



PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 78/2016/SEC7

**LIBRA TERMINAIS S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
LIBRA TERMINAIS SANTOS S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Requerentes

Vs.

**COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO-CODESP
UNIÃO FEDERAL**

Requeridas

SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

Proferida pelo Tribunal Arbitral formado por

Lauro da Gama e Souza Jr.

Cristiano de Sousa Zanetti

Rodrigo Garcia da Fonseca

Local da Arbitragem: São Paulo, SP.

Data: 07 de janeiro de 2019

SUMÁRIO

DEFINIÇÕES E ABREVIACÕES:	5
PARTE I – RELATÓRIO	8
CAPÍTULO I – PARTES E PROCURADORES	8
CAPÍTULO II – TRIBUNAL ARBITRAL	10
CAPÍTULO III – COMPROMISSO ARBITRAL	10
CAPÍTULO IV – JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	11
CAPÍTULO V – IDIOMA, LOCAL DA ARBITRAGEM E DIREITO APLICÁVEL.....	11
CAPÍTULO VI – PROCEDIMENTO	11
CAPÍTULO VII – DOS CONTRATOS	35
Terminal T-37	35
Terminal T-35	39
CAPÍTULO VIII – PEDIDOS DAS PARTES.....	46
(A) PEDIDOS DAS REQUERENTES.....	46
(B) PEDIDOS DAS REQUERIDAS.....	49
PARTE II – FUNDAMENTAÇÃO	53
CAPÍTULO IX – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CONTROVÉRSIA.....	53
CAPÍTULO X – OBJETO DA DEMANDA.....	55
Pleito Principal:	57
(A) Terminal 37:.....	57
<i>Do ressarcimento das despesas com as obras no T-37</i>	57
Alegações das Requerentes.....	57
Alegações da CODESP	62
Alegações da União	64
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL:	67
(B) Terminal 35:.....	70
<i>Da obrigação de dragagem e da profundidade adequada do cais T-35</i>	70
Alegações das Requerentes.....	70
Alegações da CODESP	80
Alegações da União	86
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	91

<i>Da entrega de área a menor</i>	107
Alegações das Requerentes.....	107
Alegações da CODESP	110
Alegações da União	112
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	114
<i>Do remanejamento do sistema rodoferroviário.....</i>	116
Alegações das Requerentes.....	116
Alegações da CODESP	122
Alegações da União	124
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	127
<i>Da concorrência desleal e dos eventos econômicos.....</i>	131
Alegações das Requerentes.....	131
Alegações da CODESP	136
Alegações da União	143
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	149
<i>Da validade do Aditamento/2005.....</i>	155
Alegações das Requerentes.....	155
Alegações da CODESP	159
Alegações da União	160
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	163
Pleito Reconvencional:	165
<i>Dos valores inadimplidos</i>	166
Alegações da CODESP	166
Alegações da União	171
Alegações das Requerentes.....	175
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL:	178
<i>Da obrigação de prestar garantias</i>	184
Alegações da CODESP	184
Alegações das Requerentes.....	186
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL:	187
<i>Das perdas e danos.....</i>	192
Alegações da CODESP	192

Alegações das Requerentes.....	194
DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL.....	196
CAPÍTULO XI – CUSTOS E DESPESAS DA ARBITRAGEM	198
PARTE III – DISPOSITIVO.....	198

Anexo I – Termo de Arbitragem e Termo de Compromisso.

DEFINIÇÕES E ABREVIACÕES:

"ATP" - Adicional da Tarifa Portuária;

"Aditamento/2005" - Segundo Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento ao Contrato Pres/032.98, assinado em 4.11.2005 pela Libra T35 e CODESP;

"Aditamento/2015" – Segundo Termo Aditivo ao Contrato T-35, de 02.09.2015, firmado pela União, por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, e pelas Requerentes, tendo como intervenientes a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e a CODESP;

"ANTAQ" - Agência Nacional de Transportes Aquaviários;

"Arbitragem" - Procedimento Arbitral CCBC nº 78/20106/SEC7;

"CAM/CCBC" - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá;

"CAP" – Conselho de Autoridade Portuária;

"CEMA" – Consultoria e Estudos Ambientais Ltda.;

"CNNT" – Centro Nacional de Navegação Transatlântica;

"CODESP" - Companhia Docas do Estado de São Paulo;

"Contrato de Arrendamento T-35", "Contrato T-35" ou "Contrato 32/98" - Contrato de Arrendamento celebrado entre a CODESP e a Libra Santos, em 25.06.1998;

"Contrato de Arrendamento T-37", "Contrato T-37" ou "Contrato 11/95" - Contrato de Arrendamento firmado entre a Libra Santos e a CODESP, em 04.09.1995;

"Edital 12/97" - Edital de Concorrência nº 12/97;

"*Edital 22/94*" - Edital de Concorrência nº 22/94;

"*IPUPG*" - Instalação Portuária de Uso Público Geral;

"*ISS*" - Imposto Sobre Serviços;

"*Libra Santos*" - Libra Terminais Santos S.A., atual denominação de Libra Terminal 35 S.A.;

"*Libra T-35*" - Libra Terminal 35 S.A.;

"*Libra T-37*" - Libra Terminais S.A.;

"*LIBRA*" - Linhas Brasileiras de Navegação S.A.;

"*NEA*" - Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União;

"*NT 01/2017/GT*" - NT nº 01/2017/GT-Portaria 854/2017/MTPA;

"*OP*" - Ordem Processual;

"*Partes*" - Requerentes e as Requeridas, em conjunto;

"*PDZ*" - Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos;

"*PME*" - Proposta de Metodologia de Execução;

"*PROAPS*" - Programa de Arrendamentos e Parcerias no Porto de Santos;

"*Regulamento*" - Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em vigor desde 1º.01.2012;

"*Requerentes*", "*Libra*" ou "*Grupo Libra*" - Libra T-37 e Libra Santos, em conjunto;

"*Requeridas*" - CODESP e União, em conjunto;

"*Requerimento*" - Requerimento de Arbitragem;

"*TCU*" - Tribunal de Contas da União;

"T35" - Terminal 35;

"T37" - Terminal 37;

"*Termo de Compromisso*" - Termo de Compromisso Arbitral, firmado entre as Partes em 02.09.2015;

"*União*" - União Federal.

PARTE I – RELATÓRIO

CAPÍTULO I – PARTES E PROCURADORES

1. A presente arbitragem CCBC nº 78/20106/SEC7 (“*Arbitragem*”) é conduzida de acordo com o Regulamento de Arbitragem (“*Regulamento*”) do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“*CAM/CCBC*”), em vigor desde 1º de janeiro de 2012, pelo Tribunal Arbitral e Partes identificadas abaixo.

2. As Requerentes nesta Arbitragem são **LIBRA TERMINAIS S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (“*Libra T-37*”)**, sociedade inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.813.452/0001-41, com sede na Avenida Engenheiro Ismael Coelho de Souza, s/nº, Macuco, Santos, SP, CEP: 11020-900; e **LIBRA TERMINAIS SANTOS S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (“*Libra Santos*”)**, atual denominação de Libra Terminal 35 S.A. (“*Libra T-35*”), sociedade inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.373.383/0002-50, com sede no mesmo endereço acima indicado, doravante denominadas, em conjunto, “*Requerentes*”, “*Libra*” ou “*Grupo Libra*”.

3. Na presente Arbitragem, as Requerentes são representadas por seus advogados, Drs. Marcelo Roberto Ferro, Daltro de Campos Borges Filho, Marcelo Alexandre Lopes, Marcos Pitanga, Thiago Peixoto Alves e Paula Miralles de Araújo, todos do escritório Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados, com endereço na Rua Ramos Batista, nº 198, 7º, 8º e 9º andares, São Paulo, SP, CEP: 04552-020, tel.: (11) 3053-3300.

4. As Requeridas na Arbitragem são **COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (“*CODESP*”)**, sociedade de economia mista inscrita no CNPJ/MF sob o nº 44.837.524/0001-07, com sede na Avenida Conselheiro Rodrigues Alves, s/nº, Macuco, Santos, SP, CEP: 11015-900; e **UNIÃO FEDERAL (“*União*”)**, representada pelos membros do Núcleo Especializado em Arbitragem

da Advocacia-Geral da União (NEA), com endereço profissional na Av. Paulista, n.º 1374 – 3º Mezanino – Sala 302, Bairro Bela Vista, São Paulo, SP, CEP: 01310-937, tel.: (11) 3506 2100 (ramal 2114), e-mail: cgu.neasp@agu.gov.br, doravante denominadas, em conjunto, "*Requeridas*".

5. Na presente Arbitragem, a Requerida **CODESP** é representada por seus advogados, Drs. Alexandre de Mendonça Wald, Arnaldo Wald Filho, Mariana Tavares Antunes, Marina Gaensly Blattner, Mariana de Souza Cabezas, Pedro de Moura Albuquerque de Oliveira, Ricardo Ramalho Almeida, Vivian Marques Salles, Paulo Hime Funari e Ana Luiza de Alcântara Ferreira, todos do escritório Wald, Antunes, Vita, Longo e Associados Advogados¹, com endereço na Avenida Pres. Juscelino Kubitschek, 510, 8º andar, conj. 81, Itaim Bibi, São Paulo, SP, CEP: 04543-906, tel.: (11) 3074-6000; e a **União** é representada pelos membros do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA), Drs. Paula Butti Cardoso, Dario Durigan, Priscila Nascimento, Felipe Fernandes e Aboré Marquezini Paulo², com endereço profissional na Av. Paulista, n.º 1374 – 3º Mezanino – Sala 302, Bairro Bela Vista, São Paulo, SP, CEP: 01310-937.

6. As Requerentes e as Requeridas, em conjunto, serão doravante designadas "*Partes*".

¹ Inicialmente, a CODESP foi representada pelos Drs. Gabriel Nogueira Eufrásio e Frederico Spagnuolo de Freitas, integrantes da Superintendência Jurídica da CODESP, com endereço na Av. Conselheiro Rodrigues Alves, s/nº, Santos, SP, CEP: 11015-900, tel.: (13) 3202-6565.

² Inicialmente, a União foi representada pelos membros da Advocacia-Geral da União, Drs. Rafael Magalhães Furtado, Priscila Cunha Nascimento, Felipe Nogueira Fernandes e Denise Arêa Leão Barreto, integrantes da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, com endereço profissional na Esplanada dos Ministérios, Bloco R, 5º andar, Zona Cívico administrativa, Brasília, DF, CEP: 70044-902, tel.: (61) 2029-7045; e da Procuradoria Regional da União da 3ª Região, Dr. Luiz Carlos de Freitas, com endereço na Av. Paulista, nº 1374, 7º andar, São Paulo, SP. Em 08.02.2018, a União solicitou uma modificação na lista de endereços eletrônicos destinatários das mensagens eletrônicas enviadas pela Secretaria do CAM-CCBC às Partes na Arbitragem, excluindo da lista a Dra. Denise Arêa Leão Barreto, tendo em vista que esta advogada solicitou e obteve remoção e passou a atuar na Consultoria Jurídica Adjunta junto ao Comando do Exército, que não integra a equipe da União nesta Arbitragem, e incluindo os Drs. Luiz Carlos Freitas, Fernando Couto Garcia, Aboré Marquezini Paulo, Dario Carnevalli Durigan, Giampaolo Gentile e Paula Butti Cardoso. Posteriormente, em 10.12.2018, a União solicitou a atualização do seu endereço para recebimento de intimação, uma vez que a representação da União passou a ser atribuição do Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA/SP) da AGU-SP, com endereço na Av. Paulista, nº 1374, 3º Mezanino, Sala 302, Bela Vista, São Paulo, SP, CEP: 01310-937, tel.: (11) 3506-2100 (ramal 2114), e-mail: cgu.neasp@agu.gov.br, pelos Drs. Paula Butti Cardoso, Dario Durigan, Priscila Nascimento, Felipe Fernandes e Aboré Marquezini Paulo.

CAPÍTULO II – TRIBUNAL ARBITRAL

7. O Tribunal Arbitral foi constituído da seguinte forma:

(a) O Presidente do CAM/CCBC, em despacho datado de 26.05.2017, designou para atuarem como co-árbitros, os Drs. **LAURO DA GAMA E SOUZA JR.**, brasileiro, advogado inscrito na OAB/RJ sob o nº 60.587 e no CPF/MF sob o nº 758.320.117-91, com escritório na Avenida Ataulfo de Paiva nº 135, sala 410, Leblon, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22440-901, e-mail: lauro.gama@laurogama.adv.br; e **CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI**, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/SP sob o nº 172.406 e no CPF/MF sob o nº 268.265.578-51, com escritório na Rua Cristiano Viana, nº 401, conjunto 606, Pinheiros, São Paulo, SP, CEP: 05411-000, e-mail: csz@cristianozanetti.com.br; e

(b) O Presidente do CAM/CCBC, no mesmo despacho datado de 26.05.2017, designou, para Presidente do Tribunal Arbitral, o Dr. **RODRIGO GARCIA DA FONSECA**, brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 70.135 e no CPF/MF sob o nº 955.225.067-68, com escritório na Rua Visconde de Pirajá, nº 142, salas 201/203, Ipanema, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 22410-000, e-mail: rodrigo@fsla.com.br.

8. Conforme o item 4.5 do Termo de Arbitragem, atuou como Secretária Administrativa do Tribunal Arbitral a Dra. Camila Reyes Ordoñez de Souza, brasileira, advogada, inscrita na OAB/RJ sob o nº 185.787, e no CPF/MF sob o nº 057.214.697-30, com o mesmo endereço profissional do Árbitro Presidente, e-mail: camila@fsla.com.br.

CAPITULO III – COMPROMISSO ARBITRAL

9. O Termo de Compromisso Arbitral, firmado entre as Partes em 02 de setembro de 2015 ("Termo de Compromisso"), é o fundamento para a instituição desta Arbitragem, e juntamente com o Termo de Arbitragem assinado pelas

Partes em 04 de setembro de 2017, constitui o Anexo I desta Sentença, dela fazendo parte integrante.

CAPÍTULO IV – JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

10. De acordo com o item III, do Termo de Compromisso, as Partes submeteram as controvérsias apontadas no documento à solução arbitral, conduzida pelo CAM/CCBC, localizado na Rua do Rocio, nº 220, 12º andar, conjunto 122, São Paulo, SP, CEP: 04552-000, tel.: (11) 4058-0400, e-mail: centroarbitragem@ccbc.org.br.

CAPÍTULO V – IDIOMA, LOCAL DA ARBITRAGEM E DIREITO APLICÁVEL

11. As Partes acordaram, conforme itens VI, VII e X, do Termo de Compromisso e itens VI e VII do Termo de Arbitragem, que a Arbitragem seria conduzida em português; o local da Arbitragem seria a cidade de São Paulo, SP; o direito aplicável seria o brasileiro; e que o Tribunal Arbitral julgaria a controvérsia segundo as normas de direito material estabelecidas pela legislação brasileira aplicável, não sendo autorizado o julgamento por equidade, conforme o item 7.1 do Termo de Compromisso e do art. 3º, I, do Decreto nº 8.465/2015.

CAPÍTULO VI – PROCEDIMENTO

12. Em 18.10.2016, as Requerentes apresentaram o seu Requerimento de Arbitragem ("Requerimento") ao CAM/CCBC, acompanhado de cinco documentos anexos.

13. Em 09.11.2016, a CODESP requereu a dilação do prazo concedido para sua Resposta ao Requerimento, em mais 30 (trinta) dias, eis que seria necessário ultimar os trâmites administrativos para a contratação da banca de advogados que a representaria na Arbitragem.

14. Em 18.11.2016, o Presidente do CAM-CCBC emitiu despacho no qual deferiu a dilação de prazo solicitada pela CODESP para que apresentasse a sua Resposta até o dia 19.12.2016.

15. Em 19.12.2016, a CODESP apresentou a sua Resposta ao Requerimento, acompanhada de um documento.

16. Em 09.01.2017, a União, por meio de Ofício datado de 03.01.2017, informou que todas as comunicações dirigidas à União deveriam ser feitas pessoalmente ao Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil ou ao membro da Advocacia Geral da União que este indicasse, sob pena de invalidade do procedimento (cf. art. 10, do Decreto 8.465/2015).

17. Em 17.01.2017, o Presidente do CAM-CCBC emitiu despacho, determinando que a União e a ANTAQ fossem novamente notificadas para se pronunciarem a respeito do procedimento, no prazo de 15 (quinze) dias.

18. Em 10.02.2017, a União, por meio de Ofício datado de 1º.02.2017, informou que tinha interesse em participar da Arbitragem, conforme Parecer nº 00482/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 01937/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU. Apresentou ainda cópia do Parecer 080/2017 e do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 32/98 de 25.06.1998.

19. Em 21.02.2017, o Presidente do CAM-CCBC emitiu despacho no qual formalizou a inclusão da União no polo passivo da demanda e concedeu o prazo de 5 (cinco) dias para que as Partes indicassem as empresas e as pessoas vinculadas à Arbitragem, de forma a permitir o exercício do dever de revelação pelos árbitros.

20. Em 02.03.2017, a ANTAQ, por meio de Ofício datado de 24.02.2017, informou que apenas figura como interveniente no Termo de Compromisso Arbitral, não sendo tampouco considerada como "Parte" pelo citado instrumento,

motivo pelo qual não vislumbrava a necessidade da sua participação na Arbitragem.

21. Em 06.03.2017, o Presidente do CAM-CCBC, por meio de despacho, informou que a Arbitragem prosseguiria sem a notificação da ANTAQ sobre as etapas e andamentos do procedimento. Na mesma data, as Requerentes indicaram as empresas e pessoas vinculadas à Arbitragem, em atenção ao despacho de 21.02.2017, e, para facilitar a análise, juntaram uma apresentação em *power point*.

22. Em 15.03.2017, a CODESP indicou as empresas e pessoas vinculadas à Arbitragem, também em atenção ao despacho de 21.02.2017.

23. Em 28.03.2017, a União, por meio de Nota, indicou as empresas e pessoas vinculadas à Arbitragem, igualmente em atenção ao despacho de 21.02.2017.

24. Em 04.04.2017, o Presidente do CAM-CCBC, por meio de despacho, apresentou lista com 9 (nove) indicações de árbitros, acompanhada dos respectivos currículos, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, as Partes rejeitassem, cada qual, até 3 (três) nomes, conforme disposto no art. 4.1 do Termo de Compromisso. Explicou, ainda, que caso as Partes rejeitassem 6 (seis) indicações no total, os três nomes remanescentes seriam notificados sobre a sua indicação. Caso contrário, a escolha da composição do Tribunal Arbitral seria feita pelo Presidente do CAM-CCBC, dentre os nomes não rejeitados.

25. Em 11.04.2017, a CODESP, por meio de carta datada de 10.04.2017, requereu a dilação de 15 (quinze) dias do prazo conferido para formalizar eventual rejeição dos árbitros indicados, eis que necessário submeter o assunto à Diretoria-Executiva da companhia. Na mesma data, as Requerentes não se opuseram ao pedido de prazo formulado pelo patrono da Requerida.

26. Em 19.04.2017, o Presidente do CAM-CCBC deferiu a dilação de prazo solicitada pela Requerida CODESP, determinando que as Partes apresentassem até o dia 26.04.2017 suas manifestações rejeitando até 3 (três) nomes daqueles indicados no despacho de 04.04.2017.

27. Em 25.04.2017, a União, por meio de Nota datada de 19.04.2017, informou que, o trâmite interno da Administração Pública para a verificação dos 9 (nove) nomes da lista de árbitros demandaria um prazo superior ao que foi ofertado, sendo recomendável uma dilação por, no mínimo 15 (quinze) dias.

28. Em 26.04.2017, as Requerentes, em atenção aos despachos datados de 04.04.2017 e 19.04.2017, requereram a exclusão dos seguintes nomes da lista de árbitros: Eleonora Coelho, Ellen Gracie Northfleet e Luciano Benetti Timm.

29. Em 27.04.2017, a CODESP, igualmente em atenção aos despachos datados de 04.04.2017 e 19.04.2017, rejeitou a indicação dos seguintes potenciais árbitros: Adriana Braghetta, Eleonora Coelho e Luciano Benetti Timm.

30. Em 05.05.2017, o Presidente do CAM-CCBC emitiu despacho, concedendo prazo derradeiro de 10 (dez) dias para que as Requeridas apresentassem conjuntamente a lista de nomes para exclusão, dentre os nomes indicados em despacho.

31. Em 19.05.2017, a União confirmou a rejeição dos mesmos nomes indicados pela CODESP.

32. O Presidente do CAM-CCBC, em despacho datado de 26.05.2017, indicou para atuarem como árbitros os Drs. Cristiano de Sousa Zanetti, Lauro Gama Jr. e Rodrigo Garcia da Fonseca, este último na condição de Árbitro Presidente.

33. Em 28.07.2017, o Presidente do CAM-CCBC declarou constituído o Tribunal Arbitral e instituída a presente arbitragem. Na mesma data, comunicou a alteração da Secretaria de "SEC3" para "SEC7".

34. Em 04.09.2017 foi realizada a Reunião de Instalação e Assinatura do Termo de Arbitragem do procedimento, na sede do CAM-CCBC, em São Paulo, SP, estabelecendo-se o cronograma inicial da Arbitragem.

35. Em 30.10.2017, as Partes apresentaram as suas respectivas Alegações Iniciais, laudos técnicos e depoimentos escritos de testemunhas, nos termos do item 9.3, "1)", do Termo de Arbitragem. As das Requerentes foram acompanhadas dos documentos L35-01/85 e L37-01/11, as da União dos documentos U-01/28 e as da CODESP dos documentos C-01/101. Nesta oportunidade, a CODESP indicou os seus novos patronos, integrantes do escritório Wald, Antunes, Vita, Longo e Associados Advogados, e formulou pedido cautelar.

36. Em 10.11.2017, a CODESP pleiteou que lhe fosse facultado apresentar os seus laudos técnicos de refutação aos pareceres técnicos apresentados pelas Requerentes à ocasião de sua Réplica, em 22.01.2018.

37. Em 13.11.2017, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 01 ("OP nº 01"), na qual concedeu prazo às Requerentes até o dia 17.11.2017 para se pronunciarem exclusivamente acerca do pedido de modificação de cronograma provisório do procedimento arbitral formulado pela CODESP; igualmente, observou que a manifestação da CODESP não obedecera à regra do item 9.5 do Termo de Arbitragem; e solicitou a colaboração das Partes para o bom andamento do procedimento, respeitando-se o que foi acordado.

38. Em 14.11.2017, a União requereu a autorização do Tribunal Arbitral para apresentar manifestação sobre o pedido da CODESP, bem como pedido próprio de prorrogação de prazo para a apresentação de Resposta às Alegações

Iniciais e adequação do calendário provisório, em respeito ao direito de tratamento equânime das Partes e do exercício do contraditório.

39. Em 16.11.2017, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 02 ("OP nº 02"), deferindo prazo de 3 (três) dias úteis, contados a partir da intimação pessoal, para que a União apresentasse a manifestação objeto do requerimento. Na mesma data, a União apresentou manifestação, em atenção às OPs nºs 01 e 02, na qual requereu: (i) a alteração do calendário provisório para que fosse estabelecido novo prazo para a apresentação de Resposta às Alegações Iniciais, nos termos do item 9.3, "2)", do Termo de Arbitragem, que deveria ser no mínimo dia 29.01.2018; e (ii) a designação de audiência para que as Partes fixassem de comum acordo o prazo para a apresentação de Réplica e a data da audiência preliminar de apresentação do caso pelas Partes.

40. Em 17.11.2017, as Requerentes, em atenção à OP nº 01, pediram a manutenção do calendário provisório pactuado no Termo de Arbitragem, e sustentaram que seriam as prejudicadas com a modificação, ficando com pouco tempo entre a apresentação dos contra-pareceres e a audiência preliminar de apresentação do caso, bem como disseram que não haveria surpresa ou matéria nova nos pareceres apresentados.

41. Em 21.11.2017, O Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 03 ("OP nº 03"), na qual indeferiu os pedidos das Requeridas, e manteve inalterado o calendário provisório estabelecido no Termo de Arbitragem.

42. Em 23.11.2017, a Secretaria do CAM-CCBC encaminhou às Partes e ao Tribunal Arbitral a cópia do Ofício expedido pelo Ministério Público Federal, datado de 27.10.2017, comunicando a instauração de procedimento, tendo por objeto o acompanhamento da regularidade do processo de arbitragem formalizado entre as Partes, considerando a relevância do assunto, bem como a resposta do CAM-CCBC, datada de 22.11.2017.

43. Em 15.12.2017, as Partes apresentaram as suas Respostas às Alegações Iniciais, laudos técnicos complementares, depoimentos escritos complementares, rol de testemunhas e especificação de provas adicionais, nos termos do item 9.3, "2)", do Termo de Arbitragem. As das Requerentes acompanhadas dos documentos L35-86/93, as da CODESP acompanhada dos documentos C-102/123 e as da União dos documentos U-29/79.

44. Em 08.01.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a OP nº 04 ("OP nº 04"), na qual informou às Partes que apreciaria o pedido cautelar da CODESP após a realização da audiência preliminar agendada para o dia 30.01.2018, conforme item 9.3, "4)", do Termo de Arbitragem.

45. Em 22.01.2018, as Partes apresentaram as suas Réplicas e complementos dos depoimentos escritos de testemunhas, nos termos do item 9.3, "3)", do Termo de Arbitragem, sendo que a das Requerentes veio acompanhada dos documentos L35-94/115, a da CODESP dos documentos C-124/131 e a da União dos documentos U-80/93.

46. Em 26.01.2018, os patronos das Requerentes informaram que estariam acompanhados de todos os seus 6 (seis) advogados, além das seguintes pessoas na audiência preliminar: Sr. Jose Antonio Cristóvão Balau – Presidente da Libra Infraestrutura, Representante legal da Requerente, que prestou depoimento escrito; Sr. Renan Machado – Diretor Jurídico da Requerente, sem depoimento escrito; Sra. Mariana Rodrigues – Advogada interna da Requerente, sem depoimento escrito; Sr. Alfonso Gallardo – Um dos subscritores do parecer Terrafirma, já anexado ao processo; e Sr. Ronaldo Borges – Diretor de Auditoria da Libra – que prestou depoimento escrito.

47. Ainda em 26.01.2018, o Tribunal Arbitral, por meio de comunicação exclusivamente por correio eletrônico, para fins de organização dos trabalhos, solicitou às Requeridas que informassem até o dia 29.01.2018: (a) quem compareceria à audiência; e (b) eventual oposição à presença das pessoas

listadas pela Libra, em especial aqueles que apresentaram depoimentos escritos e pareceres na Arbitragem.

