ, rel. Min. Hermann Benjamin, DJ 06/12/2012; Resp. 1059137/SC, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 14/10/2008)

Resta identificar o que incidirá sobre tal valor.

Atualização monetária. TIR ou outra incidência? Há a tese de que a atualização monetária nada acrescenta ao montante pleiteado. Simplesmente traz para momento posterior o mesmo valor. Em sendo assim, dúvida não há, apurado saldo devedor, de que deve incidir atualização monetária. Se assim não for não se mantém íntegro o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não há como se pretender a incidência da TIR (taxa interna de retorno) nem a WACC (weight average cost of capital =- ou CMCP – custo médio de capital ponderado) porque se encontra englobada no montante da indenização, caso devida e apurada pela prova pericial que se fará. Não se pode confundir a TIR como instrumento de precificação de ativos e TIR como parâmetro de reequilíbrio do contrato. Ora, se se adotar a atualização efetiva do montante pendente entre as partes, não há se falar em TIR como instrumento de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Não se pode dizer, também, ser a TIR cláusula embutida implícita no contrato. Seria hostilizar o princípio da livre vontade dos contratantes em seus liames obrigacionais. Teria cabimento caso fosse expressamente assumida via contratual. Para recomposição temporal dos valores basta a atualização monetária. Caso houvesse desequilíbrio por força de evento externo, poder-se-ia invocar referida taxa como de necessária incidência. Não é o caso em que houve regular prestação de serviços, remuneração dos bens reversíveis. Fala-se, agora, apenas em pagamento do pactuado através de eventual saldo devedor.

Interessante o estudo realizado por Maurício Portugal Riberio e Felipe Sande, dois especialistas (“Mitos, incompreensões e equívocos sobre o uso da TIR – Taxa Interna de Retorno – para equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos”), mas entendendo-o inaplicável à hipótese dos autos.

Não se pode falar na TIR como instrumento de mensuração de rentabilidade. Não há incidência em tal caso. Como diz Marçal Justen Filho, “a Taxa Interna de Retorno



90

funciona como uma taxa de juros implícita. É a porcentagem que permite que os valores dos desembolsos e receitas, ajustados mediante taxa de desconto por ano, resultem em zero. A soma das saídas deve ser igual à soma das entradas após a incidência da TIR” (“Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas”, texto coordenado por Egon Bockman Moreira, Belo Horizonte, ed. Fórum, 2017, págs. 405/432).

Como bem argumenta a Municipalidade a TIR não pode incidir sobre o montante acordado entre as partes, porque “a caducidade não é um prêmio, mas uma sanção” (item 107 de suas alegações finais). Representa o equilíbrio econômico do projeto original. Com sua extinção, não mais prolonga seus efeitos de forma a alcançar novas relações jurídicas que devem ser repactuadas. E não convieram as partes a respeito.

Pondere-se, também, que, como ressaltado por João Paulo da Silveira Ribeiro e João Pedro Accyoli Teixeira “a raiz do problema é um equívoco conceitual, consistente na indevida transmutação da TIR em garantia absoluta de rentabilidade ao investidor, pois se o contrato não gera a rentabilidade prevista inicialmente, acaso revisto, normalmente com o aumento das tarifas cobradas aos usuários” (“O descompasso tarifário das concessões brasileiras”, publicado no Valor Econômico, de 01/09/2015).

Não se divisa nos contratos firmados (refiro-me ao 009/2018-SMT.GAB) a previsão da TIR. Era vigente nas relações firmadas anteriormente à decretação da caducidade. Significava a projeção do equilíbrio econômico no projeto original. A TIR do projeto não pode ter força de ultrapassar os limites em que foi pactuada e produzir efeitos mesmo depois de cessado o contrato originário. Não repercute seus efeitos depois de extinto o primeiro ato. A repactuação significa uma nova relação entre as partes. Mesmo porque em caso contrário, não se reconheceria o montante da indenização devida pelo Município e por ele aceita.

Em sendo assim, afasta-se a incidência da TIR no montante da indenização a ser paga.

Ocorre que a atualização monetária não envolve qualquer acréscimo no total devido, constituindo-se mera transposição do mesmo valor para tempo futuro.

Incide, pois, a correção monetária pelos índices oficiais, porque significa mera atualização monetária em momentos sequenciais de tempo (Recurso Especial Repetitivo



91

1.495.146-MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018, DJE 02/03/2018 – Tema 905 do STJ). Em período posterior à lei n. 11.960/2009 a correção monetária se faz pelo IPCA (Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo) que leva em conta inúmeros fatores de identificação da oscilação dos preços no mercado.

Juros. Os juros são devidos a partir da instauração do procedimento arbitral (tema 810 de repercussão geral – AgReg. no Resp. 1239167/PR, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª. Turma, 17/11/2020, DJ 20/11/2020).

As despesas procedimentais serão suportadas pela Municipalidade e os honorários são devidos em 10% sobre o montante a ser apurado pela prova pericial, que ora se determina. Estes são implícitos em toda postulação judicial ou arbitral. São custos que uma das partes não pode suportar quando se vê forçada a ir à discussão.

A cláusula arbitral de previsão dos custos da decisão arbitral deve ser interpretada como adiantamento de despesas e não de suporte exclusivo da postulante. Aliás, consequência da solução a que se chega.

Dispositivo. Diante do quanto se expôs, julgo procedente o presente pedido de arbitragem, condenando a Municipalidade ao pagamento da quantia que for apurada em liquidação de sentença mediante perícia, entendendo-se que não está quitada a equação econômico-financeira do contrato. Sobre a parcela a ser apurada incidirão correção monetária e juros, na forma antes identificada, afastada a incidência da TIR.

Os honorários são devidos à razão de dez por cento (10% - dez por cento) sobre o valor da indenização a ser apurada, se houver saldo. Reduz-se o percentual advocatício por ter sido a Ambiental S. A. vencida na postulação da incidência da TIR. Os honorários são devidos independentemente de postulação expressa, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil. A dicção do artigo é taxativa: “condenará”. Aliás, sempre entendi que os honorários estão embutidos em qualquer pedido que se formule em juízo ou fora dele. É a devida compensação pelo trabalho desenvolvido, levando-se em conta, inclusive o grau de profissionalismo, tal como recomendam os parágrafos do referido artigo.

Louve-se, aliás, o elevado nível com que se comportaram os profissionais de ambas as partes. Em termos técnicos e éticos.



92

Não há se falar em despesa com aluguel dos trólebus como critério de redução do crédito da Ambiental S. A., já que tal assunto não foi ventilado ao longo do processo. Mera menção a ele não impõe sua consideração. É que não foi expressamente postulada. A jurisprudência tem entendido que apenas a atualização monetária, juros e honorários são pedidos embutidos. O mais fica fora e só admite postulação manifestada.

Profiro voto em separado, nos termos do art. 24, parágrafo 2º da lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 e do item 10.3.3 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá).

São Paulo, 19 de julho de 2021.


REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA
ÁRBITRO