48. Em 29.01.2018, a União não se opôs aos nomes indicados pela Libra e apresentou a seguinte lista de participantes da audiência, em atenção à comunicação eletrônica: Dr. Luiz Carlos Freitas, Procurador Regional da PRU3; Dr. Giampaolo Gentile, Advogado da União; Dr. Aboré Paulo, Advogado da União; Dr. Dario Durigan, Advogado da União; Dra. Paula Butti Cardoso, Procuradora da Fazenda Nacional (em colaboração com a AGU); Dra. Camila Santos, assistente jurídica na AGU; Dra. Giovanna Souto, assistente jurídico na AGU; Dr. Rafael Magalhães Furtado, Consultor Jurídico; Dra. Priscila Cunha do Nascimento, Consultora Jurídica Adjunta do MTPA; Dr. Felipe Nogueira Fernandes, Coordenador-Geral Jurídico de Transportes Aquaviários da CONJUR-MTPA; Dra. Ana Luisa Figueiredo de Carvalho, Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais da CONJUR-MTPA, sem depoimento nos autos; Dr. Fernando Couto Garcia, Assessor da Consultoria Jurídica do MTPA, sem depoimento nos autos; Sr. Fernando Corrêa dos Santos, subscritor da Nota Técnica do GT instituído pelo MTPA, já juntada aos autos pela União; Sr. Eduardo Henrique Pinto Bezerra, Coordenador-Geral de Gestão Contratual da Secretaria Nacional de Portos, sem depoimento nos autos; Dr. Thomas Augusto Ferreira de Almeida, Procurador da ANTAQ, sem depoimento nos autos; e Sra. Ana Patrícia Gonçalves Lira, Chefe de Gabinete do Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

49. Na mesma data acima, a CODESP igualmente não se opôs à presença das pessoas indicadas pela Libra e informou que seria acompanhada pelas seguintes pessoas: Dr. Arnaldo Wald Filho, Dra. Mariana Tavares Antunes, Dra. Marina Gaensly Blattner, Dra. Mariana de Souza Cabezas, Dra. Vivian Marques Salles, Dr. Paulo Hime Funari e Dra. Ana Luiza de Alcântara Ferreira, todos advogados da CODESP; Sr. Gabriel Eufrásio – Superintendente Jurídico e Sra. Flavia Nasser Villela – advogada interna, ambos Representantes da CODESP; bem como os Srs. Celso de Sampaio Amaral Neto, Júlio César Ribeiro Roppa e Nicolau

Dionisio Fares Gualda, todos subscritores do Parecer Gualda/Amaral D'Ávila já anexado e igualmente testemunhas técnicas.

50. Também em 29.01.2018, a Libra não se opôs à presença em audiência das pessoas indicadas pela CODESP e pela União, bem como encaminhou a lista consolidada das pessoas que estariam presentes na audiência, com a inclusão das seguintes pessoas: Sr. Gonçalo Torrealba – Conselheiro da Libra, sem depoimento escrito; Sra. Celina Torrealba – Conselheira da Libra, sem depoimento escrito; Sr. João Maligo – Consultor Jurídico da Requerente; Sra. Ana Beatriz Castro – Membro da equipe técnica que elaborou o Parecer Terrafirma/Simonaggio, já anexado aos autos; e Sr. Ivaldi Rodrigues Dias – Assessor audiovisual.

51. Ainda em 29.01.2018, a propósito de parecer jurídico do Prof. Gustavo Binenbojm a ser apresentado pela Libra, o Dr. Lauro Gama informou que fora sócio do Dr. Gustavo Binenbojm até junho de 2016, tal como revelado no Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade, e que, assim como o Prof. Gustavo Binenbojm e o Prof. Anderson Schreiber (que exarou Parecer jurídico para a CODESP), é igualmente Procurador do Estado do Rio de Janeiro, o que também foi informado no referido Questionário. Por fim, reiterou não possuir conflito de interesses com quaisquer das Partes neste litígio e tampouco vislumbrou qualquer abalo à sua independência e imparcialidade para julgar este caso.

52. Em 30.01.2018 foi realizada a audiência preliminar de apresentação do caso pelas Partes, na sede do CAM-CCBC, São Paulo, SP, na forma do item 9.3, "4)", do Termo de Arbitragem. Inicialmente, o Tribunal Arbitral fixou prazo até o dia 07.02.2018 para que as Partes se manifestassem sobre a informação prestada pelo Dr. Lauro Gama, acima referida, bem como sobre a informação prestada pelo Dr. Rodrigo Garcia da Fonseca quando do preenchimento do Questionário de Conflitos e Disponibilidade, no sentido de que fora sócio do escritório Wald até dezembro de 2012. Todavia, diante da ratificação oral dos advogados das Partes

em audiência sobre a regularidade da composição do Tribunal Arbitral, tal prazo restou prejudicado.

53. Após as exposições orais dos patronos das Partes, o Tribunal Arbitral fixou os seguintes prazos: até o dia 1º.02.2018 para a juntada das apresentações utilizadas em audiência pelas Partes; até o dia 07.02.2018 a Secretaria da Câmara encaminharia às Partes as notas estenográficas e o áudio da audiência; até o dia 23.02.2018 as Partes deveriam encaminhar, apenas por correio eletrônico, conjuntamente, eventuais correções relevantes; até o dia 02.02.2018 para as Requerentes apresentarem manifestação sobre a exibição de documentos, o pedido preliminar e os documentos novos mencionados em audiência; até o dia 09.02.2018 para a CODESP apresentar a sua resposta facultando à União se manifestar a respeito no mesmo prazo; até o dia 23.03.2018 para a CODESP apresentar os Laudos Complementares sobre sinergia e perdas e até o dia 04.05.2018 para as Requerentes responderem, com eventual juntada de laudos técnicos.

54. Por fim, o Tribunal Arbitral registrou o seu entendimento de que não havia necessidade de nomeação de perito para a realização de prova pericial naquele momento e designou audiência de instrução nos dias 21.05.2018 a 25.05.2018. Registrou, igualmente, a juntada pela CODESP de dois documentos novos citados na apresentação, docs. C-132 e C-133.

55. Em 31.01.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 05 ("OP nº 05"), na qual concedeu prazo de 5 (cinco) dias às Partes para se manifestarem sobre a petição do Dr. José Francisco Paccillo, acionista da CODESP, protocolada em 30.01.2018 no CAM-CCBC, na qual solicitava acesso aos autos e participação na presente Arbitragem.

56. Em 1º.02.2018, a CODESP encaminhou a sua apresentação em *power point*, em atenção ao determinado em audiência.

57. Em 02.02.2018, a Secretaria da Câmara encaminhou, por correio eletrônico, os documentos C-132/133 mencionados na audiência. Na mesma data, as Requerentes se manifestaram sobre os referidos documentos juntados pela CODESP na audiência e o pedido liminar, bem como apresentaram o requerimento de exibição de documentos em tabela de *Redfern Schedule*, tudo em atenção ao determinado em audiência.

58. Em 08.02.2018, a União solicitou uma modificação na lista de endereços eletrônicos destinatários das mensagens eletrônicas enviadas pela Secretaria do CAM-CCBC às Partes na Arbitragem, excluindo da lista a Dra. Denise Arêa Leão Barreto, e incluindo os seguintes endereços eletrônicos: Dr. Luiz Carlos Freitas – Procurador Regional da União – luiz.carlos.freitas@agu.gov.br; Dr. Fernando Couto Garcia – Assessor do Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – fernando.couto@transportes.gov.br; Dr. Aboré Marquezini Paulo – Advogado da União – abore.paulo@agu.gov.br; Dr. Dario Carnevalli Durigan – Advogado da União – dario.durigan@agu.gov.br; Dr. Giampaolo Gentile – Advogado da União – giampaolo.gentile@agu.gov.br; e Dra. Paula Butti Cardoso – Procuradora da Fazenda Nacional – paula.cardoso@pgfn.gov.br.

59. Em 09.02.2018, a União e a CODESP apresentaram manifestações sobre (i) o requerimento do Sr. José Francisco Paccillo, em atenção à OP nº 05, e (ii) a petição da Libra de 02.02.2018, em atenção ao determinado em audiência, as manifestações da CODESP vieram acompanhadas dos docs. C-132/136 e C-137/139, respectivamente. Nesta oportunidade, a CODESP apresentou os seus comentários ao pedido de exibição de documentos da Libra, diretamente na tabela *Redfern Schedule*. Na mesma data, as Requerentes também se manifestaram sobre os pedidos formulados pelo Sr. José Francisco Paccillo, em atenção à OP nº 05.

60. Em 20.02.2018, as Requerentes solicitaram, na forma do item 9.5 do Termo de Arbitragem, a concessão de prazo de 5 (cinco) dias para a

apresentação de esclarecimentos a fim de justificar a inaplicabilidade da limitação temporal proposta pela CODESP ao fornecimento de informações sobre a relação de navios, bem como a pertinência da informação acerca da profundidade de projeto e da profundidade disponibilizada no canal de acesso em relação ao objeto desta Arbitragem.

61. Em 23.02.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 06 ("OP nº 06"), na qual: (i) concedeu o prazo solicitado pelas Requerentes, até o dia 02.03.2018, para a apresentação dos referidos esclarecimentos; (ii) determinou prazo até o mesmo dia 02.03.2018 para que a CODESP, querendo, requeresse a exibição de documentos tal como postulado em audiência, sob pena de preclusão, requerimento este que deveria ser apresentado no formado *Redfern Schedule* e, caso viesse a ser formulado, Libra teria prazo até o dia 09.03.2018 para apresentar os seus comentários; (iii) deferiu o pedido das Requerentes referente ao sigilo dos documentos atinentes a segredos comerciais da Libra, enumerados no documento L35-115, em relação aos quais Libra requereu fosse assegurada a confidencialidade, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Resolução Administrativa nº 15/2016 do CAM-CCBC, cabendo à Secretaria da Câmara e às Partes tomarem as providências cabíveis para a preservação do sigilo determinado; (iv) deferiu parcialmente os pedidos do Sr. José Francisco Paccillo, apenas em relação ao pedido de acesso aos autos, com exceção dos documentos sigilosos mencionados no item "(iii)" acima, autorizando a Secretaria da Câmara a fornecer cópias dos documentos da Arbitragem ao Sr. José Francisco Paccillo, mediante requerimento, e desde que o solicitante arque com os custos respectivos, dando ciência ao solicitante de que a União já providenciou um sítio na internet com os principais documentos produzidos na Arbitragem, e, finalmente, indeferiu o seu pedido de participação na Arbitragem, por falta de interesse jurídico; e (v) informou que o Tribunal Arbitral ainda estava deliberando sobre o pedido de caução, e oportunamente decidiria a questão.

62. Ainda em 23.02.2018, a CODESP encaminhou, com conhecimento e anuência da União e dos patronos das Requerentes, a consolidação dos

comentários das Partes às notas estenográficas da audiência de 30.01.2018, em atenção ao determinado em audiência.

63. Em 02.03.2018, as Requerentes apresentaram os seus esclarecimentos, acompanhados do *Redfern Schedule*, em resposta às objeções feitas pela CODESP, em atenção à OP nº 06. Na mesma data, a CODESP apresentou o seu requerimento de exibição de documentos, em atenção à OP nº 06, também no formato *Redfern Schedule*.

64. Em 05.03.2018, a Secretaria da Câmara, a pedido do Tribunal Arbitral, encaminhou o Ofício expedido pelo Ministério Público Federal, recebido em 21.02.2018, e da resposta apresentada pelo CAM-CCBC à Procuradora da República signatária do documento, para que as Partes deles tomassem ciência.

65. Em 07.03.2018, a CODESP, nos termos do item 9.5 do Termo de Arbitragem, solicitou a autorização do Tribunal Arbitral para apresentar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, uma tréplica à manifestação da Libra de 02.03.2018.

66. Em 08.03.2018, o Tribunal Arbitral, através de comunicação eletrônica, deferiu o pedido da CODESP, concedendo prazo até o dia 12.03.2018 para se manifestar exclusivamente em tréplica relativamente ao pedido de exibição de documentos formulado por Libra.

67. Em 09.03.2018, as Requerentes apresentaram a sua manifestação sobre o pedido de documentos formulado pela CODESP, acompanhada do *Redfern Schedule* e do documento L35-116, em atenção à OP nº 06.

68. Em 12.03.2018, a CODESP encaminhou o *Redfern Schedule* com os seus comentários em tréplica, em atenção à comunicação eletrônica de 08.03.2018.

69. Em 15.03.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 07 ("OP nº 07"), na qual: (i) determinou a exibição dos documentos até o dia 23.03.2018 e 30.03.2018, conforme os *Redfern Schedules* anexos (Anexo I e II da OP nº 07); (ii) esclareceu que os referidos documentos deveriam ser exibidos exclusivamente entre as Partes, sem cópia ao Tribunal Arbitral, sem prejuízo da posterior juntada, pelo interessado, daquilo que porventura entendesse relevante; e (iii) prorrogou o prazo para a CODESP apresentar os laudos complementares até o dia 02.04.2018, mantendo o prazo para a apresentação de laudos pelas Requerentes e as datas da audiência.

70. Em 02.04.2018, a CODESP encaminhou os seus laudos complementares (docs. C-140/142), em atenção à OP nº 07.

71. Em 04.04.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 08 ("OP nº 08"), indeferindo o pedido cautelar de prestação de caução formulado pela CODESP. Na mesma data, o Sr. José Francisco Paccillo reiterou os pleitos anteriormente formulados, requereu cópia, em meio eletrônico, de diversos documentos dos autos, pediu a suspensão e a formalização do encerramento da Arbitragem, bem como apresentou questionamentos direcionados ao Tribunal Arbitral e ao CAM-CCBC.

72. Em 11.04.2018, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 09 ("OP nº 09"), indeferindo todos os pedidos do Sr. José Francisco Paccillo, à exceção do pedido de cópias de documentos dos autos.

73. Em 17.04.2018, a Libra solicitou que o Anexo X do Laudo Técnico Amaral D'Avila e N. Gualda (doc. C-140) fosse apresentado com urgência, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, assim como as informações dos livros de atracação da CODESP relativos aos anos de 1998 a 2017, no formato *excel* pesquisável, contendo a relação e informações de todos os navios operados no Porto de Santos durante esse período.

74. Em 18.04.2018, a CODESP esclareceu que o referido Anexo X do Laudo Técnico (denominado "Arquivo Digital") constitui, tão-somente, como o nome sugere, o arquivo digital do próprio Laudo enviado à Libra, gravado em *pen drive*, e que as planilhas constantes do Anexo U-43 foram geradas pela reprodução manual dos dados constantes dos aludidos Livros de Atracação, levada a cabo pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria MT nº 854/2017, constituído para a defesa da sociedade de economia mista nesta Arbitragem. Afirmou, porém, que se limitam ao período já apresentado pela União (1995-2001). Assim, para exibir informações acerca de todo o período solicitado pela Libra, em 29.03.2018, a CODESP disponibilizou a cópia integral dos próprios Livros de Atracação, onde consta "a relação dos navios operados em todo o Porto de Santos, entre os anos de 1998 e 2017" – conforme solicitado pela Requerente na Tabela *Redfern*.

75. Em 27.04.2018, as Requerentes pediram a dilação de prazo para a apresentação de respostas aos laudos complementares da CODESP, até o dia 11.05.2018 (doc. L35-117).

76. Em 30.04.2018, o Tribunal Arbitral, por correio eletrônico, deferiu o pedido de prorrogação de prazo para a apresentação da resposta da Libra aos laudos técnicos da CODESP até o dia 11.05.2018, conforme solicitado.

77. Em 03.05.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 10 ("OP nº 10"), na qual confirmou os dias 21, 22 e 23 de maio de 2018 para a realização da audiência de instrução do feito, na sala de audiência da Câmara, em São Paulo; reservou, ainda, o dia 24.05.2018, caso houvesse a necessidade de mais tempo para a finalização dos trabalhos; disciplinou os seus trabalhos, nos termos do item XI, do Termo de Arbitragem; solicitou que Libra e CODESP indicassem os seus representantes legais até o dia 14.05.2018; indeferiu a oitiva dos pareceristas jurídicos arrolados pela CODESP; solicitou que as Partes informassem até o dia 14.05.2018 (i) a ordem de oitivas das testemunhas que pretendiam seguir e a eventual necessidade de fixação de um horário específico

para algum depoimento, em razão de agendas e (ii) a lista de quem compareceria à audiência; bem como determinou a juntada aos autos das apresentações feitas durante as sustentações orais dos advogados e testemunhas técnicas em até 5 (cinco) dias após a audiência.

78. Em 04.05.2018, a CODESP requereu a juntada de documentos (docs. C-143/144), complementares à documentação já apresentada.

79. Em 07.05.2018, a Libra solicitou, por correio eletrônico, alguns esclarecimentos ao Tribunal Arbitral sobre os trabalhos da audiência, e requereu a concessão de prazo até o dia 16.05.2018 para se manifestar sobre o novo parecer técnico apresentado pela CODESP (doc. C-143). Na mesma data, o Tribunal Arbitral, também por correio eletrônico, deferiu o prazo solicitado pelas Requerentes para a apresentação de manifestação até o dia 16.05.2018.

80. Em 08.05.2018, a CODESP apresentou, por correio eletrônico, comentários acerca do pedido de esclarecimentos da Libra de 07.05.2018. Nesta oportunidade, informou que pretendia ouvir as seguintes testemunhas técnicas: Srs. Celso Amaral, Nicolau Gualda, Samuel Pessoa e José Roberto Mendonça de Barros; e que a União teria interesse em ouvir os seguintes signatários da Nota Técnica de 14.12.2017: Srs. Tetsu Koike e Fernando Corrêa dos Santos; bem como solicitou à Secretaria da Câmara que disponibilizasse as Partes um *layout* da sala de audiências. Tal mensagem da CODESP foi posteriormente ratificada pela União.

81. Na mesma data acima, a Secretaria da Câmara, em resposta ao questionamento direcionado à Secretaria, informou que a audiência de instrução ocorreria na mesma sala em que foi realizada a audiência de exposição do caso, encaminhou um *link* com as especificações da sala e registrou que a organização pormenorizada da audiência ainda estava sendo tratada com o Tribunal Arbitral.

82. Em 09.05.2018, o Tribunal Arbitral, por correio eletrônico, solicitou que a Libra se manifestasse até o dia 11.05.2018 a respeito de dois itens (testemunhas fáticas e técnicas) da mensagem da CODESP de 08.05.2018, posteriormente ratificada pela União.

83. Em 10.05.2018, a Secretaria da Câmara disponibilizou a cópia dos autos ao Sr. José Francisco Paccillo, em atenção à OP nº 09.

84. Em 11.05.2018, a Secretaria da Câmara, em complementação à mensagem anterior de 08.05.2018, informou que, em caso de necessidade, disponibilizaria a sala de auditório do conjunto 31, na qual providenciaria a transmissão simultânea da audiência, e encaminhou *link* com as especificações do auditório. Na mesma data, a Libra se manifestou acerca dos itens solicitados pelo Tribunal Arbitral, bem como sobre os laudos complementares e pareceres da CODESP (docs. L35-118/119).

85. Em 14.05.2018, as Partes apresentaram manifestações, em atenção à OP nº 10. A Libra indicou o Sr. Ronaldo Borges como o seu representante legal; informou que pretendia ouvir as seguintes testemunhas fáticas, nesta ordem: Srs. José Antônio Cristovão Balau, Gustavo Pecky Moreira, Fernando Bustamante, Mauro Salgado, Martin Aron; e as seguintes testemunhas técnicas, nesta ordem: Srs. Alfonso Pires Gallardo, Silvio Simonaggio, Guilherme Peixoto, Sérgio Pompéia e Milena Márcia Birochi Oliveira; e, por fim, apresentou a lista de quem compareceria à audiência: Srs. Ana Beatriz Castro, João Stefano, Alex Sandro de Sales Alexandre, Tiago Valdrighi, Renan Machado, Mariana Rodrigues e João Maligo.

86. A União, por sua vez, desistiu de inquirir as testemunhas fáticas apresentadas por Libra, requerendo a sua dispensa; indicou a ordem de oitivas de suas testemunhas técnicas: Srs. Tetsu Koike e Fernando Corrêa dos Santos; e informou a lista de pessoas que compareceria à audiência: Srs. Rafael Magalhães Furtado; Priscila Cunha do Nascimento; Felipe Nogueira Fernandes; Fernando

Couto Garcia; Luiz Carlos de Freitas; Marco Aurélio Bezerra Verderamis, Dario Carnevalli Durigan; Aboré Marquezini Paulo; Giampaolo Gentile; Eduardo Henrique Pinto Bezerra; Rebecca Caroline Fontoura Da Silva; Tetsu Koike; Fernando Corrêa dos Santos; Lucas Fernando Vaquero Roviriego; Thomas Augusto Ferreira de Almeida; e Ana Patrizia Gonçalves Lira.

87. A CODESP, por seu turno, indicou a Dra. Flávia Nasser Villela como sua representante legal; contraditou os signatários das declarações escritas juntadas pela Libra e dispensou a sua oitiva em audiência; registrou o seu entendimento de que a oitiva das suas testemunhas fáticas, Srs. Pedro Mauro e Pedro Scucuglia, em audiência seria dispensável, e caso a Libra insistisse no depoimento em audiência, postulou fossem ouvidos no dia 22.05.2018, a partir das 14:30h; reiterou que pretendia ouvir as seguintes testemunhas técnicas, na seguinte ordem: Srs. Celso Amaral, Nicolau Dionísio F. Gualda, Samuel de Abreu Pessoa e José Roberto Mendonça de Barros ou Antonio Sellare; e informou que as seguintes pessoas estariam presentes em audiência: Alexandre de Mendonça Wald, Arnaldo Wald Filho, Mariana Tavares Antunes, Marina Gaensly Blattner, Mariana de Souza Cabezas, Pedro de Moura Albuquerque de Oliveira, Ricardo Ramalho Almeida, Vivian Marques Salles, Paulo Hime Funari e Ana Luiza de Alcântara Ferreira, todos pelo escritório Wald; Gabriel Nogueira Eufrásio, pela CODESP; e João d'Ávila, Julio Roppa e Fábio Roppa, co-signatários do Laudo Gualda/Amaral D'Ávila.

88. Em 15.05.2018, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 11 ("OP nº 11"), na qual informou que as testemunhas técnicas poderiam estar presentes na sala de audiências quando das demais oitivas de testemunhas técnicas, fáticas ou dos depoimentos pessoais e apresentações dos advogados; decidiu que cada uma das testemunhas técnicas teria até 30 (trinta) minutos para a respectiva apresentação; e indeferiu o pedido de inquirição direta introdutória formulado pelas Requerentes e manteve o disposto na OP nº 10.

89. Em 16.05.2018, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 12 ("OP nº 12"), na qual deferiu a dispensa das testemunhas fáticas arroladas por Libra e informou que não as ouviria na audiência; bem como indeferiu a contradita levantada pela CODESP e manteve os depoimentos nos autos. Na mesma data, Libra se manifestou sobre o documento C-143 apresentado pela CODESP e juntou o documento L35-120.

90. Em 20.05.2018, as Requerentes esclareceram que, dentre as testemunhas em questão, apenas uma delas, o Sr. José Antonio Cristovão Balau, tem vínculo com a Libra atualmente, e que as demais (Srs. Fernando Bustamante, Martin Aron, Mauro Salgado e Gustavo Pecly) não teriam atualmente qualquer vínculo com as Requerentes. Além disso, informaram que deixam de contraditar as testemunhas fáticas arroladas pela CODESP (Srs. Pedro Mauro Lopes e Pedro Luiz Neves Scucuglia), ambos atualmente funcionários da empresa, por entender que o Tribunal adotaria, na análise de seus depoimentos, o mesmo critério aplicado às testemunhas da Libra por força da OP nº. 12. A fim de que as Requerentes não fossem surpreendidas, requereram ao Tribunal que determinasse à CODESP que especificasse qual das duas testemunhas, Sr. José Roberto Mendonça de Barros ou Prof. Antonio Sellare, seria ouvida ou, ao menos, que informasse as restrições de horário de cada uma delas. Por fim, informaram que o Sr. José Antonio Cristovão Balau também compareceria à audiência, na qualidade de diretor da companhia, na medida em que o seu depoimento foi dispensado pelas Requeridas, e que também estaria presente o Sr. Victor Augusto Iannuzzi Correa, funcionário do departamento jurídico das Requerentes.

91. Nos dias 21, 22, 23 e 24 de maio de 2018 foi realizada, na sala de audiências do CAM-CCBC, em São Paulo, a audiência de instrução do feito, na qual, após as sustentações orais dos advogados das Partes, foram ouvidas as seguintes pessoas, nesta ordem:

- (i) Sr. Ronaldo Borges, representante legal das Requerentes;
- (ii) Sra. Flávia Nasser Villela, representante legal da Requerida CODESP;

- (iii) Sr. Afonso Pires Gallardo, testemunha técnica das Requerentes;
- (iv) Sr. Guilherme Peixoto, testemunha técnica das Requerentes;
- (v) Sr. Silvio Simonaggio, testemunha técnica das Requerentes;
- (vi) Sr. Tetsu Koike, testemunha técnica da Requerida União;
- (vii) Sr. José Roberto Mendonça de Barros, testemunha técnica da Requerida CODESP;
- (viii) Sr. Samuel de Abreu Pessoa, testemunha técnica da Requerida CODESP;
- (ix) Sr. Nicolau Dionísio F. Gualda, testemunha técnica da Requerida CODESP;
- (x) Sr. Fernando Corrêa dos Santos, testemunha técnica da Requerida União;
- (xi) Sr. Celso de Sampaio Amaral Neto, testemunha técnica da Requerida CODESP;

92. As Requerentes dispensaram, em audiência, a oitiva das testemunhas técnicas signatárias dos pareceres CEMA e CPEA, Sra. Milena Márcia Birochi Oliveira e Sr. Sérgio Pompéia, respectivamente. O Tribunal Arbitral dispensou as testemunhas fáticas arroladas pela CODESP e indeferiu o pedido das Requerentes de oitiva da testemunha técnica Sra. Ana Beatriz de Oliveira de Castro, também signatária do parecer Terrafirma/Simonaggio, pelos motivos constantes no áudio e na estenotipia. Ainda em audiência, os patronos da CODESP juntaram aos autos carta de preposição e procuração, nomeando e constituindo a Sra. Flávia Nasser Villela como sua representante legal.

93. Ao final da audiência, o Tribunal Arbitral fixou os seguintes prazos: (i) até o dia 05.06.2018 a Secretaria da Câmara encaminharia às Partes as notas estenográficas e o áudio, por correio; (ii) até o dia 18.06.2018 as Partes deveriam encaminhar, por e-mail, conjuntamente, eventuais correções; (iii) até o mesmo dia 18.06.2018 as Partes poderiam pedir a produção adicional de provas, justificadamente; (iv) até o dia 29.05.2018 as Partes deveriam apresentar perante à Secretaria da Câmara as vias digitais das apresentações em *power point*

utilizadas pelos patronos das Partes e pelas testemunhas técnicas em audiência; e (v) até o dia 20.08.2018 as Partes deveriam apresentar suas Alegações Finais. O Tribunal Arbitral ressaltou que, havendo o deferimento da produção de alguma prova adicional, suspenderia o prazo para Alegações Finais, redesignando-o oportunamente.

94. Em 28.05.2018, as Partes apresentaram as vias digitais das apresentações em *power point*, em atenção ao determinado em audiência.

95. Em 08.06.2018, os patronos das Requerentes solicitaram à Secretaria da Câmara a disponibilização do áudio da Reunião de Assinatura do Termo de Arbitragem, realizada em 04.09.2017.

96. Em 11.06.2018, a Secretaria da Câmara, por determinação do Tribunal Arbitral, disponibilizou o áudio da Reunião de Assinatura do Termo de Arbitragem para todas as Partes.

97. Em 18.06.2018, as Partes apresentaram as suas manifestações acerca da produção adicional de provas, em atenção ao determinado em audiência. Nesta oportunidade, Libra e CODESP informaram não ter interesse na produção de provas adicionais, e a União requereu a juntada do Ofício nº 138/18/GAB/ALF/STS, de 18.05.2018 (doc. U-94).

98. Ainda em 18.06.2018, as Partes encaminharam a revisão das notas estenográficas da audiência, elaborada conjuntamente, em atenção ao determinado em audiência.

99. Em 21.06.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 13 ("OP nº 13"), na qual: (i) deferiu a juntada do documento U-94; (ii) concedeu prazo até o dia 06.07.2018 para Libra e CODESP se manifestarem sobre o referido documento; e (iii) manteve o prazo para das Alegações Finais anteriormente fixado para o dia 20.08.2018.

100. Em 06.07.2018, Libra e CODESP se manifestaram acerca do doc. U-94, em atenção à OP nº 13.

101. Em 07.08.2018, a Dra. Natália Marques D'Avila, integrante do escritório Gustavo Tepedino Advogados, encaminhou e-mail para a Secretaria da Câmara, solicitando acesso aos autos e indagando sobre a possibilidade de a Secretaria comunicar-lhe as novas movimentações no presente procedimento arbitral.

102. Em 08.08.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 14 ("OP nº 14"), dando vista às Partes sobre o requerimento da Dra. Natália Marques D'Avila no prazo de 5 (cinco) dias.

103. Em 09.08.2018, a União manifestou a ausência de oposição ao acesso, por qualquer interessado, aos autos do presente procedimento arbitral, em atenção à OP nº 14.

104. Em 13.08.2018, as Requerentes e a CODESP tampouco se opuseram ao pedido de acesso aos autos, ambas em atenção à OP nº 14, embora a Libra tenha solicitado a preservação do sigilo conferido pelo Tribunal Arbitral, por meio da OP nº 06, aos documentos que dizem respeito a segredos comerciais de Libra (doc. L35-115) e a CODESP ressalvado que eventuais custos administrativos decorrentes deveriam ser suportados pelo respectivo solicitante, bem como que eventuais pedidos de comunicação dos atos deste procedimento por outros credores de Libra não deveriam tumultuar o feito.

105. Em 15.08.2018, o Tribunal Arbitral proferiu a Ordem Processual nº 15 ("OP nº 15"), deferindo parcialmente os pedidos da Dra. Natália Marques D'Avila, tão somente para conceder acesso aos autos, com exceção dos documentos sigilosos mencionados no item 5, "(iii)", da OP nº 06. O pedido de comunicação de movimentações acerca do procedimento foi indeferido. Sendo assim, autorizou

a Secretaria do CAM-CCBC a fornecer cópia dos documentos da Arbitragem à Dra. Natália Marques D'Avila, sempre mediante requerimento, com exceção dos documentos sigilosos, e desde que a solicitante arque com os custos respectivos.

106. Em 20.08.2018, as Partes apresentaram as suas respectivas Alegações Finais, em atenção ao determinado em audiência e à OP nº 13.

107. Em 27.08.2018, a Secretaria da Câmara recebeu o Ofício nº 1500/2018 – JMDF do Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Município de Santos, P.A. nº 1.34.012.000270/2017-02, datado de 06.08.2018, solicitando, com fulcro no art. 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93, no prazo de 10 (dez) dias a contar do seu recebimento, a cópia integral digitalizada dos autos da presente Arbitragem.

108. Em 29.08.2018, a Secretaria da Câmara respondeu o referido Ofício informando tê-lo enviado, na mesma data, para o Tribunal Arbitral para as devidas providências.

109. Em 30.08.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 16 ("OP nº 16"), dando vista às Partes para se manifestarem sobre o Ofício nº 1500/2018 – JMDF no prazo de 5 (cinco) dias.

110. Em 1º.09.2018, a União, em atenção à OP nº 16, informou não se opor ao atendimento da requisição do Ministério Público Federal para ter acesso ao procedimento arbitral.

111. Em 03.09.2018, a Secretaria da Câmara disponibilizou a cópia dos autos à Dra. Natália Marques D'Avila, em atenção à OP nº 15.

112. Em 04.09.2018, as Requerentes e a CODESP também não se opuseram ao requerimento de cópias, embora a Libra tenha ressalvado o sigilo

determinado pelo Tribunal Arbitral, por meio da OP nº 06, em relação aos documentos que dizem respeito a segredos comerciais (doc. L35-115).

113. Em 10.09.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 17 ("OP nº 17"), na qual deferiu o pedido da Procuradoria da República no Município de Santos para o fornecimento de cópia integral digitalizada dos autos da Arbitragem, requerendo fosse ela cientificada da existência dos documentos sigilosos nos autos, mencionados no item 5, "(iii)", da OP nº 06, e do dever de preservar a sua confidencialidade em relação a terceiros. Sendo assim, autorizou a Secretaria da Câmara a fornecer cópia digitalizada dos documentos da Arbitragem, mediante o envio de *pen drive* à Procuradoria da República no Município de Santos, como requerido, com a ressalva de que há documentos confidenciais, cujo sigilo deve ser preservado pelo Ministério Público Federal.

114. Em 18.09.2018, a Secretaria da Câmara disponibilizou a cópia dos autos à Procuradoria da República no Município de Santos, em atenção à OP nº 17.

115. Em 1º.10.2018, a Dra. Natália Marques D'Ávila encaminhou à Secretaria da Câmara novo pedido de cópias de manifestações e decisões posteriores ao dia 15.8.2018, que ainda não tivessem sido disponibilizadas no site da AGU, o que foi deferido pelo Tribunal Arbitral e atendido pela Secretaria.

116. Em 19.10.2018, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 18 ("OP nº 18"), prorrogando o prazo para a prolação da Sentença Arbitral.

117. Em 10.12.2018, a União solicitou a atualização do seu endereço para recebimento de intimações, uma vez que a sua representação passou a ser feita pelo Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA/SP), com endereço na Av. Paulista, 1374, 3º Mezanino, Sala 302, Bela Vista, CEP 01310-937 São Paulo – SP, tel.: (11) 3506-2100 (ramal 2114), e-mail: cgu.neasp@agu.gov.br, pelos Drs. Paula Butti Cardoso, Dario Durigan, Priscila Nascimento, Felipe Fernandes e Aboré

Marquezini Paulo, e-mails: paula.butti@agu.gov.br; dario.durigan@agu.gov.br; priscila.nascimento@agu.gov.br; felipe.fernandes@agu.gov.br; abore.paulo@agu.gov.br. Restaram, pois, excluídos das comunicações referentes ao caso os e-mails dos seguintes Advogados da União: Rafael Magalhães Furtado - rafael.furtado@agu.gov.br; Luiz Carlos de Freitas - luiz.carlos.freitas@agu.gov.br; Fernando Couto Garcia - fernando.couto@transportes.gov.br; Paula Butti Cardoso - paula.cardoso@pgfn.gov.br (e-mail foi substituído pelo e-mail indicado acima); Priscila Cunha do Nascimento - priscila.nascimento@transportes.gov.br (mantendo apenas o e-mail @agu.gov.br); e Marco Aurélio Bezerra Verderamis - marco.verderamis@agu.gov.br.

118. Este é o relatório.

CAPÍTULO VII – DOS CONTRATOS

119. Antes de adentrar os pedidos e alegações das Partes, afigura-se necessária uma breve síntese dos principais fatos narrados pelas Partes em suas manifestações e o esclarecimento da posição de cada Parte nos Contratos objeto da Arbitragem, tudo para uma melhor compreensão da lide.

Terminal T-37

120. Em decorrência da Lei nº 8.630/1993³, conhecida como a Lei dos Portos, a Administração Pública Federal, por meio das empresas estatais instituídas para a gestão e a exploração dos diversos portos do território nacional, chamadas de Companhias Docas, iniciou procedimentos para a delegação à iniciativa privada da exploração de terminais portuários, através dos contratos de

³ Esta lei foi revogada pela Lei nº 12.815/2015, que passou a dispor sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

arrendamento portuário, previstos no art. 4º, inciso I, da referida Lei nº 8.630/1993⁴.

121. Em relação ao Porto de Santos, a sociedade de economia mista federal, Companhia Docas do Estado de São Paulo ("CODESP"), em 1996, divulgou o Programa de Arrendamentos e Parcerias no Porto de Santos - PROAPS (doc. L35-03), objetivando, dentre outras coisas, atrair investimentos privados para a consecução dos objetivos e metas do "Projeto Santos-2.000"⁵. Neste contexto, a CODESP publicou editais de licitação a fim de selecionar as melhores propostas para arrendamento de alguns terminais.

122. A LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. sagrou-se vencedora do Edital de Concorrência nº 22/94 ("Edital 22/94") (docs. L37-02, U-01 e C-02), de 15.06.1994, cujo objeto era a celebração de Contrato Operacional para a movimentação de contêineres no Porto de Santos, com arrendamento de área, pelo prazo de 20 (vinte) anos, com participação financeira da licitante vencedora na modernização, melhoramento e equipamento da área, nos termos do item 1 do referido Edital.

123. Sendo assim, em 04.09.1995, a LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. e a CODESP firmaram o Contrato Operacional, com arrendamento de Área para depósito e movimentação de contêineres, denominado Contrato Operacional PRES nº 11/95 ("*Contrato de Arrendamento T-37*", "*Contrato T-37*" ou "*Contrato 11/95*"), tendo como objeto a movimentação de contêineres, com arrendamento de uma área de 20.177m² do Porto de Santos, localizada na região do projetado Armazém 37 (interno), conforme as indicações e delimitações do desenho nº. 1-VII-11072, bem como a sua participação financeira na implantação, na referida área, de um terminal especializado, provido de

⁴ As Requerentes explicam, em suas Alegações Iniciais T-35, que a referida Lei tornou prevalente o modelo denominado "*landlord port*", ao alocar ao setor privado a operação portuária e os investimentos em equipamentos e superestrutura, conforme Guia de Funcionamento Portuário (doc. L35-01). Tal modelo, ainda de acordo com as Requerentes, incorpora a lógica dos condomínios, em que os agentes privados arrendam áreas e instalações (terminais) para a sua exploração comercial (operação portuária).

⁵ Vide item II, do PROAPS (doc. L35-03).

armazém, instalações e equipamentos, que possibilitasse a movimentação mínima anual de 75.000 (setenta e cinco mil) contêineres, pela aludida unidade, pelo prazo de 20 (vinte) anos, contado a partir da data da sua assinatura, prorrogável por período máximo igual ao originalmente contratado, desde que houvesse interesse de ambas as Partes, conforme as cláusulas 1ª e 9ª, *caput* e § 1º, do referido Contrato (docs. L37-01, U-02 e C-04).

124. Ainda em relação ao objeto do Contrato 11/95, as Partes registraram, no parágrafo único, da cláusula 1ª, que a área arrendada seria utilizada pela LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. para recebimento, movimentação e armazenagem de contêineres, bem como para as demais atividades correlatas de interesse da mesma e sob a sua supervisão.

125. No que tange aos investimentos, as Partes ajustaram o seguinte:

"CLÁUSULA TERCEIRA- INVESTIMENTOS

Visando o melhoramento e a ampliação das instalações portuárias, de modo a propiciar efetivo aumento de produtividade, a LIBRA promoverá, por sua exclusiva conta, os investimentos necessários à otimização operacional da área arrendada e dos serviços sob sua coordenação".

126. Sobre a atracação, estabeleceram o seguinte:

"CLÁUSULA QUARTA – ATRACAÇÃO

Será concedida prioridade "B", de cais preferencial, em frente ao terminal objeto deste Contrato, para atracação de navios que movimentarem contêineres destinados ou provenientes do local, em estrita conformidade com as "Instalações para a Concessão de Prioridades de Atracção de Navios, no Porto de Santos – SP", objeto da Resolução nº 176/79 da extinta Empresa de Portos do Brasil – PORTOBRÁS.

PARÁGRAFO ÚNICO

A CODESP proporcionará uma profundidade nunca inferior a 11 (onze) metros na proximidade de 5 (cinco) metros do cais fronteiro às instalações objeto deste, para atracação dos navios com carga para o terminal."

127. Em relação ao preço, ajustou-se que a LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. pagaria: (a) por força do arrendamento da área, o valor

equivalente a R\$ 11,77 por m² - base agosto de 1995 -, por mês ou fração, conforme alínea "a", da cláusula 7^a, do Contrato T-37; (b) pela utilização da infraestrutura posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário, de acordo com os preços especificados na alínea "b", da cláusula 7^a, do Contrato T-37 - base agosto de 1995 -, mais o Adicional da Tarifa Portuária – ATP e o Imposto Sobre Serviços - ISS; e (c) pela mão-de-obra operacional, o valor total de homens-dia utilizados no mês, detalhados na alínea "c", da cláusula 7^a, do Contrato T-37 - base agosto de 1995. Além disso, a LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. deveria pagar pela água e a energia elétrica consumidas na referida área; bem como por eventuais serviços não previstos no Contrato, tudo de acordo com a Tarifa do Porto de Santos, nos termos dos parágrafos 3^o e 6^o, da cláusula 7^a, do referido Contrato.

128. As condições de pagamento dos valores referidos nas alíneas "a", "b" e "c", da cláusula 7^a, do Contrato T-37, estão previstas na cláusula 8^a, do mesmo Contrato T-37, da seguinte forma: nas alíneas "a" e "c", prevê-se o pagamento mensal através de fatura apresentada pela CODESP à LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A., para liquidação por esta, na Tesouraria da CODESP, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contados da data de sua apresentação; e na alínea "b" o pagamento através de faturas apresentadas pela CODESP à LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A., em até 5 (cinco) dias da desatracação do navio, que deverão ser pagas, na Tesouraria da CODESP, no prazo de 2 (dois) dias úteis após a sua apresentação.

129. O Contrato T-37 foi sucessivamente aditado⁶ até ser unificado, como se verá a seguir.

⁶ Ao todo foram firmados 8 (oito) Termos Aditivos ao Contrato T-37 (doc. U-02).

Terminal T-35

130. Em 06.04.1998, o Consórcio LIBRA-BOREAL⁷ foi declarado vencedor do Edital de Concorrência nº 12/97 (*"Edital 12/97"*) (docs. L35-04, U-03 e C-03), de 06.02.1997, cujo objeto era a celebração de Contrato de Arrendamento para a exploração de instalação portuária. Nesse certame, as Licitantes deveriam levar em consideração, para efeito de apresentação de sua Proposta e do Projeto Executivo, o atendimento das seguintes condições específicas: (a) reforço e adaptação do cais fronteiriço às Instalações Portuárias; (b) construção do novo sistema viário (rodoviário e ferroviário); (c) ampliação de pátios; (d) demolições e melhoria das instalações existentes; e (d) fornecimento de equipamentos, nos termos do item 6.1 do referido Edital.

131. O Grupo Libra, além de ser arrendatário do Terminal 37, explorava o Armazém XXXIX, por meio de contrato operacional (doc. L35-05), sendo, pois, estratégico o arrendamento do Terminal 35, de acordo com as Requerentes⁸.

132. Em 25.06.1998, a CODESP e o Consórcio LIBRA-BOREAL – constituído pelas empresas LIBRA - Linhas Brasileiras de Navegação S.A. e BOREAL Serviços e Administração S.A. – celebraram o Instrumento Particular de Contrato de Arrendamento para exploração de instalação portuária, denominado Contrato PRES nº 32/98 (*"Contrato de Arrendamento T-35"*, *"Contrato T-35"* ou *"Contrato 32/98"*), tendo por objeto o arrendamento para exploração de área sob administração da CODESP, de aproximadamente 100.000 m², localizada na Ponta da Praia, na margem direita do Porto de Santos, abrangendo os armazéns 34 e 35 (internos), XXXVI (externo), os pátios entre os armazéns 34 e 35, e os pátios do lado sul dos armazéns 35 e XXXVI, bem como a região de cais fronteiriça aos armazéns 34 e 35, e os pátios entre os armazéns 34 e 35, e do lado sul do

⁷ O referido Consórcio apresentou a sua proposta para a concorrência do Edital 12/97 (doc. L35-07), em 22.04.1997, com o auxílio de estudos econômicos e financeiros elaborados pela Liftech (doc. L35-06). No momento da licitação, apresentou, ainda, a sua Proposta de Metodologia de Execução – PME (doc. L35-08).

⁸ Cf. §§ 32/33, das Alegações Iniciais Requerentes T-35.

armazém 35, conforme indicações e delimitações apresentadas na Planta de Localização da Área Arrendada, envolvendo investimentos da Arrendatária necessários à construção, implantação e operação na referida área de Instalações Portuárias para movimentação e armazenagem de contêineres, pelo prazo de 20 (vinte) anos, contado a partir da data de sua assinatura, prorrogável, de comum acordo entre as Partes, por uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, mediante solicitação por escrito da arrendatária, nos termos das cláusulas 2ª, 14ª, 15ª e 16ª do Contrato T-35 (docs. L35-10, U-06 e C-05).

133. A cláusula 11ª⁹ do referido Contrato apresenta a fórmula para o cálculo das parcelas mensais devidas pelo arrendamento objeto do Contrato 32/98. Já a cláusula 12ª, abaixo reproduzida, versa sobre as condições de pagamento:

"CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO
Os pagamentos dos valores decorrentes deste Contrato deverão ser efetuados:
1- Os referentes à remuneração do arrendamento -- inciso "I", do "caput" da Cláusula Décima Primeira --, mensalmente, no prazo de 5 (cinco) dias

⁹ *"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS PREÇOS*

Por forçado presente Contrato, a ARRENDATÁRIA pagará à CODESP, observado o disposto na Cláusula Décima Terceira – Do Reajuste, os preços a seguir estipulados, que têm como data base o mês de abril/97, data da apresentação da PROPOSTA:

I) pelo arrendamento objeto do presente Contrato, parcelas mensais de:

$$R = aA + bX$$

Onde:

R- valor de remuneração mensal do arrendamento, expresso em número inteiro, desprezadas as frações inferiores à unidade;

a – parâmetro igual a R\$ 5,00 (cinco reais) por metro quadrado e por mês ou fração;

A – área do terreno ocupada pelas instalações, em metros quadrados;

b – parâmetro em função da movimentação, que será de R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais) por contêiner;

X – movimentação mensal, em contêineres, conforme disposto na Cláusula Quinta deste Contrato;

II) pela utilização da infra-estrutura terrestre (Tabela II), considerada como IPUPE – INSTALAÇÃO PORTUÁRIA DE USO PÚBLICO ESPECIAL, incluindo cais, e os da infra-estrutura portuária (Tabela I), caso a ARRENDATÁRIA seja a requerente, bem como pela utilização dos demais serviços colocados, pela CODESP, à disposição da ARRENDATÁRIA, os itens constantes da Tarifa Portuária vigente à época, devidamente homologada pelo CAP- Conselho de Autoridade Portuária -, acrescidos dos, respectivos adicionais, e de acordo com as normas da CODESP.

III) pelo ressarcimento das condições da área encontrarem-se superiores às de "Sítio Padrão", parcelas trimestrais de valor $W = R\$ 258.604,90$ (duzentos e cinquenta e seis mil, seiscentos e quatro reais e noventa centavos)."

úteis contados da data de apresentação, pela CODESP, do respectivo faturamento à ARRENDATÁRIA, conforme definido a seguir:

a) a partir da data de assinatura do Contrato de Arrendamento até a data da comunicação da disponibilidade da área feita pela CODESP à ARRENDATÁRIA, nada será devido a título de remuneração do arrendamento;

b) a partir da data de entrega da área até a data do término da carência e até a data do término do Contrato de Arrendamento será devido o valor relativo a "R", com observância das metas de movimentações estabelecidas. No ANEXO VII encontra-se a simulação anual, em tabela, da aplicação da fórmula prevista na Cláusula Décima Primeira deste Contrato, considerada tão somente para efeito de exemplo.

2- Os referentes aos demais serviços -- inciso "II" do "caput" da Cláusula Décima Primeira, de acordo com as normas da CODESP.

3- O valor referente ao ressarcimento devido às condições do sítio - "W", conforme inciso "III" do "caput" da Cláusula Décima Primeira -, será pago trimestralmente, somente a partir de 90 (noventa) dias contados da data do término da carência definida na letra "e" da Cláusula Primeira, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data de apresentação, pela CODESP, dos respectivos faturamentos à ARRENDATÁRIA.

Parágrafo Primeiro

As diferenças eventualmente verificadas, entre os valores pagos e os realmente devidos, serão corrigidas nas mesmas bases usadas nos faturamentos iniciais e nos menores lapsos de tempo possíveis.

Parágrafo Segundo

Ocorrendo atraso na liquidação de qualquer obrigação pecuniária estabelecida neste Contrato, o débito apurado será acrescido do valor correspondente à variação da TR "pro-rata", mais juros de 1% (um por cento) ao mês, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo das demais penalidades previstas neste Instrumento.

Parágrafo Terceiro

A cobrança de qualquer importância devida e não liquidada pela ARRENDATÁRIA far-se-á através de processo de execução judicial, sempre que as vias administrativas comuns não surtirem efeito.

Parágrafo Quarto

Para todos os fins de direito, ficará a ARRENDATÁRIA responsável pelo pagamento dos preços estabelecidos neste Instrumento, respeitados os limites para reajuste e os prazos estabelecidos para liquidação de débitos.

Parágrafo Quinto

Eventuais contestações ou devoluções de faturas devem ser detalhadamente fundamentadas e aceitas pela CODESP somente mediante depósito, pela ARRENDATÁRIA, em sua Tesouraria e sempre nos prazos estabelecidos, dos valores considerados corretos."

134. As Partes estabeleceram uma cláusula sobre as penalidades pelo inadimplemento da arrendatária, a saber, a cláusula 34ª do Contrato 32/98:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA – DAS PENALIDADES

A ARRENDATÁRIA, deixando de cumprir quaisquer cláusulas deste Instrumento Contratual ou infringindo disposições legais vigentes, estará sujeita à multa de até 2% (dois por cento) do valor anual da remuneração do arrendamento, vigente na ocasião do inadimplemento:

- a) por dia de atraso no prazo para a apresentação do projeto executivo e respectivas especificações técnicas à apreciação da CODESP;*
- b) por dia de atraso no prazo para a conclusão das obras e entrada em serviço;*
- c) pela infração ou não atendimento de qualquer dispositivo ou exigência contratual.”*

135. Ajustaram, ainda, uma cláusula tratando dos seguros e das garantias, a cláusula 42ª do Contrato 32/98:

“CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA – DOS SEGUROS E DAS GARANTIAS

A ARRENDATÁRIA se obriga ao pagamento dos prêmios e a manter em vigor, a partir da data de assinatura deste Contrato, as apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva cobertura para todos os riscos inerentes ao arrendamento -- bens e pessoas --, inclusive contra terceiros, devidamente atualizadas, de acordo com a legislação aplicável.

Parágrafo Primeiro

Para garantia do fiel cumprimento das cláusulas e condições deste Contrato de Arrendamento, a ARRENDATÁRIA presta caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, ou fiança bancária, cujo valor será atualizado nas mesmas condições em que ocorreram as atualizações deste Contrato, da seguinte forma:

a) com relação à utilização do imóvel:

o correspondente a três vezes o valor mensal do arrendamento da área, devendo ser depositado pela ARRENDATÁRIA na Tesouraria da CODESP, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data da competente convocação da CODESP, sob pena de decair do direito à contratação;

b) com relação à movimentação de mercadorias:

a ARRENDATÁRIA prestará antes do início de cada operação, caução de garantia no valor correspondente ao volume a ser movimentado, a preços atualizados.

Parágrafo Segundo

O montante caucionado, conforme letra "a" do Parágrafo Primeiro, somente será devolvido ou liberado após o término ou a rescisão deste Contrato e depois de liquidados eventuais débitos dele oriundos, tudo sem responsabilidade da CODESP por qualquer compensação pela mora da devolução.”

136. Em 06.07.1998 foi realizada reunião entre a CODESP e a Libra, para a definição de providências a serem tomadas para a liberação operacional da área arrendada (doc. C-09).

137. Ainda em 1998, a Libra T-35 passou a postular, em sede administrativa, que os valores do arrendamento não lhe fossem cobrados imediatamente, bem como a revisão das bases contratuais, o que acabou resultando anos depois na instauração de processo administrativo nº 50000.055392/2002-92 perante a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes (doc. L35-69).

138. As Partes renegociaram o Contrato T-35, o que culminou na celebração do Contrato PRES nº 48/98 (docs. U-07 e C-12), que foi posteriormente declarado nulo pelo Tribunal de Contas da União ("TCU") (doc. U-08 e C-39). Em cumprimento ao acórdão do TCU, a CODESP reconheceu a nulidade do Contrato PRES nº 48/98, em decisão publicada no Diário Oficial da União, em 13.01.2003 (doc. U-09).

139. Então, as Partes firmaram, em 18.03.2004, o 1º Termo Aditivo ao Contrato T-35 (docs. U-10 e C-42), por meio do qual basicamente restabeleceram a redação original do Contrato e excluíram as modificações declaradas nulas pelo TCU.

140. Posteriormente, em 04.11.2005, as Partes assinaram o 2º Termo Aditivo ao Contrato T-35 ("*Aditamento/2005*") (docs. L35-15, U-15 e C-68), a fim de regular novos valores de arrendamento a serem praticados a partir daquela data, deixando as demais questões relativas ao período anterior para serem resolvidas pelas ações judiciais, tudo em conformidade com a Nota Técnica nº 001/CONSAD/CODESP/MT, de 26.08.2005 (docs. L35-54 e C-61).

141. Em 08.11.2005, diretores da CODESP encaminharam uma carta ao Ministério dos Transportes, no intuito de esclarecer dúvidas e alertar as autoridades quanto à celebração do Aditamento/2005. Nela afirmaram a suposta ausência de estudos técnicos, comerciais e econômico-financeiro para o referido Aditamento (docs. L35-73 e C-69).

142. Em 09.11.2005, o Presidente da CODESP encaminhou carta ao Ministério dos Transportes, informando que a aprovação da proposta de reequilíbrio econômico do Contrato T-35 dera-se após ampla discussão e o acordo pautara-se na documentação preparada pela Diretoria Comercial e de Desenvolvimento da CODESP (docs. L35-74 e C-70).

143. Na mesma data acima, o Ministro de Estado dos Transportes sustou o Aditamento/2005, até que fossem dirimidas todas as dúvidas quanto à sua conveniência, oportunidade e legitimidade (docs. L35-16, U-36 e C-70), impedindo a sua publicação.

144. Em 06.12.2005, a Libra T-35 encaminhou suas considerações sobre a sustação da eficácia do Aditamento/2005 ao Ministro do Estado dos Transportes, pedindo a reconsideração da decisão anteriormente proferida, bem como a imediata publicação do referido Aditamento/2005 (doc. L35-75).

145. Posteriormente, em 08.02.2006, o Ministro dos Transportes manteve a sustação dos efeitos do Aditamento/2005, com base em manifestação da Advocacia-Geral da União, de 24.01.2006 (docs. L35-76, U-16/17e C-73/74).

146. Em seguida, a Libra T-35 propôs ação judicial para declarar a validade do referido Aditamento/2005, processo nº 004199-86.2008.4.03.61.04.

147. Em 05.02.2010, a Diretoria Executiva da CODESP teria se manifestado favoravelmente ao encaminhamento da proposta de Acordo e Equacionamento da Dívida e Reequilíbrio Econômico do Contrato T-35 para os seus Conselhos de Administração e Fiscal (DIREXE 31.2010) (doc. L35-17), os quais teriam se pronunciado favoravelmente (docs. L35-18/19)) à referida proposta.

148. Em 08.01.2014, a ANTAQ editou a Resolução nº 3.220, que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição

do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.

149. Em conjunto com a celebração do Termo de Compromisso Arbitral, a União, por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, firmou com as Requerentes, tendo como intervenientes a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e a CODESP, o 2º Termo Aditivo ao Contrato T-35, de 02.09.2015 (“Aditamento/2015”) (docs. L35-20, U-18 e C-95). Este Aditamento unificou três contratos de arrendamento da Libra no Porto de Santos, sendo que um deles não faz parte do objeto da Arbitragem (Contrato DP/019.2000). Tais negócios jurídicos então passaram a constituir o Contrato 32/98, nos termos do inciso I, da cláusula 1ª, do Aditamento/2015, cuja vigência foi prorrogada antecipadamente até 04.09.2035, nos termos da sua cláusula 5ª.

150. Ademais, o Aditamento/2015, com base no art. 13 do Decreto 8.465/2015, fixou preços provisórios a serem pagos à CODESP como contraprestação pelo arrendamento unificado, até o final da presente Arbitragem, nos termos das seguintes cláusulas:

“(...) 16 – Considerando que a SEP/PR, a LIBRA 35 e a LIBRA TERMINAIS, com interveniência da ANTAQ e da CODESP, resolveram transacionar, encerrando os processos judiciais relativos aos CONTRATOS PRES nº 32/98 e PRES/11.95, celebrado nesta data, com fundamento no §1º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.129, de 29 de maio de 2015, §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 e Decreto nº 8.465, de 08 de junho de 2015, Termo de Compromisso Arbitral para solução dos referidos litígios, doravante denominado COMPROMISSO;

(...)

CLÁUSULA SÉTIMA – VALOR DE ARRENDAMENTO

*A ARRENDATÁRIA pagará à CODESP, em relação ao CONTRATO UNIFICADO, os seguintes valores de arrendamento: **R\$4,39 m²** (quatro reais e trinta e nove centavos por metro quadrado) e **R\$32,64/contêiner** (trinta e dois reais e sessenta e quatro centavos por contêiner movimentado), com data-base de junho de 2015.*

(...)

Parágrafo Segundo

Considerando que as partes resolveram celebrar o COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo, para a solução de litígios relativos aos contratos PRES nº 32/98 e PRES/11.95, os valores de

arrendamento indicados no caput desta cláusula foram fixados com base no §6º do art. 13 do Decreto nº 8.465/2015, e possuem caráter provisório, devendo ser substituídos pelos valores definitivos, a serem estabelecidos na respectiva sentença arbitral, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA – MOVIMENTAÇÃO MÍNIMA CONTRATUAL

A Movimentação Mínima Contratual – MMC, estabelecida neste CONTRATO UNIFICADO, será 400.000 (quatrocentos mil) contêineres por ano, a contar da data de assinatura deste Termo Aditivo.

Parágrafo Primeiro

O valor da MMC será reajustado quinquenalmente, com base na movimentação efetivamente ocorrida a cada período de 5 (cinco) anos, sendo substituída pela menor movimentação realizada neste quinquênio, desde que o valor supere a MMC vigente.

Parágrafo Segundo

Os valores da MMC estabelecidos neste Termo Aditivo estão sujeitos a alteração, com base na sentença arbitral referente ao compromisso de que trata o item 16 do Preâmbulo deste Termo Aditivo.”(grifos originais)

151. Finalmente, em 22.01.2016, as Partes celebraram o 3º Aditivo ao Contrato T-35 (doc. U-19), prorrogando por período equivalente (150 dias) o prazo anteriormente estabelecido para início da eficácia do Compromisso Arbitral.

152. Estas são as principais cláusulas dos Contratos em disputa e relevantes para o deslinde do feito, como se verá.

CAPÍTULO VIII – PEDIDOS DAS PARTES

(A) PEDIDOS DAS REQUERENTES

153. No Termo de Arbitragem, item 5.4, as Requerentes apresentaram os seguintes pleitos:

Terminal T-35:

“Diante disso, a Libra Santos confia em que, ao final desta arbitragem, na forma dos pedidos que serão melhor detalhados em suas Alegações Iniciais, será, cumulativamente, (i) reconhecida a inexigibilidade do cumprimento integral das suas obrigações previstas no Contrato de

Arrendamento T-35, por culpa única e exclusiva da Requerida, (ii) reconhecida a validade e a eficácia do Aditamento Nov/2005, que equacionou, a partir de novembro de 2005, os valores de arrendamento do Terminal 35, (iii) promovido o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Arrendamento T-35, desde de sua assinatura até o Aditamento Nov/2005, sendo compensados, mês a mês, todos os valores pagos pela Libra Santos à Requerida, (iv) condenada a Requerida a ressarcir a Libra Santos por todos os prejuízos causados a ela, de cifras bilionárias, aí englobados danos emergentes e lucros cessantes, que impediram a Libra Santos de atingir as suas metas de performance, notadamente de atracação de navios e de movimentação/armazenagem de contêineres no Porto de Santos, tudo a ser apurado em uma fase posterior de liquidação, devendo o respectivo pagamento ser feito na forma das cláusulas 2.1.3 e XIV do Termo de Compromisso.”

Terminal T-37:

"Por isso, sem prejuízo de detalhar e fundamentar os seus pleitos nas suas Alegações Iniciais, a Libra Terminais confia em que, ao final desta arbitragem, será condenada a Codesp a reembolsar os valores despendidos pela Libra Terminais na execução das obras realizadas no cais público defronte ao Terminal 37 do Porto de Santos, devendo o respectivo pagamento ser feito na forma das cláusulas 2.1.2 e XIV do Termo de Compromisso.

Em ambos os Litígios (T35 e T37), a Requerida deve ser condenada ao reembolso dos custos deste procedimento de arbitragem (art. 3, VIII, do Decreto 8.465/2015), deles excluídos os honorários profissionais e dos demais assistentes técnicos (art. 3, IX, do Decreto 8.465/2015 e cláusula 11.4 do Termo de Compromisso)."

154. Em sede de Alegações Iniciais, as Requerentes formularam os seguintes pedidos:

Terminal T-35:

"XIV. PEDIDOS

202. Pelo exposto, o GRUPO LIBRA formula os seguintes pedidos:

(i) Declarar o inadimplemento da CODESP em relação às obrigações a ela impostas pela legislação, pelo EDITAL 12/97 e pelo CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35;

(ii) Declarar, como consequência da procedência do pedido anterior, a inexigibilidade do cumprimento integral pela LIBRA T-35 das suas obrigações previstas no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35, por culpa única e exclusiva da CODESP;

(iii) Declarar que a obrigação da LIBRA T-35 de pagar quaisquer dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 iniciava apenas quando a CODESP (i) aprovasse o Projeto Executivo para implementar as obras necessárias, ou (ii) disponibilizasse a totalidade da área arrendada do TERMINAL 35, o que ocorresse por último, na forma do item 72 acima;

(iv) A partir de Novembro/2005, declarar que os valores de arrendamento do TERMINAL 35 são aqueles constantes do ADITAMENTO NOV/2005, seja em razão de sua validade e eficácia, seja porque correspondem ao acordo de vontade objeto do referido aditamento;

(v) Em relação ao período entre o termo inicial da obrigação para pagamento dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 (cf. vier a ser decidido no item (iii) acima) e Novembro/05, declarar a necessidade de reequilíbrio do aludido contrato, em razão da existência dos fatores de desequilíbrio econômico financeiro, e a consequente necessidade de alteração dos seus valores de arrendamento. Apenas na hipótese do pedido (iv) acima ser julgado improcedente, declarar a existência dos fatores de desequilíbrio econômico financeiro, desde o termo inicial da obrigação para pagamento dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 (cf. vier a ser decidido no item (iii) acima), com a consequente alteração dos valores de arrendamento para seu reequilíbrio;

(vi) Declarar a compensação, mês a mês, dos valores pagos pela LIBRA T-35 à CODESP, na forma do TERMO DE COMPROMISSO; e

(vii) Condenar a CODESP a ressarcir a LIBRA T35 por todos os prejuízos que lhe foram causados desde a assinatura do CONTRATO DE ARRENDAMENTO T35, inclusive depois da celebração do ADITIVO NOV/2005, aí englobados danos emergentes e lucros cessantes, tudo a ser apurado em uma fase posterior de liquidação, devendo o respectivo pagamento ser feito na forma das cláusulas 2.1.3 e XIV do TERMO DE COMPROMISSO."

Terminal T-37:

"V. PEDIDOS

38. Por todo o exposto, a LIBRA T-37 requer a condenação da CODESP em indenizar a LIBRA T-37 dos valores despendidos nas obras realizadas no cais fronteiro ao TERMINAL 37, em valor atualizado a contar de cada desembolso e acrescido de juros desde 10.03.99 (data em que a CODESP foi constituída em mora), a ser calculado em fase de liquidação de sentença, nos termos do item 9.2 do Termo de Arbitragem.

39. Requer-se, ainda, seja a CODESP condenada ao reembolso dos custos deste procedimento de arbitragem (art. 3, VIII, do Decreto 8.465/2015), deles excluídos os honorários profissionais e dos demais assistentes técnicos (art. 3, IX, do Decreto 8.465/2015 e cláusula 11.4 do Termo de Compromisso)."

155. Em suas Alegações Finais, as Requerentes formularam os seguintes pedidos:

Terminais T-35 e 37:

"VIII. CONCLUSÃO

247. Ante o exposto, considerando a ampla produção probatória, confia o GRUPO LIBRA no julgamento de procedência dos seus pedidos para o fim de:

(1) declarar o inadimplemento da CODESP em relação às obrigações a ela impostas pela legislação, pelo edital e pelo CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35;

(2) declarar a inexigibilidade do cumprimento integral pela LIBRA T-35 das suas obrigações previstas no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35;

(3) declarar que a obrigação da LIBRA T-35 de pagar CODESP dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 iniciava apenas quando a CODESP aprovasse o Projeto Executivo para implementar as obras necessárias, ou disponibilizasse a totalidade da área arrendada do TERMINAL 35, o que ocorresse por último;

(4) partir de novembro de 2005, declarar que os valores de arrendamento do TERMINAL 35 são aqueles constantes do ADITAMENTO DE NOVEMBRO DE 2005;

(5) em relação ao período entre o termo inicial da obrigação para pagamento dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 e ADITAMENTO DE NOVEMBRO DE 2005, declarar a necessidade de reequilíbrio do aludido contrato;

(6) declarar a compensação, mês a mês, dos valores pagos pela LIBRA T-35 à CODESP, na forma do Termo de Compromisso;

(7) condenar a CODESP a ressarcir a LIBRA T35 por todos os prejuízos que lhe foram causados desde a assinatura do CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35, inclusive depois da celebração do Aditamento de Novembro de 2005, aí englobados danos emergentes e lucros cessantes, tudo a ser apurado em uma fase posterior de liquidação; e

(8) condenar a CODESP a indenizar a LIBRA T-37 pelos valores despendidos nas obras realizadas no cais fronteiro ao TERMINAL 37, confirme previsto no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-37, em valor atualizado a contar de cada desembolso e acrescido de juros desde 10.03.99, a ser apurado também em fase de liquidação."

(B) PEDIDOS DAS REQUERIDAS

156. Por sua vez, no item 5.5 do Termo de Arbitragem, as Requeridas apresentaram os seguintes pedidos:

CONTRATO 32/98 (T-35):

"Nesse ponto, a União e a CODESP consideram que não há direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, com base nos fatos e fundamentos acima alegados e uma vez que o 2º termo aditivo ao Contrato PRES nº 32/98 não possui os efeitos jurídicos pretendidos pela Libra e pelas razões que serão demonstradas em suas alegações posteriormente neste procedimento arbitral." (grifos originais)

CONTRATO 11/95 (T-37):

"Nesse ponto, a União e a CODESP se manifestam pela improcedência do pedido de ressarcimento na forma pretendida pela Libra, conforme será detalhado e justificado em fase adequada deste procedimento." (grifos originais)

157. Posteriormente, em Alegações Iniciais, as Requeridas formularam os seguintes pedidos:

PEDIDOS DA CODESP:

"163. Assim sendo, requer-se:

(I) liminarmente, a determinação de que a LIBRA preste caução nos termos do Parágrafo Primeiro da Cláusula Quadragésima Segunda do Contrato 32/98, tomando-se por base, neste momento, os Valores Provisórios estabelecidos no Segundo Termo Aditivo em vigor;

(II) por ocasião da prolação da Sentença Parcial, prevista na Cláusula 9.2 do Termo de Arbitragem:

II.1) condenação solidária das Requerentes a arcar com a totalidade dos valores devidos pelo Contrato de Arrendamento 32/98, corrigidos monetariamente pela TR e acrescidos juros de mora de 1% ao mês, desde a data do vencimento de cada fatura até a do efetivo pagamento integral, abatidos os pagamentos parciais realizados pela LIBRA (em tesouraria ou mediante depósitos judiciais levantados pela CODESP), na forma legal;

II.1.1) os valores integrais, com seus respectivos consectários contratuais, sem abatimento dos pagamentos parciais, perfazem, em 31.8.2017, o montante em apurado na nota técnica anexa;

II.2) a condenação solidária das Requerentes ao pagamento da multa prevista na Cláusula Trigésima Quarta do Contrato 32/98, pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias, em percentual de 2% relativamente a cada uma das parcelas inadimplidas;

II.3) a condenação solidária das Requerentes ao pagamento da multa de 2% prevista na Cláusula Trigésima Quarta do Contrato 32/98, pelo inadimplemento da obrigação de prestação de caução prevista no Parágrafo Primeiro da Cláusula Quadragésima Segunda do Contrato 32/98;

II.4) a condenação solidária das Requerentes ao pagamento de indenização correspondente aos danos emergentes e lucros cessantes, incluindo-se custos de oportunidade, suportados pela CODESP ao longo de todo o período de inadimplência;

II.5) a total improcedência dos pedidos formulados pela LIBRA, pelas razões que já foram tangenciadas nestas Alegações Iniciais e que serão expostas ao longo desse procedimento, notadamente em Resposta às Alegações Iniciais da LIBRA;

II.6) a condenação da LIBRA a arcar com a diferença entre os Valores Provisórios, pagos no curso da Arbitragem, e os Valores Definitivos, que serão apurados por ocasião da Sentença Definitiva – diferença essa que deve ser corrigida na forma da Cláusula Décima Segunda, Parágrafos Primeiro e Segundo, do Contrato 32/98 até a data do efetivo pagamento;

III) por fim, por ocasião da prolação da Sentença Arbitral Definitiva:

III.1) a apuração, com base nos critérios definidos na Sentença Parcial:

III.1.1) do exato valor devido pela LIBRA à CODESP pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias até a data da celebração do Termo de Compromisso Arbitral, em montante que deverá ser atualizado, na forma contratualmente prevista, e acrescido de juros e multa até a data do efetivo pagamento;

III.1.2) dos Valores Definitivos do arrendamento, nos termos do §§ 5º, 6º e 7º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 e da Cláusula Sétima, Parágrafo Segundo, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 32/98, atualmente em vigor, em patamares não inferiores ao da proposta vencedora da licitação;

III.1.3) do montante devido a título de diferença entre os Valores Definitivos e os Valores Provisórios pagos no curso dessa Arbitragem, que deverá ser atualizado, na forma contratualmente prevista, e acrescido de juros e multa até a data do efetivo pagamento;

III.2) a confirmação da tutela de urgência relativa à obrigação de prestar caução, com reajuste do valor da garantia a espelhar os Valores Definitivos;

III.3) a condenação da LIBRA ao reembolso de todas as custas e despesas incorridas pela CODESP em razão da presente arbitragem (incluindo custas administrativas, honorários de árbitros, peritos e assistentes técnicos), acrescidas de juros e correção monetária." (grifos originais)

PEDIDOS DA UNIÃO:

"108. Em vista disso, a UNIÃO requer que este tribunal arbitral:

a) Condene a Libra ao pagamento, com os devidos acréscimos de juros, correção monetária e multas incidentes até a data do efetivo pagamento, de toda a quantia devida à Codesp em decorrência das obrigações

assumidas nos contratos de arrendamento de que se trata no presente procedimento arbitral, a ser apurada na etapa de liquidação.

b) Declare que, não havendo justa causa para reequilíbrio econômico-financeiro em favor de Libra, seja mantida a equação econômico-financeira original do contrato, inclusive para os seguintes efeitos:

b1) Para a definição dos valores definitivos de arrendamento que deverão substituir os valores provisórios que foram estabelecidos no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/98, celebrado em 2 de setembro de 2015, com base no art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2015.

b2) Declarar a aplicação dos valores definitivos de arrendamento (item b1) retroativamente à data de celebração do 2º Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/98 (de 2015), condenando a Libra ao pagamento da diferença entre as quantias pagas a título de valor provisório de arrendamento a partir da vigência do referido Termo Aditivo e o valor que deveria ter sido pago com base na equação econômico-financeira original do contrato, definida a partir das condições previstas no edital de licitação e na proposta apresentada pela licitante vencedora, com os devidos acréscimos de juros, correção monetária e multa a serem apurados em liquidação.”

158. Em Alegações Finais, as Requeridas formularam os seguintes pleitos:

PEDIDOS DA CODESP:

"VI – CONCLUSÃO E PEDIDOS

322. *Ante todo o exposto e por tudo o que se produziu ao longo do presente procedimento, a CODESP, consolidando suas pretensões, reitera todos os seus pedidos deduzidos nessa Arbitragem, notoriamente os de que:*

(I) por ocasião da Sentença Parcial:

I.1) sejam julgados integralmente improcedentes todos os pedidos formulados pela LIBRA;

I.2) seja a LIBRA condenada a arcar com a totalidade dos valores devidos no âmbito do Contrato 32/98, corrigidos monetariamente pela TR e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a data do vencimento de cada fatura até a do efetivo pagamento integral, abatidos os pagamentos parciais realizados pela LIBRA na forma legal;

I.3) seja a LIBRA condenada ao pagamento da multa prevista na Cláusula Trigésima Quarta do Contrato 32/98, pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias, em percentual de 2% relativamente a cada uma das parcelas inadimplidas;

I.4) seja a LIBRA condenada, ainda, ao pagamento de indenização correspondente aos danos emergentes e lucros cessantes, incluindo-se custos de oportunidade, suportados pela CODESP ao longo de todo o período de inadimplência;

I.5) a condenação da LIBRA a arcar com a diferença entre os Valores Provisórios, pagos no curso da Arbitragem, e os Valores Definitivos, que serão apurados por ocasião da Sentença Definitiva – diferença essa que

deverá ser corrigida na forma da Cláusula Décima Segunda, Parágrafos Primeiro e Segundo, do Contrato 32/98 até a data do efetivo pagamento;

(II) por ocasião da prolação da Sentença Arbitral Definitiva:

II.1) a apuração, com base nos critérios definidos na Sentença Parcial:

II.1.1) do exato valor devido pela LIBRA à CODESP pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias até a data da celebração do Termo de Compromisso Arbitral, em montante que deverá ser atualizado, na forma contratualmente prevista, e acrescido de juros e multa até a data do efetivo pagamento;

II.1.2) dos Valores Definitivos do arrendamento, nos termos do §§ 5º, 6º e 7º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 e da Cláusula Sétima, Parágrafo Segundo, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato 32/98, atualmente em vigor, em patamares não inferiores ao da proposta vencedora da licitação;

II.1.3) do montante devido a título de diferença entre os Valores Definitivos e os Valores Provisórios pagos no curso dessa Arbitragem, que deverá ser atualizado, na forma contratualmente prevista, e acrescido de juros e multa até a data do efetivo pagamento;

II.2) a condenação da LIBRA ao reembolso de todas as custas e despesas incorridas pela CODESP em razão da presente arbitragem (incluindo custas administrativas, honorários de árbitros, peritos e assistentes técnicos), acrescidas de juros e correção monetária." (grifos originais)

PEDIDOS DA UNIÃO:

"Ante o exposto, a União requer a este Tribunal Arbitral que julgue totalmente improcedentes os pedidos formulados por Libra, tanto em relação ao Contrato nº 32/98 como ao Contrato nº 11/95, considerando indevidos todos os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, indenização por perdas e danos ou ainda de ressarcimento de despesas realizadas pela requerente."

PARTE II – FUNDAMENTAÇÃO

CAPÍTULO IX – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A CONTROVÉRSIA

159. Os Contratos elencados no Capítulo VII acima acabaram gerando diversos litígios entre as Partes, nas esferas administrativas e judiciais. Diante deste cenário, as Partes resolveram celebrar, em 02.09.2015, o Termo de Compromisso Arbitral ("Termo de Compromisso"), tendo a Agência Nacional de Transportes Aquaviários ("ANTAQ") nele figurado como interveniente anuente,

conforme e para os efeitos da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, do § 1º, do art. 62, da Lei nº 12.815/2013 e do Decreto 8.465/2015. Mediante o referido Termo de Compromisso, as Partes puseram fim aos seguintes processos judiciais, que constituem a matéria objeto desta Arbitragem, nos termos da cláusula 1.1 do referido documento:

"(i) 0005951-69.2003.4.03.6104, que se encontra em curso perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

(ii) 0005952-54.2003.4.03.6104, que se encontra em curso perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

(iii) 0008341-12.2003.4.03.6104, que se encontra em curso perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

(iv) 0014006-67.2007.4.03.6104, em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos;

(v) 0004199-86.2008.4.03.6104, em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos;

(vi) 0019750-15.2004.8.26.0562, em curso perante a 12ª Vara Cível de Santos;

(vii) 0008979-79.2002.4.03.6104, em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos;

(viii) 0007901-11.2006.4.03.6104, em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos;

(ix) 9218125-35.2007.8.26.0000, em curso perante a 5ª Câmara de Direito Público do TJ/SP (origem nº 0030217-82.2006.8.26.0562, 4ª Vara Cível de Santos)."

160. Em observância ao item 5.1¹⁰ do mesmo documento, as Partes detalharam no item III, do Termo de Arbitragem, os litígios objeto da Arbitragem, em razão dos quais formularam as suas pretensões, descritas no item V, do referido Termo de Arbitragem e reproduzidas no Capítulo VIII acima.

¹⁰ "5.1. Verificada a Data da Eficácia, as partes na arbitragem e os Árbitros celebrarão o respectivo Termo de Arbitragem, que detalhará os respectivos litígios indicados no presente Compromisso Arbitral, bem como o cronograma para apresentação de Alegações Iniciais e demais manifestações das Partes, além da realização dos demais atos e adoção de procedimentos e regras específicas da Câmara, observado, sempre, o disposto neste Compromisso Arbitral e no Decreto nº 8.465/2015 ("Termo de Arbitragem")."

161. As Partes ajustaram, ainda, que o prazo para a prolação da(s) sentença(s) arbitral(is) seria de 24 (vinte e quatro) meses a contar da Data de Eficácia, sendo admitida a sua prorrogação, excepcionalmente, uma única vez, exclusivamente por solicitação dos Árbitros e desde que houvesse a concordância de ambas as Partes, nos termos das cláusulas 5.5¹¹ e 5.5.1¹² do Termo de Compromisso.

162. Considerando que a referida Data de Eficácia ocorreu em 04.04.2016 e que o Termo de Arbitragem somente foi firmado em 04.09.2017, as Partes acordaram o seguinte:

"(...) para pleno exercício do seu direito de defesa, produção das provas necessárias e contraditório, o prazo final para prolação da Sentença Definitiva será de 24 (vinte e quatro meses) a contar de hoje, 04/09/2017, sem prejuízo da possibilidade de eventual prorrogação, nos termos do artigo 8º, IV, do Decreto 8.465/2015 e item 5.5.1. do Termo de Compromisso"¹³.

163. É nesse contexto que a presente Sentença deve ser lida e compreendida.

CAPÍTULO X – OBJETO DA DEMANDA

164. Adiante, o Tribunal Arbitral passa a descrever resumidamente as alegações das Partes sobre os pedidos controvertidos, em relação a cada Contrato, para em seguida decidir fundamentadamente sobre cada um deles.

¹¹ "5.5. O prazo para a prolação da(s) sentença(s) arbitral(is) será de 24 (vinte e quatro) meses a contar da Data de Eficácia".

¹² "5.5.1. Excepcionalmente, será admitida a prorrogação do prazo da(s) sentença(s) arbitral(is), uma única vez, exclusivamente por solicitação dos Árbitros e desde que haja concordância de ambas as Partes."

¹³ Vide item 9.6 do Termo de Arbitragem.

165. Saliente-se, de início, que todas as Partes tiveram a ampla possibilidade de produzir as provas que desejavam e não suscitaram qualquer tipo de objeção à condução do procedimento pelo Tribunal Arbitral¹⁴.

166. Todos tiveram amplo acesso aos dados necessários à elaboração de seus pareceres técnicos, e além disso todas as manifestações escritas foram comunicadas às Partes. Ademais, realizaram-se duas audiências, uma de apresentação do caso e outra, mais extensa, de instrução, nas quais se permitiu o amplo exercício de defesa e de contraditório pelos litigantes.

167. Aliás, o Tribunal Arbitral aproveita o ensejo para saudar e louvar a excelente qualidade do trabalho apresentado por todos os profissionais que atuaram no feito, advogados e técnicos, e o espírito colaborativo dos patronos das Partes, que permitiu a condução do procedimento de modo eficiente e produtivo e, como consequência, a prolação da sentença a propósito de uma controvérsia de décadas em pouco mais de um ano após a assinatura do Termo de Arbitragem.

168. O Tribunal Arbitral salienta ainda que levou em consideração e avaliou detidamente todos os argumentos apresentados pelas Partes, bem como as provas produzidas em suporte a tais argumentos.

169. O processo decisório que culminou na presente Sentença Arbitral Parcial é, assim, fruto do convencimento motivado dos Árbitros, ante todo o acervo probatório constante dos autos e todas as manifestações das Partes. Destarte, em consonância com o que dispõe a Lei de Arbitragem, em especial os arts. 18¹⁵ e 21, § 2º¹⁶, a fundamentação exposta a seguir baseia-se nos

¹⁴ Ao final da Audiência de Instrução, realizada nos dias 21 a 24 de maio de 2018, o Tribunal Arbitral indagou às Partes se estavam de acordo com a condução do procedimento, tendo sido, até então, respeitado o direito das Partes à ampla defesa e o exercício do contraditório, com o que concordaram os patronos das Partes, conforme a Ata da referida Audiência de Instrução.

¹⁵ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

argumentos e provas que melhor serviram para motivar o convencimento do Tribunal Arbitral.

Pleito Principal:

(A) Terminal 37:

170. No que tange ao Contrato 11/95, referente ao Terminal 37, as pretensões das Requerentes se resumem ao ressarcimento das despesas com as obras de melhoramento do cais fronteiro ao Terminal 37 e em seu berço de atracação, os quais – alegam elas – seriam de responsabilidade da CODESP.

Do ressarcimento das despesas com as obras no T-37¹⁷

Alegações das Requerentes

171. Inicialmente, aduzem que o Terminal 37 não possuía cais próprio, sendo considerado uma "Instalação Portuária de Uso Público Geral – IPUPG". O cais público fronteiro teria uma área de 10.125 m², além do berço de atracação com aproximadamente 230 metros de comprimento. Libra T-37 não possuía exclusividade para atracação de navios naquele berço, embora tivesse prioridade para tanto, conforme cláusula 4^a do Contrato T-37, já transcrita acima.

172. Nesse sentido, explicam que seria permitida a atracação de embarcações destinadas a outros terminais, ligadas a outros operadores portuários. Por esta razão, inclusive, alegam que, mesmo na qualidade de arrendatária do Terminal 37, a Libra T-37 seria obrigada a pagar pela utilização

¹⁶ § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

¹⁷ Assim como nos demais tópicos desta Sentença, os resumos das alegações das Partes foram extraídos das suas manifestações apresentadas ao longo do feito. Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 5/13, das Alegações Iniciais das Requerentes T-37; nas págs. 73/77 da Resposta da CODESP; nas págs. 128/147 das Respostas da União; nas págs. 3/12 da Réplica das Requerentes T-37; nas págs.92/101 das Alegações Finais das Requerentes; nas págs. 91/93, das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 110/121, das Alegações Finais da União.

do cais fronteiro, em valor calculado por metro de cais ocupado por embarcação atracada e por período de seis horas ou fração (doc. L37-03), com fundamento no item "b", da cláusula 7ª, do Contrato T-37.

173. Por outro lado, afirmam que, uma vez arrendado o Terminal 37 à Libra T-37, seria obrigação da CODESP entregar o cais fronteiro e a área arrendada prontos para a sua operação, assim como efetuar a respectiva manutenção porventura necessária a viabilizar o uso do terminal.

174. Sendo assim, relatam que, celebrado o Contrato, a Libra T-37 tomou posse do Terminal 37 com a promessa de que a CODESP executaria de imediato as obras de infraestrutura no cais defronte ao Terminal 37, uma vez que para o desempenho da movimentação de contêineres no terminal, principalmente para atender às demandas do comércio exterior, fazia-se necessária infraestrutura adequada, que propiciasse métodos operacionais efetivos e eficientes, a ser assegurada pela CODESP.

175. Para tanto, apontam que, além da eficiência e modernização do cais, era preciso reforçar a estrutura do local para o recebimento dos novos contêineres e sua respectiva infraestrutura de trilhos (tendo em vista o peso dos equipamentos e movimentação de carga acima do limite suportado pelo cais no momento de sua entrega pela CODESP).

176. A CODESP, no entanto, desde a entrega da área para arrendamento, não teria providenciado as obras de infraestrutura nessa área e no berço do cais público. Segundo as Requerentes, a Libra T-37, para assegurar a segurança, eficiência, modernização e produtividade das suas operações, além de mitigar os danos que estaria sofrendo, viu-se forçada a assumir os custos dessas obras, tal como autorizava o art. 881 do Código Civil de 1916 (art. 249 do Código Civil atual).

177. Asseveram que as obras realizadas pela Libra T-37 beneficiaram não apenas o Terminal T-37, mas também os demais operadores portuários, que passaram a usufruir daquele cais em condições de uso regular e, em última análise, beneficiaram a própria CODESP.

178. Ressaltam que o preço que a Libra T-37 pagaria pelo arrendamento do Terminal 37 fora fixado tendo em consideração a infraestrutura do cais público que deveria ser oferecida pela CODESP, conforme previsto no item 8.3, alínea "c", do Edital 22/94¹⁸ (doc. L37-02). Mas, na realidade, foi a própria Libra T-37 que implementou tal infraestrutura, às suas expensas.

179. Concluem que, tratando-se de obras de infraestrutura fora da área arrendada, sua realização não constituía obrigação da Libra T-37, que somente se obrigou a realizar aquelas obras e investimentos efetuados na área arrendada, definida na cláusula 1ª do Contrato T-37 e fisicamente separada da área do cais por uma cerca divisória. Neste sentido, destacam o teor da cláusula 3ª do referido documento.

180. Sendo assim, afirmam que a responsabilidade da Libra T-37 se circunscrevia à área arrendada de 20.177 m² que compõe o Terminal 37, enquanto a infraestrutura do cais público de 10.125m² e do seu respectivo berço de atração com aproximadamente 230 metros seria de responsabilidade da CODESP. Destacam que esta diferenciação teria sido reconhecida em sentença proferida pelo D. Juízo da 4ª Vara Cível de Santos – SP, nos autos da Ação Judicial T-37, processo nº 1230/2006, que tratou desta mesma disputa (doc. L37-04).

¹⁸ "8.3 A adjudicatária do objeto do presente Edital, já então Contratada, pagará à CODESP os valores correspondentes: (...) (c) à infra-estrutura posta à disposição do terminal, inclusive à de proteção e acesso aquaviário e às demais vantagens oferecidas (alínea "a" do subitem 5.2) -- através de faturas apresentadas em até 5 (cinco) dias depois da desatracação de cada navio, para serem liquidadas na Tesouraria da CODESP, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados da data de sua apresentação."

181. Notam, ainda, que a CODESP não se teria preocupado com a manutenção das instalações portuárias, nem se prontificado a ressarcir a Libra T-37 pelas obras por ela realizadas, apesar de sua responsabilidade pela entrega do Terminal 37 em condições de operação, sobretudo o cais que fica defronte à área arrendada.

182. Neste cenário, alegam que enviaram à CODESP, em 10.03.1999, a carta DAA-17/99 (doc. L37-05), relatando os investimentos realizados pela Libra T-37, solicitando o ressarcimento dos valores despendidos nas obras já realizadas, bem como a reserva de quantia necessária à manutenção da área em condições operacionais. Também comunicaram, discriminadamente, os serviços executados e relacionaram os valores devidos (doc. L37-06), o que também foi feito em documentos separados (docs. L37-07/11). Porém, narram que a CODESP se quedou inerte, negando-se a reembolsar à Libra T-37 os valores despendidos na execução das obras.

183. Em Réplica, reiteram que as obrigações assumidas pela Libra-37 estariam limitadas à área arrendada e, neste sentido, apontam o item 1 do Edital 22/94 e a cláusula 1ª do Contrato T-37. Inclusive, este seria o sentido da cláusula 3ª do Contrato, de acordo com as Requerentes, que limitaria os investimentos da Libra T-37 à otimização *"da área arrendada"*.

184. Sendo assim, argumentam que a obrigação de a licitante vencedora apresentar um "projeto global", prevista nos itens 1.4 e 1.6 do Edital 22/94, deve ser interpretada à luz do objeto contratual e de suas limitações. Além disso, explicam que a exigência de um "projeto global" decorreria do fato de que as obras, na área arrendada (pátio) e fora dela (cais), deveriam ser compatíveis entre si e executadas concomitantemente. Sustentam que o item 11 do Edital 22/94 não poderia ir além do objeto contratual e da obrigação de investimentos assumida pela Libra T-37 na cláusula 3ª do Contrato T-37.

185. Ainda no mesmo sentido, defendem que o §1º, da cláusula 3ª, do Contrato T-37, ao se referir ao Projeto Básico e “ao projeto da Libra” deve ser interpretado no sentido do *caput* da mesma cláusula, que limitaria as obrigações da Libra T-37 à área arrendada.

186. Como as obras dentro da área arrendada e fora dela teriam sido realizadas ao mesmo tempo, dizem que sequer haveria a possibilidade de separá-las em termos de execução e utilidade. Por tal motivo, alegam que a CODESP teria acompanhado todas as obras, conforme as cartas juntadas pela União (docs. U-69/72), assim como aprovado o projeto apresentado.

187. Argumentam, ainda, que se a Libra T-37 tivesse a obrigação de custear todas as obras para adaptação, ampliação e modernização de infraestruturas do cais, não faria sentido o previsto no item 8.3, “c”, do Edital 22/94, replicado na cláusula 7ª do Contrato T-37. Ressaltam que o Contrato T-37 prevê somente a prioridade da Libra T-37 para atracação de navios naquele berço (cf. cláusula 4ª do Contrato T-37), sendo tal uso remunerado. Além disso, o preço de arrendamento a ser pago pela Libra T-37 levaria em consideração a “*infraestrutura posta à disposição do terminal*” (cf. item 8.3, “c”, do Edital 22/94 e cláusula 7ª do Contrato T-37).

188. Afirmam que a ciência, por Libra T-37, das condições da área do Terminal 37 e do cais em nada teria alterado as obrigações atribuídas a cada Parte e o suposto descumprimento, pela CODESP, das obrigações que lhe cabiam. Além disso, alegam que a responsabilidade da CODESP de assegurar a infraestrutura adequada ao uso do Terminal 37 decorreria da natureza e da interpretação do Contrato em questão, assim como da atividade da CODESP, conforme dispõe o seu estatuto, art. 4º, a Lei nº 12.815 e o Decreto 8.033/13.

189. Quanto à impugnação apresentada no recurso interposto pela Rodrimar¹⁹, notam que tal documento seria anterior à data de assinatura do Contrato T-37, e que a Libra T-37, à época, sequer tinha em vista a magnitude das obras que viria a executar, pois esperava que a CODESP fosse cumprir com as suas obrigações de providenciar a adequada, ampliação e modernização da infraestrutura do cais que atende ao T-37.

190. Sobre os valores aqui pleiteados, a Libra T-37 ressalta que não apresentou valores atualizados desde 2003, mas apenas valores históricos, a serem atualizados, conforme pedido abaixo.

191. Diante do exposto, requerem o ressarcimento dos valores despendidos pela Libra T-37 nos serviços executados na área de 10.125 m² do cais público e no berço de atracação de aproximadamente 230 metros de comprimento, fronteiro ao Terminal 37, o que corresponderia a 33,4% (trinta e três vírgula quatro por cento) do total da área de 30.302 m², no total histórico de R\$ 6.411.867,74 (doc. L37-06). Este valor deve ser atualizado a contar da data de cada desembolso feito pela Libra T-37 e acrescido de juros desde 10.03.1999 (data em que a CODESP foi constituída em mora), e calculado em fase de liquidação de sentença, nos termos do item 9.2 do Termo de Arbitragem. Pleiteiam também o ressarcimento dos custos desta Arbitragem (cf. art. 3, VIII, do Decreto 8.465/2015), deles excluídos os honorários profissionais e dos demais assistentes técnicos (cf. art. 3, IX, do Decreto 8.465/2015 e da cláusula 11.4 do Termo de Compromisso). Por fim, registram que, no âmbito da ação judicial T-37, a CODESP não teria questionado esses valores.

Alegações da CODESP

192. A CODESP, por sua vez, afirma que as obras de adaptação, ampliação e modernização das instalações portuárias, assim entendidas como indispensáveis

¹⁹ Doc. C-122.

para a sua operação, eram de responsabilidade contratual exclusiva da arrendatária. Sendo assim, alega que, dentre essas obras, estavam as de estrutura do cais do Terminal 37.

193. Observa que o item 1.6, "(f)", do Edital 22/94 (doc. L37-02) previu que o projeto da licitante vencedora deveria considerar as necessidades de *"adequação da estrutura de cais existente para as condições dos equipamentos e de movimentação a serem adotadas no terminal"*, o que foi especificamente previsto pela LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. na Proposta de Projeto e Memória Descritiva das Instalações, Equipamentos e de suas Características Físicas e Operacionais (doc. C-120).

194. Explica que tal adequação deveria ocorrer necessariamente, pois as aludidas obras, ainda que não especificamente inseridas na área arrendada, se referiam *"à otimização operacional dos serviços sob sua coordenação"*. Portanto aos olhos da CODESP, tais investimentos eram de responsabilidade da arrendatária, ainda que em tese a estrutura de cais não viesse a ser utilizada exclusivamente por ela, conforme cláusula 3ª do Contrato T-37. Ressalta, ainda, que dentre os serviços sob coordenação e responsabilidade da arrendatária estariam compreendidas, nos termos da cláusula 1.4 do Edital 22/94, as atividades relacionadas ao cais do T-37.

195. Adicionalmente, frisa não haver previsão no Edital 22/94 ou no Contrato T-37 da alegada obrigação da CODESP, e que a aludida cláusula 8.3, "(c)", do Edital 22/94 versa sobre a infraestrutura preexistente posta à disposição do Terminal, sem mencionar a obrigação de novos investimentos da CODESP, quer na área arrendada ou fora dela.

196. Aliás, destaca o teor da correspondência enviada pela CODESP à Libra T-35 (doc. C-121), ao afirmar que não houve a assunção de qualquer obrigação pelos custos da obra do cais pela CODESP, tampouco autorização para que a Libra realizasse as obras em nome da Requerida, cabendo a esta, apenas, a

fiscalização das mesmas. Argumenta que, no caso concreto, fosse correta a interpretação das Requerentes, autorizando a intervenção de um particular em área pública, com o conseqüente desembolso de recursos pela CODESP, tal intervenção somente poderia ocorrer depois do devido processo licitatório, sob pena de flagrante violação aos princípios de direito público.

197. Nota que, em 18.07.1995, quando do processo licitatório, ao impugnar o recurso da Rodrimar contra a decisão da Comissão Especial de Licitação que garantiu às Requerentes a vitória no certame, LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A., ainda antes da assinatura do Contrato, teria declarado que *"é de destacar que os seus investimentos não se limitam a Portainers, mas incluem obras de infraestrutura, como Armazém e de cais"* (doc. C-122, item II, "c", *in fine*).

198. Por fim, questiona o pleito das Requerentes, segundo o qual os valores supostamente despendidos no ano de 2003 devem ser atualizados de cada desembolso e acrescidos de juros de mora desde o recebimento da carta DAA-17/9, de 10.03.1999 (doc. L35-05), como se fosse possível eventual devedor incorrer em mora antes do inadimplemento da obrigação.

Alegações da União

199. Em Resposta, a União afirma serem várias as razões para o indeferimento do pleito de indenização por obras no cais fronteiro ao Terminal 37, quais sejam: (i) o Edital 22/94 exigia que a arrendatária promovesse as obras de adequação da estrutura do cais existente e LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. teria assumido explicitamente essa responsabilidade; (ii) ainda que o Contrato T-37 não tivesse imputado à arrendatária a obrigação de realizar as obras de adequação no cais defronte o Terminal 37, a CODESP não teria assumido a responsabilidade por realizar qualquer obra de melhoramento no referido cais, o que exigiria expressa previsão no Edital 22/94; (iii) os investimentos realizados pelas Requerentes para a adequação do cais que servia

ao Terminal 37 teriam sido reconhecidas pela CODESP como parte dos investimentos a que a LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. teria se obrigado por meio do Contrato 11/95; e (iv) LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. teria iniciado a execução da obra no cais fronteiro ao T-37 logo após a celebração do Contrato e sem que antes houvesse sequer solicitado à CODESP a realização de tal obra.

200. Aponta que o Edital 22/94 previa a obrigação, para o licitante vencedor, de apresentar e financiar um projeto global envolvendo não apenas as melhorias e instalações na área arrendada, mas também no cais fronteiro a tal área, conforme itens 1.4 e 1.6 do referido Edital 22/94.

201. Reforça que o item 4.3.4 do Edital 22/94 exigia, ainda, a apresentação de uma proposta de projeto e memória descritiva das instalações e equipamentos, bem como da estimativa do valor dos investimentos. Sendo assim, destaca que no Projeto Básico referente à licitação para o arrendamento do Terminal 37 (doc. U-59) constava a *“adequação da estrutura existente no cais”*. Na Proposta (doc. U-60), elaborada pela LIBRA– Linhas Brasileiras de Navegação S.A. quando da sua participação na Concorrência nº 22/94, a licitante se teria comprometido formal e expressamente a realizar obras de melhorias no cais fronteiro à área do Terminal 37, sendo que, nos termos do § 1º, da cláusula 3ª, do Contrato T-37, esses documentos *“assinados pelas partes, ficam fazendo parte integrante deste Contrato”*.

202. Além disso, argumenta que o “imóvel” a que se refere o *caput*, da cláusula 16ª do Contrato T-37 abrange não apenas a área arrendada, mas também a área do cais fronteiro que seria utilizada pela arrendatária praticamente em regime de exclusividade.

203. Acrescenta que, de acordo com o item 11 do Edital 22/94, a arrendatária seria *“a única e exclusiva responsável pela realização dos*

investimentos propostos, de acordo com o projeto apresentado nesta licitação e aprovado pela CODESP'.

204. Nota que a instalação dos equipamentos *portainers*, operados exclusivamente por Libra, teria inviabilizado praticamente qualquer outro tipo de movimentação de mercadorias no local e, por conseguinte, impedido a atuação de outros operadores portuários. Nesse sentido, cita o documento produzido pelo grupo Técnico (doc. U-43). Sendo assim, defende que nem mesmo o fato de o cais em questão ser de uso "preferencial" da Libra-37 afasta a responsabilidade desta última em realizar e custear as obras em discussão.

205. Ademais, sustenta que as Requerentes consideraram que o cais que servia ao T-37, na prática, integrava a área do terminal (doc. U-73, pág. 105). Destaca, ainda, que seria necessária uma disposição expressa no edital de licitação para que a arrendatária pudesse imputar à autoridade portuária qualquer responsabilidade por obras de melhoramento no cais próximo ao Terminal 37.

206. Lembra que o Edital 22/94 também exigia que as proponentes apresentassem declaração de visitas às instalações do porto, para que tivessem ciência das condições do local em que iriam operar, e LIBRA – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. apresentou a sua declaração de visita (doc. U-79).

207. Igualmente, cita o doc. U-43 e afirma que os investimentos no cais fronteiro teriam sido considerados e computados pela CODESP como parte dos investimentos obrigatórios da arrendatária. Diz também que o volume dos investimentos a realizar por cada licitante constituía um dos critérios para a definição do vencedor do certame, conforme itens 7 e 4.3.4, "e", do Edital 22/94 (doc. U-01).

208. Neste contexto, em se tratando de investimentos sem os quais a arrendatária não teria atendido, já na proposta, a obrigação de investimentos mínimos a que se comprometeu fazer, o seu ressarcimento pela CODESP

implicaria a conclusão de que a arrendatária deixou de cumprir com a sua obrigação de investimentos mínimos, ficando sujeita às sanções previstas no Contrato T-37.

209. Por fim, assevera que nas correspondências encaminhadas à CODESP durante a realização das obras no cais defronte ao Terminal 37, Libra comunicou a realização de obras, mas não alegou que a responsabilidade por tais obras seria da CODESP. Tampouco solicitou qualquer ressarcimento (docs. U-62/64), de modo que a CODESP sempre considerou que os investimentos realizados no cais defronte ao Terminal 37 seriam de responsabilidade da Libra (cf. docs. U-65/68).

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL:

210. Assiste razão às Requeridas.

211. De acordo com os itens 1.3 e 1.4 do Edital 22/94 (doc. L37-02), o projeto de implantação de *“um terminal especializado na movimentação, armazenagem, enchimento e esvaziamento de contêineres”* deveria ser *“totalmente financiado pela licitante vencedora”*. Nos termos do item 1.6 “(f)” do Edital 22/94, tal projeto deveria *“considerar as necessidades de: [...] adequação da estrutura de cais existente para as condições dos equipamentos e de movimentação a serem adotados no terminal”*.

212. Consistente com o teor do item 1.6 “(f)”, o item 11 do Edital 22/94 reforça que a licitante vencedora é a única responsável pelos custos relativos às obras de adequação do cais:

“11. Das Responsabilidades da Contratada.

A Contratada será a única e exclusiva responsável pela realização dos investimentos propostos, de acordo com o projeto apresentado nesta licitação e aprovado pela CODESP, compreendendo a contratação das empreiteiras e dos fornecedores; execução das obras, serviços, compras e respectivos pagamentos; o pagamento de impostos, taxas, encargos sociais, fiscais, trabalhistas e de qualquer natureza incidentes sobre a licitação ou o Contrato Operacional e seu objeto, visando à implantação

do terminal; a obtenção de licenças, alvarás ou autorizações, de qualquer natureza, necessárias à implantação do terminal, não sendo considerada pela CODESP como justificativa de relevamento de eventuais multas aplicadas; ação de órgãos fiscalizadores que interrompa ou paralise as obras ou serviços; o ressarcimento de danos ou avarias que venham a ocorrer em bens próprios ou de terceiros, envolvendo as obras e serviços de implantação do terminal ou deles decorrentes, por motivos ou razões a que der causa."

213. Não procede, portanto, o argumento da Libra de que a CODESP estaria obrigada pelo Edital a custear as obras do cais. O item 8.3 "(c)" do Edital 22/94, invocado para esse fim, disciplina apenas a obrigação da própria Libra de pagar pela disponibilização da área arrendada:

"8.3. A adjudicatária do objeto do presente Edital, já então Contratada, pagará à CODESP os valores correspondentes: [...] c) à infra-estrutura posta à disposição do terminal [...]."

214. O regime previsto no Edital 22/94 a propósito dos custos das obras de adequação do cais adjacente ao Terminal 37 reflete-se no Contrato T-37 (doc. L37-01), no Projeto Básico da CODESP (doc. U-59) e na Proposta da Libra (doc. U-60).

215. Assim, conforme a cláusula 3ª do Contrato T-37, *"visando o melhoramento e a ampliação das instalações portuárias, de modo a propiciar efetivo aumento de produtividade, a Libra promoverá, por sua exclusiva conta, os investimentos necessários à otimização operacional da área arrendada e dos serviços sob sua coordenação"*.

216. O parágrafo primeiro da referida cláusula acrescenta que o Projeto Básico da CODESP e a Proposta da Libra são partes integrantes do Contrato T-37 e *"apresentam os investimentos a serem realizados"*.

217. Dentre tais investimentos, o item 2 "(f)" do Projeto Básico da CODESP faz constar que, *"no desenvolvimento do projeto deverão ser analisados, com especial destaque, os seguintes aspectos: [...] adequação da estrutura existente*

de cais para as condições dos equipamentos e de movimentação a serem adotadas no terminal".

218. No mesmo sentido, a Introdução da Proposta da Libra prevê que, *"quando da realização do projeto executivo serão melhor analisados, no mínimo, os seguintes aspectos: [...] adequação da estrutura do cais existente para os equipamentos adotados"*. Adiante, em seu item 4.10, a Proposta prevê desde logo que, *"para adequar o cais existente para receber os portêineres de 18,0 m de bitola revistos, será necessário a implantação de uma nova linha de trilhos do tipo TR 68 ao longo do cais. Um dos trilhos devido à falta de viga de assentamento obrigará a construção de uma viga em concreto armado estaqueada a 20,7 m da aresta do cais. Também será substituído o trilho da primeira linha existente, que serve aos atuais guindastes, por trilho TR-68, próprio para os portêineres"*.

219. Em síntese, tanto o Edital 22/94 quanto o Contrato T-37 estabelecem que a Libra é a única responsável pelos *"investimentos necessários à otimização operacional da área arrendada"*, dentre os quais incluem-se as obras de *"adequação da estrutura existente de cais para as condições dos equipamentos e de movimentação a serem adotada no terminal"*.

220. O Edital previu que as obras de adequação do cais seriam promovidas e custeadas pelo arrendatário. Libra formulou a sua proposta baseada em tal premissa, venceu o certame e contratou o arrendamento segundo tais condições. Não se pode admitir que, depois de firmado o Contrato T-37, Libra pretenda mudar as regras ajustadas.

221. A interpretação literal e sistemática do quanto disposto nas cláusulas 1.3, 1.4 e 1.6, 8.3 "c)" e 11 do Edital 22/94; a cláusula 3ª do Contrato; o Projeto Básico, bem como a Proposta de Libra, item 4.10, corrobora a obrigação de Libra de custear as obras de adequação do cais existente para a exploração do Terminal 37.

222. Segue-se daí que a Libra não tem direito ao ressarcimento dos custos havidos com as obras de adequação do cais fronteiro ao Terminal 37, razão por que o Tribunal Arbitral julga o pedido improcedente.

(B) Terminal 35:

223. Em relação ao Contrato 32/98, referente ao Terminal 35, as Partes litigam, essencialmente, em torno (i) da obrigação de dragagem do cais T-35 e manutenção de sua profundidade adequada; (ii) da superfície da área arrendada, que teria sido entregue a menor; (iii) do remanejamento do sistema rodoferroviário; (iv) de suposta concorrência desleal, promovida pela CODESP, e a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35; e (v) da validade do Aditamento/2005. Cada um desses quatro tópicos será abordado separadamente a seguir.

Da obrigação de dragagem e da profundidade adequada do cais T-35²⁰

Alegações das Requerentes

224. No que tange ao primeiro pedido, as Requerentes alegam que, no período de junho de 1998 a novembro de 2008, a CODESP teria deixado que a profundidade dos berços de atracação do Terminal 35 permanecesse em medida inferior – entre 8,5 e 9,5 metros – àquela constante do projeto do cais de atracação do Terminal 35 na época do certame licitatório, que seria de 11,7 (onze vírgula sete) metros. Segundo sua visão, a CODESP estava obrigada a entregar e dragar (mediante dragagens de aprofundamento e manutenção) os berços de atracação do T-35 com a profundidade de projeto.

²⁰ Os argumentos pormenorizados sobre este tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 23/33, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35; nas págs. 15/27 da Resposta da CODESP; nas págs. 61/90 das Respostas da União; nas págs. 12/33 da Réplica das Requerentes T-35; nas págs. 17/25 e 50/74 das Alegações Finais das Requerentes; nas págs. 10/60, das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 16/62, das Alegações Finais da União.

225. Afirmam que a CODESP não entregou o cais na profundidade adequada para a atracação dos navios porta-contêineres no Terminal 35, conforme mostra o parecer Terrafirma/Simmonaggio (doc. L35-02), o que teria impedido que a Libra T-35 pudesse atender parcela relevante dos navios que atracaram no Porto de Santos. Em suma, asseveram que o Terminal 35 nunca esteve apto a concorrer pelo recebimento de 100% (cem por cento) dos navios porta-contêineres atendidos pelo Porto de Santos, contrariando o que seria a situação normal esperada para um terminal de contêineres.

226. Explicam que a impossibilidade de receber parte significativa desses navios gerou efeitos deletérios para a Libra T-35, uma vez que os armadores tendem a concentrar os seus navios em um único terminal. Desta forma, argumentam que a Libra T-35 teria enfrentado dificuldades em ser contratada mesmo para receber navios de menor calado que pudessem atracar no Terminal 35, conforme demonstrado no Guia de Funcionamento Portuário (doc. L35-01).

227. Neste contexto, destacam os itens 11.1 e 11.2 do Edital 12/97, onde consta a entrega da área objeto do arrendamento em condições superiores ao "Sítio Padrão" e prevê-se a obrigação de ressarcimento, pelo futuro arrendatário, de aproximadamente R\$20 milhões, precisamente em razão da entrega da área nestas condições. O Sítio Padrão seria, de acordo com as Requerentes, uma área com a profundidade adequada, tanto no seu aspecto econômico como operacional.

228. Na visão de Libra, a CODESP obrigou-se a entregar a área com profundidade adequada e esta profundidade seria de 11,7 metros, correspondente à profundidade de projeto do cais do Terminal 35.

229. Sobre a profundidade do Terminal 35, apontam que, durante o processo licitatório, em resposta aos pedidos de esclarecimentos sobre o referido Edital 12/97, a CODESP esclareceu que os proponentes deveriam obter as

informações sobre a profundidade adequada por sua própria conta, mas que, em qualquer cenário, seriam garantidas *“águas tranquilas, com profundidades adequadas às embarcações no canal de acesso, nas bacias de evolução e junto às instalações de acostagem”*, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.630/93 (doc. L35-22) e da tabela I da Autoridade Portuária (doc. L35-23).

230. Segundo as Requerentes, quatro documentos demonstram que a profundidade dos berços de atracação do Terminal 35 (Arm. 29 - Arm. 35 P2) deveria ser de 11,7 metros, quais sejam: (i) carta da CODESP, de 30.09.96 (doc. L35-24), e tabela anexa; (ii) circular nº 156/1996, de 23.10.96, do CNNT – Centro Nacional de Navegação Transatlântica (doc. L35-25), e tabela anexa elaborada pela CODESP; (iii) desenhos e plantas do local, elaborados pelo Consórcio ECEL-BURNER (doc. L35-26) para a CODESP; e (iv) análise da INTERNAVE ENGENHARIA, de fevereiro de 2001 (doc. L35-27).

231. Notam que o compromisso assumido pela CODESP, de entregar o cais com profundidade adequada ao arrendatário, teria levado a Libra T-35 a elaborar proposta fundada nessa premissa em atendimento ao Edital 12/97. Tal informação teria pautado a projeção de competitividade do Terminal 35 no mercado de contêineres no Porto de Santos e, conseqüentemente, de volumes e valores de arrendamento propostos.

232. Em relação à dragagem, destacam o seguinte trecho constante do site do Porto de Santos²¹: *“Diante da ininterrupta ação de processos deposicionais no canal do estuário de Santos, a preservação das profundidades do canal de navegação, berços de atracação e de seus acessos está condicionada à execução da dragagem de manutenção, que consiste basicamente na retirada do material de assoreamento depositado sobre as cotas de projeto. Obras como esta são imprescindíveis e devem ser executadas de forma constante, pois garantem a segurança na navegação e a viabilidade operacional do cais santista”*.

²¹ <http://dragagem.portodesantos.com.br/porta/dragagem>

233. Afirmam que a premissa – a execução de serviços de dragagem – fazia sentido, pois, à época da licitação mais de 60% (sessenta por cento) dos navios recebidos no Porto de Santos já possuíam calado superior a 10 metros, conforme relatório dos navios porta-contêineres que atracaram no Porto de Santos, em 1999 (doc. L35-28).

234. Recordam que a PME de Libra T-35 foi aprovada sem ressalvas no procedimento licitatório. Essa premissa teria sido refletida na cláusula 24^a, “f”, do Contrato T-35, que previu a obrigação da CODESP de “*manter em condições adequadas de navegabilidade o canal de acesso ao porto*” e, na visão de Libra, conseqüentemente, os berços de atracação, em conformidade com a Tabela I – Utilização da Infraestrutura Portuária (doc. L35-23). Esta Tabela I foi citada pela CODESP nas suas respostas às perguntas formuladas pelos licitantes do Terminal 35.

235. Afirmam que a dragagem, na prática, somente poderia ser realizada pela CODESP, pois apenas ela tem a prerrogativa de obter as licenças ambientais necessárias; afinal, a atividade de dragagem envolve uma série de intervenções no meio ambiente, conforme detalhado no Parecer Ambiental elaborado pela CEMA – Consultoria e Estudos Ambientais Ltda. (doc. L35-29).

236. Neste sentido, indicam que a Resolução da ANTAQ nº 858/2007²² estabeleceu a obrigação da Administração Portuária, neste caso a CODESP, de manter a profundidade de projeto no canal de acesso, berços e bacia de evolução (doc. L35-30). Ademais, a Autoridade Portuária cometeria infração ao descumprir a referida obrigação, sujeitando-se a multa, nos termos do seu art. 13, inciso “L”.

237. Além disso, observam que, em 28.09.2000, a CODESP editou a Resolução DP nº 74.2000, com o objetivo de estabelecer valores para o fundo

²² Esta Resolução foi posteriormente substituída pela de nº 3.274/2014, que teria corroborado a existência dessa obrigação e da respectiva multa por descumprimento.

emergencial de dragagem (dos. L35-31). Apresentaram Parecer Ambiental, a fim de confirmar a obrigação da CODESP (doc. L35-29).

238. As Requerentes reconhecem que a Libra T-35 firmou Declaração de Visita (doc. C-102), em 28.04.1997. Contudo, defendem que tal Declaração configuraria mera formalidade, não se equiparando a uma auditoria exaustiva sobre as características do ativo licitado. Segundo elas, mesmo havendo eventuais divergências entre o Edital 12/97 e o Terminal 35 visitado por Libra, nada desobrigaria a CODESP do seu compromisso de manter a profundidade adequada e as demais condições previstas no Edital 12/97.

239. Neste contexto, relatam que, constatada a profundidade do cais inferior à profundidade de 11,7 metros, logo após o início do Contrato, seguiu-se intensa comunicação e troca de notificações entre Libra T-35 e CODESP, nas quais a Libra T-35 teria cobrado as medidas necessárias e alertado a CODESP dos prejuízos e dos problemas operacionais na área do T-35 (docs. L35-33/44).

240. Dentre todas as cartas e notificações trocadas, as Requerentes ressaltam as seguintes, nas quais a CODESP teria reconhecido a sua obrigação de dragagem: (i) carta resposta da CODESP de 07.03.2001 (doc. L35-45); (ii) carta DP-ED/209/2001 do então Presidente da CODESP, de 17.05.2001 (doc. L35-46); e (iii) carta da CODESP DS-ED/224/01, enviada em 31.07.2001 (doc. L35-47). Ademais, destacam a ata de reunião entre representantes de Libra e de CODESP, realizada no dia 06.07.1998, na qual se previu a realização de "*dragagem do cais, em toda a extensão da área arrendada, para a profundidade de projeto, de 11,70 ms*" (doc. L35-32).

241. Por fim, apontam outras provas supervenientes do alegado descumprimento de tal obrigação pela CODESP: o Parecer FGV (doc. L35-48, págs. 51/52); o Parecer GDN (doc. L35-49, pg. 5); o Parecer ANTAQ (Ofício nº 341/2011-DG) (doc. L-35 50); e a mídia e jornais de grande circulação (doc. L35-51).

242. Em Réplica, primeiramente, lembram que a CODESP, em seus demonstrativos contábeis dos anos de 1995/1996, anteriores à licitação do Terminal 35, teria provisionado valores a serem destinados justamente ao cumprimento das obrigações de dragagem alegadamente inadimplidas e que constituem objeto desta Arbitragem (doc. L35-94). Entretanto, as Requerentes teriam investido, nos primeiros doze meses de Contrato T-35, R\$ 24 milhões²³, correspondentes a, aproximadamente, 60% (sessenta por cento) de sua obrigação contratual total, em equipamentos de cais e adequações para suportá-los, todos bens e melhorias reversíveis à União. Dizem, ainda, que a carência zero ofertada por Libra não teria afastado as condições suspensivas que pesavam sobre as obrigações de pagamento de Libra, representadas por determinados eventos cuja ocorrência devia se dar antes de exigíveis tais pagamentos (o último evento ocorrido teria sido a apresentação do Projeto Executivo pela CODESP, 12.11.1989²⁴).

243. Sobre a profundidade adequada, invocam os respectivos conceitos portuários constantes do Aditivo do Guia de Funcionamento Portuário (doc. L35-97). Na visão das Requerentes, tais conceitos indicam que a profundidade adequada equivaleria a disponibilizar a profundidade do projeto. Dessa forma, a CODESP seria obrigada a manter a profundidade adequada, de 11,7m, no acesso aquaviário junto às instalações do Terminal 35, em toda a extensão dos 713 metros de cais, desde o início do Contrato T-35.

244. Neste contexto, relatam que o Conselho de Autoridade Portuária – CAP, em 22.12.1997, editou a Resolução 38.97, por meio da qual aprovou o Plano de Dragagem de Manutenção das profundidades de projeto do Porto de Santos para o ano de 1998 (doc. L35-98), incluindo canal de acesso, bacias de evolução e berços de atracação.

²³ Cerca de R\$ 28 milhões corrigidos para 2018, ainda de acordo com as Requerentes (cf. § 8º, da Réplica das Requerentes T-35).

²⁴ Cf. § 32, da Réplica das Requerentes T-35.

245. Insistem que a profundidade adequada deveria ser mantida pela CODESP como parte da sua obrigação de realizar dragagens no canal de acesso e junto aos berços do Porto de Santos. Para tanto, a Autoridade Portuária cobraria dos usuários, operadores portuários, os valores indicados na Tabela I (doc. L35-23), pagos pela Libra T-35. Isto estaria comprovado, de acordo com as Requerentes, no depoimento do Sr. Pedro Mauro (doc. C-105).

246. Reiteram que o prejuízo da Libra T-35 decorreu da impossibilidade de receber um certo número de navios no Terminal 35 em razão da ausência de profundidade adequada em seus berços, o que foi agravado pela forma de escolha dos terminais a serem contratados em cada porto pelos armadores (docs. L35-99/100).

247. Sobre a Declaração de Visita da área a ser arrendada, reforçam que sua assinatura no documento não é suficiente para elidir as obrigações legais e contratuais da Autoridade Portuária, principalmente quando a aferição dos elementos contidos na referida Declaração depende de estudo técnico. Acresce que as disposições de um documento elaborado unilateralmente pela CODESP não podem ser interpretadas em desfavor dos potenciais arrendatários. Notam, ainda, que a visita teria ocorrido aproximadamente 1 ano e 2 meses antes da assinatura do Contrato T-35; portanto, não seria possível que dados batimétricos então coletados trouxessem qualquer esclarecimento sobre a situação do Terminal 35 quando assumido pela arrendatária, pois a profundidade do canal varia de acordo com a movimentação das águas.

248. Apontam que a obrigação da CODESP de manter a profundidade adequada nos berços de atracação foi corroborada pela referida Resolução 38.97, que detalhou os volumes de dragagens associados aos berços de atracação do Porto de Santos (doc. L35-98); pela Resolução DP nº 74.000, publicada pela CODESP em 28.12.2000 (doc. L35-31); e pela relação dos contratos de dragagem

publicada pela CODESP em seu sítio eletrônico, que aponta a contratação dos serviços de dragagem junto a berços de atracação do Porto (doc. L35-101).

249. Sendo assim, concluem que a obrigação da CODESP de manter a profundidade adequada não se limitava apenas ao canal de acesso do Porto de Santos, pois navios porta-contêineres, após entrarem no Porto, têm que estar aptos a atracar nos berços, a fim de que, assim, o Porto cumpra a sua finalidade precípua e não se faça o uso ineficiente de recursos públicos.

250. Afirmam ser desimportante que nem o Edital 12/97, nem o Contrato T-35 tenham feito alusão expressa à obrigação de atingir a profundidade de projeto 11,7 metros, diversamente do que ocorreu com o Contrato T-37. Isto porque a obrigação supostamente inadimplida pela CODESP seria a de propiciar a profundidade adequada para o recebimento dos navios porta-contêineres (cf. cláusula 24^a, "f", do Contrato T-35), o que na prática equivaleria à profundidade do projeto.

251. Sobre as reuniões de atracação, alegam que as fotos juntadas pela CODESP (doc. C-104) seriam de 2017, e que ali estariam anotadas profundidades dos anos de 2007 e 2008, o que não se prestaria à prova da profundidade adequada. Adicionalmente, alegam que, em 2017, o Terminal 35 não participava das reuniões de atracação, pois fazia o próprio gerenciamento dos seus berços exclusivos.

252. Reconhecem que as Resoluções ANTAQ nºs 858/07 e 3.274/14 não estavam em vigor quando da licitação do Terminal 35, mas afirmam que essas normas apenas corroboraram aquilo que já se extraía da Lei 8.603/93, do Contrato T-35 e dos demais documentos e esclarecimentos obtidos quando da licitação. Segundo as Requerentes, tais diplomas demonstram o dever da Autoridade Portuária de propiciar a profundidade adequada no canal de acesso, bacias de evolução e berço de atracação do Terminal 35, realizando as dragagens

necessárias. E tal obrigação iniciou-se em 1998, ano a partir do qual a Libra T-35 pagou à CODESP os valores previstos na Tabela I.

253. Informam que a carta de 30.09.1996 e a Circular do CNNT, obtidos à época da licitação pela Libra T-35, assim como o estudo da Internave Engenharia, de fevereiro/2001, acham-se inseridos no contexto das respostas prestadas pela CODESP às perguntas formuladas durante a licitação sobre a profundidade do Terminal 35. Tais respostas dadas pela Autoridade Administrativa durante a licitação teriam caráter vinculante.

254. Neste contexto, afirmam que o fato de eventualmente a carta náutica da época indicar que a cota de assoreamento naquele momento era de 8,9 metros não elidiria a responsabilidade contratual e legal da CODESP de proporcionar a profundidade adequada nos berços de atracação do T-35.

255. Sustentam que a Libra T-35, em sua PME, considerou a profundidade de projeto de 11,7 metros adequada para atender os navios que aportavam à época no Porto de Santos, não tendo realizado estimativa quanto ao tamanho médio das embarcações que esperava receber. Esclarecem que a medida a que fizeram referência na PME, de 174 metros, corresponderia ao tamanho médio dos navios que aportaram em Santos entre maio e outubro de 1996 (doc. L35-08, pg. 94).

256. Ademais, afirmam que nem os navios de 174 metros, com calado médio de 9,2 metros, o Terminal 35 poderia atender, eis que apresentava profundidades inferiores a esta até 2003, conforme Parecer Terrafirma/Simonaggio. Em se tratando de média, a profundidade do Terminal 35 não estaria adequada para atender a integralidade do perfil da frota dos navios que aportavam em Santos. Assim, dizem que, para a CODESP cumprir a sua obrigação contratual, deveria ter propiciado a profundidade adequada ao Terminal 35 a fim de que pudesse atender o perfil de todos os navios de contêineres à época destinados ao Porto de Santos.

257. Além disso, explicam que o Porto de Santos é, tipicamente, o primeiro e/ou o último a ser escalado na Costa Leste da América do Sul – ECSA. Por isso, em geral, recebe navios com calado operacional próximo ao de projeto (doc. L35-101). Sobre o tema, citam o Complemento Parecer TerraFirma/Simonaggio (doc. L35-99).

258. No que tange à sinergia entre os Terminais 35 e 37, afirmam que a PME de Libra contemplava a possibilidade de atender todo o perfil da frota do Porto de Santos, simultaneamente, nesses dois terminais, permitindo ao Terminal 35 obter um *market share* de 53% (cinquenta e três por cento) dos contêineres movimentados no Porto de Santos nos primeiros anos de operação. Lembram que o comprimento do berço do Terminal 37 é de 374 metros, podendo receber apenas um navio de maior porte por vez. Também alegam que a Libra T-35 não deixou de atender navios no Terminal 35 ao longo dos anos. Inclusive, a Libra T-35 teria passado a atender muito mais navios no T-35 do que no Terminal 37.

259. Sobre a possibilidade de realizarem a dragagem dos berços de atracação, relatam que, no final da década de 90, não se cogitava a possibilidade de uma arrendatária realizar esse tipo de serviço, de domínio exclusivo da Autoridade Portuária, nos termos da Portaria nº 265 do Ministério de Transportes.

260. Além disso, afirmam que, de acordo com o Parecer Complementar CEMA (doc. L35-102), não seria possível a fragmentação ou fracionamento da licença ambiental conforme aventado pela CODESP, tampouco a transferência da sua titularidade para a arrendatária Libra T-35. Todas as ocasiões em que o arrendatário teria contratado diretamente o serviço de dragagem, indicados pela CODESP, ocorreram a partir de julho de 2013. A Lei nº 9.4323/97, regulamentada pela Portaria MT nº 461/1999, estabelecia que a dragagem somente poderia ser realizada por empresas brasileiras. Mesmo após a edição da Resolução ANTAQ nº 434 de 2005, que permitiu a realização desses serviços por empresas estrangeiras, passaram-se anos até se criar um ambiente competitivo que

viabilizasse a contratação de serviços de dragagem pelo operador portuário do setor privado. Dizem que, até dezembro de 2017, o Ministério dos Transportes ainda admitia que a obrigação de dragagem era da Autoridade Portuária, cogitando nesse momento o repasse dessa obrigação aos arrendatários, conforme reportagem do Valor Econômico (doc. L35-104).

261. Sendo assim, concluem que a CODESP não poderia imputar à Libra T-35 a responsabilidade de garantir a profundidade adequada dos berços do cais do Terminal 35, e que tal argumento não teria sido suscitado em qualquer momento nos dezoito anos de disputa entre as Partes.

262. Finalmente, em relação aos Pareceres FGV e GDN, alegam que a Libra T-35 discorda apenas da metodologia de cálculo para apurar os prejuízos incorridos pelo Terminal 35. Se a União entende ser errado o conteúdo desses documentos técnicos, cabe a ela apresentar dados e fatos concretos para fundamentar a sua oposição.

263. Diante do exposto, pedem o reconhecimento dos prejuízos causados à Libra T-35 pela falta da dragagem, os quais devem ser apurados na fase de liquidação desta Arbitragem, conforme previsto no item 9.2, do Termo de Arbitragem.

Alegações da CODESP

264. Em resposta, a CODESP nega ter descumprido a sua obrigação de manter a profundidade adequada dos berços de atracação do T-35.

265. Neste sentido, alega que as Requerentes buscam equiparar a expressão “profundidade adequada” constante no item 11.1 do Edital 12/97 à profundidade prevista no projeto de engenharia do cais (“profundidade de projeto”), elaborado no ano de 1971 (doc. L35-26). A CODESP reconhece que a

profundidade de projeto do cais do T-35 era de 11,7 metros ao tempo da licitação.

266. Elucida, contudo, que a profundidade de projeto é a máxima a que poderiam chegar as eventuais dragagens realizadas no local, sem que a estrutura física dos berços se rompesse, consoante o Guia de Funcionamento Portuário (doc. L35-01).

267. Frisa que não se obrigou a entregar a área com a profundidade máxima suportada pelo projeto T-35, ou seja, 11,7 metros, tampouco a realizar as dragagens para alcançar a referida profundidade na vigência do arrendamento.

268. Ao contrário, afirma que, ciente de que as profundidades do local na época não estariam próximas das profundidades máximas de projeto, limitou-se a prever, no mencionado item 11.1 do Edital 12/97, que a área arrendada seria entregue "*em condições superiores as de Sítio Padrão*", definido como "*área plana (...) com profundidade adequada na região contigua do estuário, e com berço disponível em termos de obras civis (na sua forma mais econômica, porém operacional)*", tudo conforme os itens 11.1 do Edital 12/97 e 2.2 das Regras Gerais de Arrendamento do Porto de Santos (doc. L35-02).

269. Portanto, assevera que optou por não se comprometer em entregar a área com uma profundidade específica (ou seja, uma metragem determinada de profundidade), mas que a obrigação ajustada era de entrega de "profundidade adequada".

270. Além disso, destaca que no item 73 do Edital 12/97 restou expresso que a proposta seria de "*responsabilidade exclusiva da licitante*", cabendo a esta "*visitar e examinar o sítio do arrendamento e obter para si, às suas expensas e sob sua responsabilidade e risco, todas as informações e verificações que possam ser necessárias para preparação de suas propostas*", nos termos do seu item 69.

271. Igualmente, a CODESP lembra que, ao responder questionamentos endereçados por uma das empresas interessadas na licitação, sobre a profundidade dos berços de atracação do T-35, não garantiu aos concorrentes qualquer profundidade específica, tampouco a profundidade máxima de projeto do cais (doc. L35-22).

272. Nota que, no curso do processo, a Libra realizou a vistoria prevista no Edital 12/97 e firmou uma Declaração de Visita (doc. C-102), em 28.04.1997. Na realidade, tratava-se de ato expressamente previsto no Edital 12/97 e fundamental à garantia do estrito cumprimento das obrigações ali previstas.

273. Reforça que não constou do Edital 12/97 e nem do Contrato T-35 qualquer obrigação da CODESP de realizar a dragagem dos berços de atracação à profundidade máxima do projeto (11,7 metros). Da cláusula 24ª, alínea "f", do Contrato T-35 constou apenas a obrigação de "*manter em condições adequadas de navegabilidade o canal de acesso ao porto*".

274. Ou seja, defende que a obrigação assumida pela CODESP foi apenas de realizar dragagens visando "*manter em condições adequadas*" o canal de acesso ao Porto de Santos. Nem o Edital 12/97 nem o Contrato T-35 teriam atribuído à CODESP o dever de entregar área com a profundidade de 11,7 metros ou de realizar a dragagem de aprofundamento para alcançar tal profundidade.

275. Observa que, caso a CODESP quisesse se comprometer com certa profundidade específica, teria encartado no Edital 12/97 ou no Contrato T-35 previsão nesse sentido, como fez no parágrafo único, da cláusula 4ª, do Contrato T-37. Trata-se, portanto, de hipótese de silêncio eloquente, que não admite interpretação extensiva ou analogia, conforme afirmam a doutrina e a jurisprudência.

276. Igualmente, destaca que tampouco a legislação vigente à época da licitação previa tal obrigação. Por exemplo, a Lei nº 8.630/93, em seu art. 33,

§1º, VII, estabelecia de forma genérica apenas a obrigação de fiscalização da Autoridade Portuária. Assim, diante da ausência de norma específica, vigente à época, impondo a obrigação de dragagem de aprofundamento dos berços para o alcance das profundidades de projeto, e considerando as suas restrições orçamentárias, comuns em órgãos públicos, no caso impactadas pela inadimplência da Libra, a CODESP apenas realizou periódicas dragagens de manutenção das vias gerais do Porto. Isto restou esclarecido na NT nº 01/2017/GT-Portaria 854/2017/MTPA ("*NT 01/2017/GT*"), que distinguiu as dragagens de aprofundamento das de manutenção (doc. C-103).

277. Argumenta, ainda, que, à época, a Libra já era um dos principais *players* do Porto e participava nas chamadas "reuniões de atracação", realizadas diariamente nas dependências do edifício do tráfego da CODESP, e nas quais os participantes eram cientificados das profundidades efetivas dos berços, escritas em um quadro negro (doc. C-104). Nessas reuniões também eram definidas as prioridades das dragagens de manutenção, observadas as restrições orçamentárias (doc. C-105).

278. Sendo assim, afirma que a Libra tinha ciência não só das reais profundidades dos berços do T-35, como também dos condicionantes para a realização da dragagem de aprofundamento ao máximo suportado pelo cais.

279. Nota que as Resoluções ANTAQ 858/2007 e 3.724/2014 foram editadas tempos depois do Edital 12/97 e do Contrato T-35, quando, no âmbito de uma política pública especialmente concebida para tal fim, passaram a destinar à Autoridade Portuária verbas orçamentárias específicas, visando ao aprofundamento dos berços e do canal do Porto de Santos. Logo, tais normas não podem ser invocadas de forma retroativa.

280. Acrescenta que, mesmo as citadas Resoluções apenas sancionariam o descumprimento da obrigação de se manter a profundidade de projeto dos berços de atracação "quando for o caso", como se vê do art. 13, inciso "L", da Resolução

858/2007 e do art. 33, "e", XXV da Resolução 3724/2014. Tal circunstância remeteria a um juízo sobre a oportunidade e possibilidade de realização dessa tarefa, pela CODESP, consideradas as mencionadas condicionantes técnicas e orçamentárias.

281. Atesta que os outros documentos citados pela Libra (§85, das Alegações Iniciais da Libra T-35) apenas indicam a profundidade de projeto do cais, não a profundidade existente no local ao tempo da licitação. Além disso, não teriam integrado o processo de licitação e contratação, não podendo servir, portanto, como fonte de obrigação da Requerida. Além disso, cita o item 69 do Edital 12/97, para afirmar que, se Libra considerou tais documentos em sua proposta, o fez por sua responsabilidade e risco, não sendo cabível, logo em seguida, tentar transformá-los em fonte de obrigação da CODESP.

282. Ademais, aponta que a proposta da Libra também não fez referência à profundidade de projeto de 11,7 metros, mas apenas ao fato de que estimava receber navios de comprimento médio de 174 metros. Contudo, desse pressuposto, não seria possível, segundo a CODESP, inferir que a profundidade dos berços de atracação do T-35 existentes à época deixasse de oferecer as condições de operação adequadas segundo a proposta.

283. Isto porque, consoante a referida NT 01/2017/GT, as embarcações porta-contêineres de 174m de comprimento em operação na época possuíam 9,2m de calado (doc. C-103). De todo modo, relata que os navios que frequentavam o Porto de Santos normalmente não operavam com o calado máximo, alcançado apenas quando a embarcação está completamente carregada, consoante o NT 01/2017/GT.

284. Neste cenário, diz, ainda, que os navios que atracavam no Porto de Santos não chegavam completamente cheios, tendo em vista suas paradas em, pelo menos, 5 (cinco) outros portos antes de atracarem em Santos. Sendo assim, a Libra não teria elaborado a sua PME considerando o calado máximo de

operação dos navios, pois teria conhecimento de que ele não seria, na maioria das vezes, o calado real dos navios que chegavam a Santos²⁵.

285. Além disso, ressalta que a proposta da Libra teria considerado a operação integrada do T-35 e do T-37. Assim, na hipótese de Libra receber um navio de maior calado, muito carregado, a embarcação atracaria no T-37, cujo berço possuía maior profundidade, de 11m, contratualmente garantida, fato este corroborado pelo depoimento escrito do Sr. Mauro Santos Salgado (doc. L35-83). Neste sentido, faz referência ao Parecer subscrito pelo Prof. Nicolau Gualda (doc. C-106).

286. Afirma que, na realidade, além da restrição orçamentária da CODESP para a realização de dragagem afetar todos os *players* do Porto, indistintamente (doc. L35-25), a Libra desfrutaria de vantagem competitiva em relação às demais arrendatárias, pois operaria em sinergia com o T-37, que tinha maior profundidade.

287. Sendo assim, argumenta que, mesmo se a CODESP tivesse descumprido a sua obrigação de dragar o berço de atracação do T-35, forçoso seria concluir que as condições de sua proposta não foram alteradas pelas profundidades efetivamente existentes no local, em razão da operação integrada com o T-37.

288. Por fim, aclara que a licença ambiental é concedida ao empreendimento e não à CODESP, o que não inviabilizava a realização da dragagem pela própria arrendatária. Neste sentido, o Parecer 82/2016/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU (doc. C-107). Conta que foram inúmeros os casos em que as arrendatárias, mediante requerimento e correlato Termo de Compromisso, foram autorizadas pela CODESP, a partir da licença

²⁵ Explica que isto ocorre porque, conforme demonstrado pelo Guia de Funcionamento Portuário, o Porto de Santos opera com a chamada "solução *liner* de contêineres", que possui ciclo de "84 dias, durante os quais cada um dos 12 navios escala os 17 portos"; doc. L35-01, pág. 05.

ambiental conferida a esse órgão, a realizar a dragagem no terminal em que operam, tanto que a Libra assim o teria feito, mas somente em 2013 (doc. C-108), tendo permanecido inerte por vários anos. Logo, quaisquer alegados danos decorrentes de tais fatos apenas podem ser carreados à própria arrendatária.

Alegações da União

289. A União, igualmente, nega que a CODESP tenha se obrigado perante a arrendatária a aprofundar os berços de atracação do Terminal 35 para 11,7 metros. Neste contexto, destaca que a cláusula 24ª do Contrato T-35 (doc. U-06) estabelece as obrigações da CODESP, dentre elas a de "*manter em condições de navegabilidade o canal de acesso ao porto*". Além disso, o item 11.1 do Edital 12/97 (doc. U-03) informava que a área em questão encontrava-se "*em condições superiores as de Sítio Padrão*" e que por "*Sítio Padrão*", se deveria considerar uma área "*com profundidade adequada na região do Estuário, com berço disponível em obras civis (na sua forma mais econômica, porém operacional)*".

290. Sendo assim, afirma que: (i) o Contrato T-35, ao contrário de outros, não impôs à Autoridade Portuária a obrigação de aprofundamento dos berços de atracação; (ii) a profundidade que havia nos berços de atracação do Terminal 35 na época em que a Libra formulou a sua proposta era inferior a 11,7 metros, informação que poderia ter sido obtida pela Libra; (iii) a existência de cais com projeto de 11,7 metros não significa que o berço de atracação adjacente deva ter necessariamente idêntica profundidade; (iv) as condições do Terminal 35 que justificaram a sua classificação como "*superior ao Sítio Padrão*" não tinha relação com a profundidade dos berços de atracação; (v) os berços de atracação do Terminal 35 estavam em condições operacionais, atendendo assim às condições de Sítio Padrão; (vi) os berços de atracação que serviam ao Terminal 35 eram exclusivos, uma vez que a área arrendada incluía o cais; e (vii) Libra poderia ter realizado eventuais dragagens dos berços de atracação caso o seu aprofundamento fosse necessário à execução do seu plano de negócios.

291. Destaca que, à época da licitação do T-35, a Libra já era, há dois anos, arrendatária do T-37 por força do Contrato T-37 (doc. U-02), que previa a obrigação da CODESP de proporcionar à Libra uma profundidade específica no berço lindeiro ao cais, nos termos do parágrafo único, da sua cláusula 4ª. No entanto, no Contrato T-35 (doc. U-06) não existia cláusula similar, tampouco no Edital 12/97 (doc. U-03). Logo, afirma que a Autoridade Portuária não se comprometeu a garantir a profundidade mínima nos berços de atracação do Terminal 35, tampouco o seu aprofundamento em relação ao que havia à época.

292. Ademais, o item 69 do Edital 12/97 (doc. U-03) previa que cabia aos proponentes obterem, às suas expensas e sob a sua responsabilidade e risco, todas as informações e verificações que pudessem ser necessárias para a preparação de suas propostas, o que incluía as profundidades dos berços de atracação do terminal. Diz, ainda, que a comissão de licitação espancou qualquer dúvida que pudesse existir a esse respeito ao responder questionamento apresentado pela interessada Multiterminais (doc. L35-22). Aduz que esse tipo de esclarecimento, previsto no art. 40, VIII, da Lei nº 8.666/1993, e disponibilizado a todos os proponentes se integra ao Edital, sendo vinculante para as partes, conforme entendimento do STJ (doc. U-40).

293. Menciona que os licitantes poderiam ter obtido informações sobre as profundidades efetivas dos berços de atracação do Terminal 35. Para tal fim, poderiam ter consultado a carta náutica nº 1.701 elaborada pela autoridade marítima (doc. U-41), que à época informava que a maior parte do berço lindeiros ao T-35 tinha profundidade de 8,9 metros, conforme demonstrado na Nota Técnica do grupo instituído pela Portaria ministerial nº 854/2017 (doc. U-43). Ademais, frisa que Libra participava das chamadas reuniões de atracação (doc. U-42), realizadas diariamente no edifício do tráfego da CODESP (DIROP), nas quais eram informadas as profundidades efetivas nos berços de atracação do Porto de Santos.

294. Dos documentos que teriam baseado a proposta de Libra²⁶, apenas um deles, segundo a União, informava a profundidade dos berços de atracação do T35, a Circular nº 156/1996 do CNNT, segundo a qual a profundidade era de 9,20 DHN em 23.10.1996, a despeito da profundidade de projeto do cais ser de 11,7 DHN. Observa que a Nota Técnica elaborada pela Internave para a Libra e plantas (docs. L35-26/27) teriam chegado ao conhecimento da Libra em 2001, ou seja, anos depois do certame.

295. Reitera que nem o Edital 12/97 nem o Contrato T-35 fazem referência à profundidade de projeto do cais, nem obrigam que a CODESP drague os berços até chegar a essa profundidade, que seria a máxima permitida para evitar riscos de comprometimento do cais. Afirma que o item 11 do Edital 12/97 consistia em uma declaração das condições do terminal a ser arrendado, de modo a justificar a incidência da parcela financeira denominada "valor W", e não constituindo obrigação imposta à arrendatária.

296. Ressalta que Libra subscreveu Declaração de Visita, de 28.04.1997 (doc. U-45), e caso alguma das licitantes considerasse que o sítio do arrendamento não correspondia à descrição do Edital 12/97, deveria tê-lo impugnado no tempo devido, conforme item 37 do referido documento. Argumenta que, se não o fez, Libra terminou por aderir ao conteúdo da descrição e assumido o risco de presunções equivocadas que tivessem embasado a sua proposta, nos termos do item 69 do referido Edital. Nota, ainda, que a Libra apresentou proposta de carência zero e não deixou de honrar a obrigação financeira contratual chamada de "valor W", ou seja, a parcela trimestral devida em razão do Edital 12/97 ter classificado o sítio arrendado como superior ao padrão. Esta foi a única obrigação financeira de Libra que não restou inadimplida, razão por que não consta da planilha de valores devidos apresentada pelas Requerentes (doc. U-28).

²⁶ Cf. §§85/87, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35.

297. Acrescenta que, mesmo se Libra houvesse impugnado, com sucesso, o Edital 12/97, a consequência seria a modificação do referido Edital e a inserção das obras de dragagem para alcançar tal profundidade entre aquelas que precisariam ser providenciadas pelo arrendatário, o que implicaria na redução do "valor W", mas não na realização dessas obras pela Autoridade Portuária. Neste sentido é a previsão do item 2.3 das regras gerais de arrendamento (doc. L35-2). Ademais, afirma que a Libra não aponta nenhuma situação em que a CODESP teria cobrado tarifa e deixado de disponibilizar a infraestrutura à arrendatária.

298. Alega que, no caso de terminais portuários com cais exclusivo, é usual que os arrendatários providenciem o aprofundamento dos respectivos berços de atracação sempre que necessário ao desenvolvimento do seu negócio. Inclusive, a Libra teria providenciado a dragagem de aprofundamento dos berços do Terminal 35 quando surgiu tal necessidade (doc. U-47). Para tanto, bastaria à arrendatária solicitar autorização da Autoridade Portuária para realizar a dragagem dos berços de atracação de seu terminal. Neste sentido, a manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA (doc. U-46) e a Sra. Rode Hofmann (doc. U-76).

299. Além disso, elucida que a competência da Autoridade Portuária para manter e eventualmente melhorar a infraestrutura de acesso aquaviário ao Porto não significa que os berços de atracação do Terminal 35 devessem ter a profundidade de 11,7 metros. Aliás, a realização pela Administração Portuária de obras de infraestrutura que impliquem melhores condições operacionais aos terminais portuários, em comparação com as que existiam ao tempo da elaboração das propostas na licitação poderia, inclusive, justificar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em favor da Administração Pública.

300. Neste sentido, o art. 33, §1º, VI, da Lei nº 8.630/1993, não exigia que a Autoridade Portuária executasse diretamente as obras na infraestrutura de acesso aquaviário, dando-lhe a opção de fiscalizar a sua execução. Sobre a Resolução da ANTAQ nº 858, de 23.08.2007 (doc. U-50), assevera que, além de

ser posterior aos fatos alegados, a referida norma não estabelece que a Autoridade Portuária estava obrigada a aprofundar os berços de atracação até o limite máximo possível, sem risco de desmoronamento do cais adjacente. Ademais, lembra que os berços de atracação em questão seriam exclusivos do Terminal 35 e por isso não poderiam ser considerados como parte da infraestrutura comum de acesso ao Porto.

301. Frisa, ainda, que o art. 13, inciso L, da mesma Resolução, e o art. 33, inciso XXV, do Anexo à Resolução ANTAQ nº 3.274/2014 penalizam a Autoridade Portuária, quando for o caso, na hipótese de esta última deixar de manter a profundidade de projeto do canal de acesso, dos berços e da bacia de evolução. Nenhuma das normas se refere à profundidade do projeto do cais, mas à profundidade prevista nos projetos dos acessos aquaviários. Argumenta, por fim, que mesmo se a ANTAQ tivesse imposto o dever de dragar os berços até a profundidade de projeto dos cais, essa norma não se aplicaria a contratos já firmados e não poderia implicar uma obrigação com efeitos retroativos.

302. Subsidiariamente, afirma que a Libra só teria direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato na exata medida em que comprovasse os prejuízos efetivamente sofridos. Neste sentido, o recente posicionamento do STF (doc. U-52) e do STJ (doc. U-53). Sendo assim, defende que, além de demonstrar que a CODESP tinha a obrigação de manter uma determinada profundidade nos berços de atracação do Terminal 35, Libra deveria ter comprovado que a menor profundidade lhe causou efetivamente algum prejuízo, indicando a magnitude do dano.

303. Neste contexto, lembra que os arts. 1.060 do Código Civil de 1916 e o art. 403 do Código Civil de 2002 apenas permitem a indenização dos lucros cessantes por efeito direto e imediato do fator gerador da responsabilidade, afastando a possibilidade de indenização do dano hipotético, como afirma o STJ (doc. U-54).

304. Além disso, observa que havia sinergia entre os Terminais 35 e 37 e que a Libra teria informado na sua PME apresentada na licitação (docs. U73/75) que as duas áreas iriam operar em conjunto. Assim, qualquer eventual prejuízo por suposta ausência de profundidade adequada nos berços do Terminal 35 deve levar em conta que a Libra utilizava a área do Terminal 35 como pátio de armazenagem de contêineres movimentados de navios atracados nos berços do Terminal 37.

305. Por fim, alega que não se pode falar em reconhecimento, por parte das Requeridas, de sua própria inadimplência contratual. As formalidades são essenciais para a caracterização da manifestação de vontade válida dos entes públicos, e na espécie, tais requisitos jamais se fizeram presentes nos vários documentos invocados pelas Requerentes.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

306. À luz dos argumentos e provas apresentados pelas Partes no curso desta Arbitragem, o Tribunal Arbitral conclui que os seguintes fatos são incontroversos:

- a. A declaração prestada em Edital de que o cais de atracação do T-35 seria entregue com profundidade adequada (Itens 11.1 e 11.2);
- b. A declaração da CODESP, em respostas às perguntas dos licitantes na fase de licitação, de que a profundidade adequada seria mantida ao longo do Contrato;
- c. O reconhecimento da CODESP de que se encontrava obrigada a manter a profundidade adequada durante a execução do Contrato;²⁷

²⁷ “Nos termos da literalidade de tais cláusulas editalícias, a CODESP assumiu a obrigação de entregar – e manter – área com “**profundidade adequada** na região do Estuário, com berço disponível em obras civis (na sua profundidade mais econômica, porém operacional)”. (cf. § 46, da Resposta da CODESP, grifos no original).

- d. A inexistência de qualquer declaração da CODESP na fase licitatória, seja no Edital, seja em resposta aos pedidos de esclarecimentos, sobre a profundidade nominal do T-35;
- e. O fato de que a profundidade de projeto do T-35 era de 11,7 metros²⁸, ao tempo da licitação;
- f. O conceito de profundidade de projeto, como sendo a profundidade máxima que o cais de atracação pode atingir de acordo com o seu projeto original, sem comprometer a sua estrutura física;
- g. O fato de que o cais de atracação do T-35 não possuía a profundidade de projeto de 11,7 metros quando da licitação; e
- h. O reconhecimento da CODESP de que enfrentava dificuldades financeiras para realizar dragagens no Porto de Santos, antes e após a licitação.

307. A divergência entre as Partes, assim, diz respeito: (i) ao alcance do conceito de profundidade adequada e, mais precisamente, (ii) à existência de obrigação contratual da CODESP em realizar a dragagem do cais do Terminal 35 para atingir e manter a profundidade de projeto, ou seja, de 11,7 metros.

308. De início, cumpre precisar que o conceito de “profundidade adequada” é controverso, pois as Partes dão a ele interpretações divergentes, ao mesmo tempo em que concordam não existir uma definição legal que possa ser adotada.²⁹

²⁸ No § 47, da Resposta da CODESP, ela confirma que a profundidade prevista no projeto de engenharia do cais elaborado em 1971 era de 11,7 (conforme doc. L35- 26).

²⁹ *Vide* respostas da Testemunha Técnica de Libra, Sr. Afonso Pires Gallardo, nas págs. 191-192 da transcrição da audiência, quando afirma desconhecer qualquer norma que defina formalmente o conceito de “profundidade adequada”.

309. Nos termos do direito brasileiro, em especial, do art. 41 da Lei 8.666/1996³⁰, os documentos relevantes à solução dessa controvérsia são aqueles produzidos no curso e em razão do procedimento licitatório, nomeadamente o Edital 12/97 (doc. L35-04) e o Contrato T-35 (doc. L35-10), aos quais se deve acrescentar, por força de entendimento doutrinário e jurisprudencial, os esclarecimentos prestados pela CODESP na fase de licitações (doc. L35-22).³¹ Em nenhum deles se encontra a definição técnica de "profundidade adequada", sua vinculação a alguma profundidade nominal e nem a menção de que a "profundidade adequada" deveria corresponder à profundidade de projeto (no caso, 11,7 metros).

310. No entender do Tribunal Arbitral, a leitura destes documentos conduz à conclusão de que a expressão "profundidade adequada" foi utilizada pela CODESP no âmbito licitatório como forma de descrever as condições reais do Terminal 35 ao tempo da licitação. Tal conclusão é secundada por excertos extraídos do Edital e dos esclarecimentos prestados.

311. O Edital 12/97 (doc. L35-04) continha a afirmação de que a área a ser entregue "encontra-se em condições superiores as (*sic*) de 'Sítio Padrão'" (grifou-se). Do mesmo documento, lê-se a definição de "Sítio Padrão" como sendo o sítio que, dentre outras características, possui "profundidade adequada na região do Estuário", conforme itens 11.1 e 11.2 do Edital:

³⁰ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

³¹ *Vide*, por todos, o seguinte julgado: "(...) Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que "é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração". Acrescenta, ainda, que "a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403). Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999). (MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008)

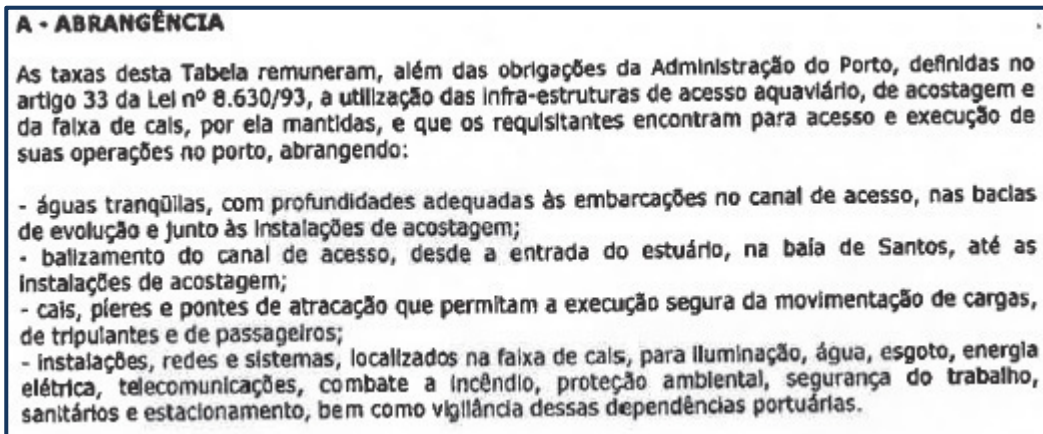
11. A área em questão encontra-se em condições superiores as de "Sítio Padrão", conforme definido a seguir:
- 11.1 "Sítio Padrão", consoante as regras atuais estabelecidas para o Porto Organizado de Santos, é o sítio que detém área plana, terraplenada (independentemente da resistência do solo), desimpedida, com profundidade adequada na região do Estuário, com berço disponível em obras civis (na sua forma mais econômica, porém operacional).
- 11.2 Tendo em vista as regras atuais estabelecidas para o Porto Organizado de Santos, fica ajustado que, por tratar a presente Licitação de arrendamento da área em condições superiores as de "Sítio Padrão", haverá ressarcimento da ARRENDATÁRIA para a CODESP, da quantia de, no mínimo, R\$ 20.528.392,00 (vinte milhões, quinhentos e vinte e oito mil, trezentos e noventa e dois reais), tendo como base o mês de FEV, de 1997, correspondente aos investimentos já realizados pela CODESP para que a área atingisse as condições superiores as de "Sítio Padrão".

312. O verbo e o tempo verbal escolhidos para a definição do Sítio Padrão ("encontra-se"), indicam que o conceito de profundidade adequada foi empregado para descrever a situação do cais do Terminal 35 naquela ocasião.

313. A conclusão é corroborada com a resposta dada por CODESP ao pedido de esclarecimentos (doc. L35-22). Instada a indicar qual seria a profundidade do cais, a CODESP deixou de fazê-lo, e ainda informou que os licitantes deveriam obter tais informações "por conta e risco" (Resposta 1). Ao ser questionada sobre qual profundidade seria mantida durante o arrendamento, a CODESP limitou-se a repetir que garantia a entrega de "águas tranquilas, com profundidades adequadas às embarcações" (Resposta 2), como parte de suas obrigações decorrentes do art. 33 da Lei 8.630/1993:

- 1 - Quais são as profundidades dos berços do Terminal (favor indicar o nível de referência considerado)?
- Resposta:** Os esclarecimentos solicitados, correm por conta e risco da proponente em obter todas as informações e verificações que possam ser necessárias para a preparação de suas propostas, conforme especificado nos itens 69 a 71 do Edital de Licitações (Seção III - "da visita ao Porto").
- 2 - As profundidades acima referidas serão mantidas pela CODESP durante o período de arrendamento?
- Resposta:** A tabela I - Utilização da Infra-estrutura Portuária, em sua abrangência predispõe sobre as obrigações da Administração do Porto, definidas no Artigo 33 da Lei nº 8630/93, que inclui, dentre outras, "águas tranquilas, com profundidades adequadas às embarcações no canal de acesso, nas bacias de evolução e junto às instalações de acostagem."

314. Por sua vez, a Tabela I (doc. L35-23), mencionada nas respostas, reproduz a previsão de “águas tranquilas, com profundidades adequadas às embarcações no canal de acesso, nas bacias de evolução e junto às instalações de acostagem”:



315. O Contrato não oferece subsídio adicional sobre o conceito de “profundidade adequada”, assim como não esclarece a problemática sobre a dragagem do cais de atracação. No que tange ao primeiro ponto, o Contrato contém somente a previsão de ressarcimento do valor W, em razão da entrega do sítio em condições superiores às de Sítio Padrão (cláusula 11ª, item III). Quanto à obrigação de dragagem, a cláusula 24ª, item “f”, invocada por Libra como fundamento do seu pleito, estabelece a obrigação da CODESP de “manter em condições de navegabilidade o canal de acesso do porto” (cláusula 24ª, item “f”, grifou-se), nada dispondo sobre a dragagem do berço de atracação do terminal licitado.

316. Os demais documentos e argumentos invocados por Libra para fundamentar seu pedido não servem à finalidade por ela pretendida. Por comodidade expositiva, convém analisá-los em dois grupos de documentos: (i) o conjunto de documentos anteriores à licitação - em especial a correspondência enviada pela CODESP ao Sidamar em 30.09.1996 (doc. L35-24), a Circular n. 156/1996 (doc. L35-25) e os desenhos e plantas do Porto de Santos elaborados por Ecel-Burner em 1971 (doc. L35-26); e (ii) o conjunto de comunicações entre

as Partes após a assinatura do Contrato – em especial, a ata de reunião emergencial realizada em 06.07.1998 (doc. L35-32), as cartas remetidas por Libra à CODESP (docs. L35-33, L35-33, L35-36 a 44) e a resposta da CODESP datada de 17.05.2011 (doc. L35-46).

317. No que toca ao primeiro grupo de documentos, todos anteriores e estranhos à licitação, não se pode considerar que integrem o procedimento licitatório e, assim, não constituem fonte de obrigações de CODESP. Ademais, o seu conteúdo probante limita-se a esclarecer qual era profundidade de projeto do cais do Terminal 35 (11,7 metros), nada dispondo sobre o conceito de “profundidade adequada”. Aliás, como já se observou acima, a profundidade de projeto do cais do T-35 é incontroversa (11,7 metros). O que importa averiguar é qual seria a “profundidade adequada”, terminologia que é empregada nos documentos da licitação e no Contrato.

318. Com efeito, é essa informação sobre a profundidade de projeto que se extrai da Carta de CODESP endereçada ao Sidamar (doc. L35-24), contendo uma tabela com as profundidades de projeto dos cais de atracação, bem assim da Circular CNNT 156/96 (doc. L35-25), indicando a profundidade real existente nos cais e a respectiva profundidade de projeto. Tais documentos, portanto, não contêm qualquer menção à expressão profundidade adequada.

319. Da mesma forma, o segundo grupo de argumentos, secundados em comunicações havidas entre as Partes posteriormente à assinatura do Contrato, não socorre a posição de Libra.

320. A ata de reunião emergencial ocorrida em 06.07.1998 (doc. L35-32), dias após a assinatura do Contrato, prevê a adoção de providências para a dragagem do cais, sendo o primeiro documento a fazer expressa menção à profundidade nominal do Terminal 35. Contudo, a ata não faz referência a quem caberia a obrigação de dragagem. Veja-se que, nos itens 1 e 2 foi feita referência

expressa à realização de atos por CODESP, o que não ocorre no item 3, que trata da dragagem:

Considerando que as áreas objeto do Contrato em referência, não estão liberadas, sob o ponto de vista operacional, fica estabelecido que deverão ser adotadas as seguintes providências:

- 1) Transferência, pela CODESP, das cargas denominadas Trânsito (Paraguai e Bolívia) armazenadas nos Armazéns XXXVI Externo e Pátio, além das FMA's;
- 2) Remoção, pela CODESP, de equipamentos que não integram o arrendamento;
- 3) Dragagem do cais, em toda a extensão da área arrendada, para a profundidade de projeto, de 11,70 ms;

321. Seguiu-se a essa reunião uma série de correspondências unilaterais de Libra para a CODESP, referentes à questão da dragagem (docs. L35-35 a 44). Tais documentos, todavia, não possuem eficácia probante em favor de seu signatário.

322. Já as respostas da CODESP, em especial a de 07.03.2001 (doc. L35-45), comprovam apenas o seu reconhecimento quanto a não possuir condições de realizar com regularidade a dragagem no Porto de Santos, em razão de problemas financeiros, sem fazer referência à profundidade da dragagem do T-35:

Vale salientar que os serviços de dragagem não têm sido executados com regularidade em todo o Porto de Santos, uma vez que os recursos alocados para sua realização não são suficientes.

Tal inconstância não ocorre somente no trecho referente aos Armazéns 34 e 35, mas também em outros locais, afetando todos os demais arrendatários e usuários do Porto de Santos, direta ou indiretamente, em decorrência da diminuição dos volumes dragados, tendo em vista a escassez de recursos financeiros.

323. Posteriormente, em carta datada de 17.05.2001 (doc. L35-46), CODESP limitou-se a informar o seguinte: "estamos programando a dragagem

dos berços de atracação desse Terminal 35 para os meses de agosto e setembro vindouros”. Novamente, sem indicação da profundidade que seria atingida com a dragagem.

324. A análise do conjunto de documentos carreados ao procedimento revela, de um lado, que o conceito de profundidade de projeto e a profundidade nominal projetada para o Terminal 35 não são controvertidos, e, de outro, que não foi essa a profundidade prometida no curso da licitação.

325. Designadamente, os documentos com força vinculante não contêm qualquer indicação de metragem nominal da profundidade do Terminal 35, e tal indicação poderia e deveria ter sido feita, fosse essa a intenção de CODESP. É sintomático que, no caso da licitação do Terminal 37, CODESP haja garantido expressamente uma profundidade específica, nunca inferior a 11 (onze) metros (item 1.17 do Edital 22/94, doc. L37-02), mas que na licitação do Terminal 35 a se tenha limitado a garantir a entrega do sítio com “profundidade adequada”.

326. Quanto aos documentos L35-08 (PME de Libra), L35-48 (Parecer FGV), L35-49 (Parecer GDN) e L-35-50 (Ofício 341/2011), invocados por Libra em amparo a seus argumentos, o Tribunal Arbitral entende que nenhum deles pode ser tido como fonte de obrigações de CODESP, por serem estranhos e muito posteriores à licitação, razão pela qual não fazem prova das alegações das Requerentes.

327. No direito brasileiro, a devida consideração do texto afigura-se necessária para que seja dado cumprimento ao previsto nos arts. 112³² e 113³³ do Código Civil. Ao disporem sobre a interpretação dos negócios jurídicos, tais normas determinam que seja considerada tanto a intenção consubstanciada na

³² “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

³³ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

declaração, como o sentido que lhe seria atribuído por uma pessoa razoável que se encontrasse nas mesmas circunstâncias³⁴.

328. Isso porque, entre nós, o "*objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante*". Segue-se daí a relevância dos dados textuais, uma vez que, na interpretação, "*a descida, em profundidade, é dentro das raías do manifestado*"³⁵.

329. À míngua de demonstração de que tenha sido adotado um significado particular para dada palavra, prevalece o respectivo sentido literal, ou seja, "*o sentido que a palavra tem segundo o corrente uso do falar, o sentido frequente, conforme os dicionários*".³⁶ É partindo da literalidade do texto que se alcança o verdadeiro querer do agente.³⁷

330. Na ausência de definição editalícia, contratual, legal ou usual da expressão aqui discutida, e tendo em vista que a menção à profundidade adequada nada mais era do que a descrição das condições reais do objeto do arrendamento, chega-se à conclusão de que o adjetivo "adequado" foi empregado por CODESP em seu significado ordinário.

³⁴ "Interpretar o negócio jurídico de acordo com a boa-fé objetiva é, em última análise, substituir o ponto de vista relevante, posicionando, no ambiente previamente delimitado (contexto situacional), não a parte ou as partes do negócio jurídico, não o declarante ou o destinatário da declaração negocial, mas sim um modelo de pessoa imaginária, normal, razoável, com o fito de averiguar o sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 185, a propósito do art. 113 do Código Civil).

³⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. III., 4ª ed., São Paulo, RT, 1983, pp. 333/335.

³⁶ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III, 4ª ed., São Paulo, RT, 1983, pp. 333/334.

³⁷ Pereira, Caio Mário da Silva. *Comentários aos Código Civil de 2002*. Vol. I. Parte Geral. 1ª ed., Rio de Janeiro, GZ Editora, 2017, p. 118.

331. “Adequado”, na língua portuguesa, segundo definições de dicionários, significa apropriado, próprio, conveniente, ajustado, adaptado, que está em conformidade com algo.³⁸

332. Assim, uma profundidade adequada, de acordo com a percepção corrente, significa uma profundidade apropriada e conveniente para a operação das atividades portuárias.

333. Conforme ficou demonstrado, o Edital estabeleceu que as condições no momento da licitação eram superiores às do Sítio Padrão e que o terminal seria entregue e mantido com profundidade adequada durante toda a contratação. A interpretação que o Tribunal Arbitral faz de tais dispositivos é que, nos termos do Edital, a profundidade existente à época da licitação foi declarada pela Autoridade Portuária como adequada à operação do terminal.

334. A interpretação à luz do sentido corrente do termo é condizente com as provas produzidas nos autos e revela que CODESP não se obrigou a entregar o sítio do Terminal 35 em condições diversas daquelas que existiam ao tempo da licitação e que, conforme Declaração de Visita firmada por Libra (doc. C-102), encontravam-se em boa ordem.

335. Nesse ponto, deve-se sublinhar que os licitantes tiveram oportunidade de visitar o Terminal 35, vistoriá-lo e examiná-lo. Nos termos do Edital, era de cada licitante a responsabilidade sobre sua proposta e vistoria do local:

³⁸ *Vide*: Novo Aurélio Século XXI, 3ª ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1999, pág. 50; Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 1ª ed., Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, pág. 81.

SEÇÃO III

Da Visita ao Porto

69. A Licitante deve visitar e examinar o sítio do arrendamento e obter para si, às suas expensas e sob sua responsabilidade e risco, todas as informações e verificações que possam ser necessárias para a preparação de suas PROPOSTAS, não podendo a Licitante ou, no futuro, a ARRENDATÁRIA, em hipótese alguma, propor, posteriormente, modificações nos preços, prazos ou condições estipuladas, alegar qualquer prejuízo ou reivindicar qualquer benefício, sob a invocação de insuficiência de dados ou informações sobre o sítio do arrendamento.

336. Libra realizou a vistoria e declarou-se satisfeita com as condições da área a ser arrendada. Mais precisamente, deu-se por satisfeita quanto à completude das informações recebidas e declarou que nada poderia reclamar a respeito delas (doc. C-102):

Declaramos por fim que, em hipótese alguma, será alegado por nossa Empresa qualquer tipo de prejuízo em relação à Proposta apresentada, bem como que não será reivindicado qualquer benefício sob a invocação de insuficiência de dados e/ou informações sobre a área a ser arrendada.

Santos, 28 de abril de 1997.

337. Não há nem mesmo dúvida de que Libra tinha conhecimento de que a profundidade real do cais de atracação, ao tempo da licitação, era inferior àquela de projeto. Por exemplo, a leitura do documento L35-25, por ela trazido aos autos e o depoimento do Sr. Ronaldo Borges, representante legal de Libra revelam: "A Libra sabia qual era a profundidade real e qual era a profundidade de projeto (...)" (Linhas 1308 e 1309).

338. E, mesmo que assim não fosse, também não há dúvidas de que Libra possuía condições de saber ou verificar a profundidade real do cais do Terminal 35. Uma simples batimetria poderia ter sido realizada durante a vistoria. Se Libra a fez ou não é indiferente, pois o relevante é que se declarou satisfeita e apresentou proposta, participando da licitação de uma área declarada e assumida também por ela como dotada de "profundidade adequada".

339. Ora, se o Edital descrevia o objeto do arrendamento e a licitante vencedora vistoriou o local e não se opôs à afirmação feita em Edital, vindo a participar da licitação e a apresentar proposta com carência zero, somente se pode chegar à conclusão que a profundidade do Terminal 35 ao tempo da licitação era tida, também por Libra, como adequada não apenas ao atendimento da demanda portuária então existente mas também da por ela prevista.

340. A profundidade adequada prometida na licitação do Terminal 35 nada mais era do que a definição da situação real do cais de atracação do terminal, considerada pelas partes envolvidas como apropriada à operação portuária. Em assim sendo, o Tribunal conclui que CODESP entregou o Terminal 35 com profundidade adequada, cumprindo fielmente sua obrigação contratual. Por esse motivo, afasta-se a pretensão de Libra de equiparar a profundidade adequada prometida com a profundidade de projeto ou a qualquer outra profundidade nominal.

341. Resta, então, verificar se CODESP cumpriu com a sua obrigação de manter a profundidade adequada durante a vigência do Contrato. Em outras palavras, deve-se analisar se o Terminal 35 manteve-se adequado ao atendimento das demandas do Porto de Santos, o que reclama compreender o perfil da frota atendida pelo Porto de Santos e os dados reais de atracação.

342. Trata-se de questão que foi amplamente discutida pelas Partes no curso desta arbitragem, inclusive mediante pareceres e depoimentos técnicos.

343. Libra parte da premissa de que “na época da licitação, mais de 60% dos navios recebidos no Porto de Santos já possuía calado superior a 10 metros”³⁹ e que a falta de dragagem, de modo a estabelecer a profundidade adequada, a teria impedido de concorrer com substancial parcela dos navios que

³⁹ Cf. § 90, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35.

aportaram em Santos. Sua alegação pode ser resumida pelo seguinte excerto do Parecer Terrafirma-Simonaggio (doc. L35-02, págs. 3-4):

"As restrições de PROFUNDIDADE nos BERÇOS de ATRACAÇÃO impossibilitaram o TERMINAL T-35 de competir por parcela significativa dos navios PORTA-CONTÊINERES que acessaram o Porto de Santos (Figura 29):

- Até 2003, os BERÇOS do T-35 não puderam disputar por cerca de 80% dos navios operados no Porto de Santos;

- Entre 2004 e 2006, apenas um dos BERÇOS, 35-2, dispunha de PROFUNDIDADE para competir por mais de 70% das embarcações. Neste mesmo período, os outros dois BERÇOS puderam competir por apenas 35% das embarcações, em média;"

344. Após análise dos laudos técnicos produzidos pelas Partes e das apresentações dos seus signatários em Audiência, o Tribunal Arbitral conclui que os percentuais apresentados pelo Parecer Terrafirma-Simonaggio não encontram suporte nos dados reais de atracação apresentados por CODESP.

345. Em particular, o Tribunal Arbitral não se convenceu de que a análise do volume de movimentação de contêineres apresentada por Terrafirma ilustre, com precisão, os dados reais sobre o perfil da frota em operação do Porto de Santos. Para a obtenção de resultados precisos, seria indispensável analisar a profundidade necessária para a atracação dos navios em determinado terminal.

346. Convém, então, fazer referência a alguns documentos técnicos produzidos por CODESP, que indicam qual seria essa profundidade.

347. A começar, destaca-se o doc. C-143, Nota Técnica da testemunha técnica de CODESP, Professor Nicolau Gualda, elaborada a partir dos dados reais constantes dos livros de atracação do Porto de Santos. Em sua página 16 consta uma tabela, que foi também incluída na apresentação feita em Audiência (slide 5) e que cumpre ser aqui reproduzida:

Tabela 1. Calado de Projeto Máximo / Mínimo / Médio
Calado de Operação Máximo / Mínimo / Médio (m)

	1999 a 2003	2004 a 2015
T 35	14,0 / 6,0 / 11,3 12,2 / 2,7 / 9,5	15,0 / 7,3 / 12,2 13,7 / 5,8 / 10,5
T 37	14,0 / 6,0 / 11,0 12,5 / 5,2 / 9,6	14,5 / 7,4 / 11,8 12,8 / 4,9 / 10,0
T35+ T37	14,0 / 6,0 / 11,0 12,5 / 2,7 / 9,6	15,0 / 7,3 / 12,0 13,7 / 4,9 / 10,3
SANTOS BRASIL	14,0 / 8,0 / 11,5 12,5 / 4,9 / 9,4	15,0 / 7,0 / 12,2 14,0 / 4,6 / 10,4
EMBRAPORT	-----	14,8 / 8,0 / 12,4 13,7 / 6,7 / 10,5
TECONDI	12,0 / 7,0 / 10,2 11,4 / 4,9 / 8,9	14,5 / 3,9 / 11,6 13,4 / 3,1 / 10,1
EM TODO O PORTO	14,0 / 3,4 / 10,9 12,5 / 2,7 / 9,3	15,0 / 3,4 / 11,8 14,5 / 2,7 / 10,1
NO PORTO SEM T35 e T37	14,0 / 3,4 / 10,8 12,5 / 3,4 / 9,1	15,0 / 3,4 / 11,7 14,3 / 2,7 / 10,0

5

348. A tabela resume a análise dos dados disponíveis sobre calado de projeto e de operação dos navios que atracaram no Porto de Santos nos períodos nela indicados. Conforme reconhecido pelo próprio signatário do Parecer, Nicolau Gualda, em que pese a possibilidade de alguns pequenos desvios (fls. 394, Linhas 12894-12896), dado o volume de informações e a forma com que foram inscritos, os resultados obtidos são precisos e confiáveis.

349. A tabela demonstra, com base em dados empíricos, que o perfil da frota atendida pelo T35 foi praticamente igual àquele atendido pelo Terminal 37, que possuía maior profundidade. E mais, que foi praticamente igual à frota atendida pelo Porto de Santos em geral, com destaque de terminais de contêineres concorrentes do Terminal 37.

350. Como afirmou o Professor Nicolau Gualda em Audiência: "o tipo, o perfil do navio, com as características do navio que adentrou outros terminais é semelhante às características dos navios que adentraram para o T-35. Não há uma discrepância clara entre as características dessas frotas." (vide pág. 356 da transcrição, linhas 11747-11752).

351. Ora, se a frota atendida no Terminal 35 era similar à frota atendida nos demais terminais do Porto – como provam os dados empíricos – então não há que se falar em inadequação da profundidade ou em impossibilidade de Libra competir por parcela significativa do mercado. Tais dados afastam a alegação de que Libra teria ficado impedida de atender grande parcela da frota que aportava em Santos e, por consequência, a alegação de que a profundidade do Terminal 35 não se manteve adequada ao longo do tempo.

352. A mesma conclusão poderia ser fundada na análise constante do Parecer Gualda-Amaral D'Avila (doc. C-106), em especial à luz da comparação entre a quantidade de navios que foram direcionados por Libra ao Terminal 37, embora houvesse berço disponível no Terminal 35 (p. 52):

QUANTIDADES DE NAVIOS NO T-37 QUE PODERIAM TER SIDO DIRECIONADOS PARA O T-35			
ANO	BERÇO 34	BERÇO 35-1	BERÇO 35-2
1998*	73	73	73
1999	91	94	190
2000	125	181	206
2001	116	116	167
2002**	20	20	27
TOTAL	425	484	663

*a partir de jul/1998

**até 30/03/2002

353. O segundo Parecer Gualda-Amaral D'Avila (doc. C-140), em especial às páginas 26-27, demonstra a liberdade que Libra possuía para direcionar os navios à atracação no Terminal 35 ou no Terminal 37, como melhor lhe conviesse.

354. Se a profundidade do Terminal 35 fosse tão inadequada a ponto de impedi-lo de receber a maior parte da frota, o natural seria que o Terminal 37, mais profundo, fosse reservado para os navios de maior calado, deixando-se os demais para serem atendidos pelo Terminal 35.

355. Contudo, quando se verifica que o Terminal 37 recebia seguidamente navios de calado cuja capacidade do Terminal 35 podia atender, fica claro que Libra não estava deixando de atender navios maiores por deficiência de profundidade no Terminal 35.

356. Essa conclusão independe da discussão acerca do grau de integração da operação do Terminal 37 com o Terminal 35, pois se funda em uma lógica empresarial simples. Se um mesmo operador (um grupo empresarial, ainda que operando por meio de pessoas jurídicas diversas) detém o controle de dois terminais próximos, qualquer agente econômico racional tentará sempre maximizar a utilização em paralelo desses terminais, integrados ou não.

357. Acresce, nesse particular, que não vieram aos autos quaisquer documentos comprobatórios de uma efetiva perda de negócios, por Libra, à conta de uma profundidade supostamente inadequada dos berços do Terminal 35.

358. Em que pesem os argumentos sobre fidelização do armador, Libra não apresentou sequer uma proposta comercial, minuta de contrato ou troca de correspondência apontando para alguma contratação frustrada em razão da profundidade dos berços do Terminal 35 ou algum impedimento para atender a um cliente fundado em tais circunstâncias. À míngua de qualquer prova concreta, e à luz dos dados antes apontados, a alegação não se sustenta.

359. Nesse cenário, é bastante elucidativo que Libra jamais tenha tomado qualquer providência para realizar, ela própria, a dragagem do berço de atracação do Terminal 35.

360. Ainda que pudesse haver dificuldades relacionadas ao licenciamento ambiental, não há registro de qualquer tentativa de dragagem ou de requerimento de uso da licença ambiental da CODESP. Da mesma forma, causa espécie que as medidas tomadas por Libra tenham sempre objetivado não pagar o arrendamento – enquanto continuava a operação, o que é inegável – e nunca dirigidas a compelir a CODESP a realizar as intervenções reivindicadas como contratadas. Ainda que sua inércia não seja determinante para o convencimento do Tribunal Arbitral, ela certamente reforça os argumentos quanto à adequação operacional da profundidade do Terminal 35 ao longo do tempo.

361. A prova produzida nos autos demonstrou que a profundidade do Terminal 35 se manteve adequada, apropriada e conveniente, pois permitiu que lá atracassem navios com o mesmo perfil dos atracados nos demais terminais do Porto de Santos.

362. Se o perfil da frota atendida pelo Terminal 35 foi similar ao perfil da frota do Porto como um todo, não há espaço para se acolher o argumento de que a profundidade não era adequada, tal como contratado. E tampouco há como se alegar prejuízos decorrentes de perdas de negócios potenciais.

363. Assim, o Tribunal Arbitral conclui que a CODESP não descumpriu o Contrato ou o Edital no que toca à profundidade dos berços de atracação do Terminal 35. O Terminal 35 foi entregue com a profundidade adequada, como previsto do Edital e no Contrato, e essa profundidade foi mantida ao longo da contratação, como comprovado pela efetiva operação do terminal em condições de atendimento da frota que adentrou o Porto de Santos.

364. Por essas razões, o Tribunal Arbitral julga improcedente o pedido formulado por Libra.

Da entrega de área a menor⁴⁰

Alegações das Requerentes

365. Em relação ao segundo tópico, as Requerentes alegam que a área a ser arrendada, prevista na cláusula 6ª do Edital 12/97 como sendo de aproximadamente 100.000 m², na realidade, teria apenas 82.889,45m². Existiria, assim, uma diferença de 17% (dezessete por cento) a menor, havendo a CODESP

⁴⁰ Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 34/36, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35; nas págs. 34/40 da Resposta da CODESP; nas págs. 92/99 e 113/115 das Respostas da União; nas págs. 46/48 da Réplica das Requerentes T-35; nas págs. 30/32 e 80/82 das Alegações Finais das Requerentes; nas págs. 68/71, das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 90/99, das Alegações Finais da União.

deixado de entregar o *layout* originalmente prometido, com estes 100.000 m² contíguos.

366. Neste sentido, afirmam que a dimensão da área arrendada seria utilizada como uma das variáveis para o cálculo da tarifa de arrendamento, na forma do item 117 do Edital 12/97. Igualmente, apontam que as cláusulas 2^a, 11^a e 42^a, do Contrato T-35 teriam refletido tal premissa.

367. Além disso, asseveram que esta diferença de área teria causado prejuízos à Libra T-35, em razão da perda de profundidade, pois, além de contar com menos espaço, os equipamentos utilizados e projetos planejados tiveram que ser adequados para a área efetivamente entregue. Neste contexto, contam que dos 16 (dezesesseis) equipamentos previstos, apenas 9 (nove) foram sendo instalados devido à área reduzida. Por conseguinte, Libra teria sofrido perda proporcional superior ao percentual da área a menor entregue, tudo segundo o Parecer TerraFirma/Simonaggio (doc. L35-02).

368. Destacam os seguintes documentos a fim de demonstrar o alegado descumprimento contratual da CODESP: (i) a ata da reunião de 06.07.1989 (doc. L35-32), na qual constou que CODESP realizaria um levantamento topográfico do local; (ii) o levantamento topográfico realizado pela Ralcon Engenharia (doc. L35-52), entregue em 16.03.1999; (iii) as cartas enviadas pela Libra T-35 à CODESP, após a reunião de 06.07.1989, em especial a de 04.10.2001 (doc. L35-53), na qual a CODESP teria reconhecido que a área entregue não foi de 100.000 m²; bem como (iv) a Nota Técnica nº 001/CONSAD/CODESP/MT, de 26.08.2005 (doc. L35-54) e o Parecer CONJUR/MT nº 408/2005 (doc. L35-55), de 19.10.2015, que também teriam concluído que a área entregue seria inferior a 100.000 m².

369. Sustentam que, em consequência, no Aditamento/2005, a cláusula 2^a do Contrato T-35 foi alterada para que nela passasse a constar que a área arrendada do T34/35 seria de 82.889,45 m² e não 100.000 m².

370. No mesmo sentido, ressaltam o teor do item 7, do Parecer ANTAQ, de 06.10.2011 (doc. L35-50)⁴¹; assim como indicam os seguintes documentos encomendados pela CODESP: Parecer FGV (doc. L35-48), Parecer Floriano Marques (doc. L35-56) e o Parecer GDN (doc. L35-49), os quais reconheceram o inadimplemento da CODESP, segundo as Requerentes.

371. Em Réplica, destacam ser incontroverso que menos de 100 mil m² foram entregues pela CODESP, restando definir se apenas 82 mil m² foram efetivamente disponibilizados, ou 86 mil m², como defendido pela CODESP, bem como a consequência jurídica decorrente desse suposto inadimplemento, considerando o item 6 do Edital 12/97 e as cláusulas 2^a, 11^a e 42^a do Contrato T-35.

372. Defendem que apenas pequenas diferenças de tamanho justificariam o termo "aproximadamente" e, em se tratando de um terminal de contêineres, a relação da área com eficiência/receitas auferidas seria relevante, sendo certo que a alegada redução de 17% (dezessete por cento) causou-lhe impactos negativos superiores a esse percentual (doc. L35-02, págs. 65-66), justificando o pleito indenizatório da Libra T-35.

373. Além disso, apontam que na planta anexa ao Edital 12/97 constou que a área objeto de concorrência era de 100.000 m², independentemente do remanejamento da linha férrea; e que a Declaração de Visita de 28.04.1997 não autorizaria o descumprimento da obrigação da CODESP de entregar área total de 100.000 m².

374. Por fim, sustentam que a norma do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não permite considerar a diferença de 17% (dezessete por cento) como razoável. Contudo, reconhecem que, nas alterações contratuais em que eventuais

⁴¹ Do qual as Requerentes destacam o seguinte trecho: "*a capacidade operacional e a produtividade do Terminal são afetados negativamente também pela entrega de área menor em 14% que a licitada, apesar do edital conter a expressão aproximadamente 100 mil metros quadrados*".

acréscimos ou supressões em obras, serviços e compras, podem chegar a 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato, devem ser mantidas as mesmas condições contratuais. Ou seja, ocorre também modificação do preço para mais, ou para menos.

375. Sendo assim, pedem o ressarcimento dos prejuízos, considerando os efeitos negativos operacionais gerados pelo alegado descumprimento do Contrato T-35 pela CODESP.

Alegações da CODESP

376. Em Resposta, a CODESP, primeiramente, esclarece não se comprometeu a entregar área de exatos 100.000 m², e que o Edital 12/97 foi expresso ao indicar que a área ofertada possuía "*aproximadamente*" aquela metragem, que seria "*posteriormente definida através de levantamento topográfico*".

377. Além disso, aponta que na Planta 1-VII-11330 anexa ao Edital 12/97 a área útil demarcada era de 88.486 m², medida próxima daquela posteriormente apurada no levantamento topográfico previsto no Edital 12/97. Com efeito, a Planta nº 8-VII-11546, de 02.03.2001, indica a mensuração efetiva da área em 86.808,09m² (doc. L35-54).

378. Nota que não haveria contradição entre o item 6 do Edital 12/97 e os 88.486 m² da Planta 1-VII-11330, que lhe era anexa, porque o referido item 6 se referia à área total a ser arrendada. Tal área total incluía a área útil das linhas rodoferroviárias que cortam o T-35 e cujo remanejamento teria sido facultado às licitantes. Neste sentido, destaca trechos do Parecer Gualda/Amaral D'Ávila (doc. C-106).

379. Sendo assim, alega que, se a área útil arrendada não atingiu a metragem que a Libra esperava, tal resultado teria decorrido de sua culpa

exclusiva, pois Libra não teria empreendido as medidas propostas concernentes à realocação do traçado rodoferroviário, não podendo, agora, imputar inadimplemento contratual à CODESP.

380. Ademais, afirma que Libra sabia, ou tinha condições de saber, a real dimensão da área quando da elaboração da sua PME, visto que, conforme determinava o item 69 do Edital 12/97, a Libra não apenas vistoriou a área como firmou a "Declaração de Visita" em 28.04.1997, declarando que *"obtivemos todas as informações e efetuamos todas as verificações que se fizeram necessárias para a preparação de nossa Proposta (...)"* (doc. C-102).

381. Cuidando-se de contrato administrativo, concernente a uma área pública ofertada via licitação, nota que para a definição do que seria uma "discrepância razoável", não se aplicam as disposições do Código Civil, mas as da Lei nº 8.666/93. E esta Lei, em seu art. 65, § 1º estabelece que: *"O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos"*.

382. Então, subsidiariamente, argumenta que, mesmo se a CODESP tivesse se vinculado à área de 100.000 m², a redução ao final apurada em levantamento topográfico, fosse pela CODESP, de 13,2% (treze vírgula dois por cento), correspondente à área de 86.808,9 m², fosse pela Libra, de 17,1% (dezessete vírgula um por cento), correspondente à área de 82.889,45 m², se encartaria dentro do limite de 25% (vinte e cinco por cento) permitidos pela legislação e pelo Contrato T-35. Assim, segundo a CODESP, nada poderia ser pleiteado a esse título pelo contratado. Destaca, ainda, em seu favor, o teor do § 3º, do art. 500,

do Código Civil⁴², aplicável subsidiariamente, eis que a área foi arrendada em caráter *ad corpus*.

383. Por fim, assevera que a Libra não demonstrou seu prejuízo, decorrente da área arrendada supostamente "a menor", porque, uma vez realizado o levantamento topográfico, os faturamentos decorrentes da parcela I, prevista na cláusula 11ª do Contrato T-35, foram reajustados à luz da área efetivamente mensurada de 86.808,9 m². Além disso, assinala a possibilidade de a arrendatária utilizar-se de áreas adicionais (docs. C-110, pág. 18 e L35-79, pág. 8), e lembra que a Libra não precisaria contratar serviços de terceiros para armazenar e operar suas cargas, uma vez que podia se valer da operação integrada entre os Terminais 35 e 37, no que tange à área de armazenagem.

384. Sendo assim, afirma que a Libra, conforme o Laudo Gualda-Amaral D'Ávila (C-106), não foi afetada por uma suposta capacidade reduzida da área arrendada. Observa que, mesmo no ano de 2008, quando teria havido movimentação de um volume máximo de contêineres, conjuntamente, pelo T-35 e pelo T-37, as cargas somadas tiveram volume muito abaixo da capacidade de armazenamento das áreas somadas dos dois terminais.

385. Diante do exposto, afirma que a área supostamente reduzida do T-35 não causou restrição nas operações da Libra, nem lhe causou prejuízos.

Alegações da União

386. A União também afirma que a CODESP não se obrigou a entregar área exata ou área útil de 100.000 m².

⁴² Art. 500, § 3º: "*Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda ad corpus*".

387. Esclarece que a cláusula 6ª do Edital 12/97 previa o arrendamento de área com superfície total de aproximadamente 100.000 m², a ser posteriormente mensurada com levantamentos topográficos. Assim, a área de aproximadamente 100.000 m² deveria ser considerada pelas licitantes tão somente “para efeito de valoração” (cf. cláusula 117 do Edital 12/97). Igualmente, destaca que a Planta nº 1-VII-11330 (doc. U-55), constante do Edital 12/97, previa como “área objeto de concorrência superfície total = 100.000,00 m²”; e a área útil demarcada em planta seria de 88.486 m² (doc. U-43), o que justificaria a diferença de aproximadamente 17% (dezessete por cento) apontada pela Libra (docs. L35-52 e U-29).

388. Conforme apurado por levantamento topográfico, a área útil arrendada seria de 86.808,90 m² (doc. U-43), superfície condizente com a área demandada na Planta nº 1-VII-11330 (doc. U-55). Afirma, igualmente, que o valor a ser pago pela Libra foi ajustado com base nessa metragem. Nota que, nada obstante isso, a Libra não quitou as faturas emitidas pela CODESP (doc. L35-53).

389. Ademais, sustenta que Libra tinha ciência do tamanho da área útil demarcada na referida Planta, bem como sabia que a área arrendada era cortada longitudinalmente por uma linha ferroviária ativa (docs. L35-08 e C-08) e que interessava à Administração Portuária o seu remanejamento. Inclusive, relata que Libra apresentou em sua PME um projeto para o remanejamento do sistema rodoferroviário que, uma vez executado, ampliaria a área útil do terminal para 97.060 m², conforme Planta nº CDP-30-DE-01 (doc. U-56). Porém, tal projeto não foi executado, mantendo a área útil em cerca de 86,8 mil m².

390. Além disso, defende que Libra não tem direito à complementação de área, nem devolução de excesso, uma vez que, admitida aplicação analógica do Código Civil, a área é arrendada em caráter *ad corpus*. Aponta que as descrições, extensão e confrontações indicadas no Contrato T-35, em seu anexo II (doc. U-55), representariam os limites máximos da área que a arrendatária tem direito de explorar.

391. Observa que, segundo o item 69 do Edital 12/97, cabia à Libra visitar e examinar o sítio do arrendamento e obter, às suas expensas e sob a sua responsabilidade e risco, todas as informações e verificações necessárias para a apresentação de sua proposta. Conclui, então, que a Libra tinha, à época, à sua disposição todas as informações necessárias para verificar a superfície total arrendada e a área útil disponível para a operação do terminal.

392. Ademais, frisa que Libra declarou, quando da apresentação de sua proposta, que a área seria suficiente para o cumprimento das obrigações do Contrato T-35.

393. Argumenta que, mesmo se houvesse obrigação da CODESP de entregar à Libra área útil de 100.000 m², não há provas de que a área útil arrendada de 86.808,90 m², por si só, causou prejuízos à Libra, especialmente porque (i) após a confirmação da real extensão da área útil que foi arrendada, conforme previsto no Edital 12/97, a CODESP passou a emitir as faturas com base na área de 86.808,90 m²; (ii) o Terminal 35, na realidade, operava de maneira integrada com o Terminal 37 e não teria atingido toda a capacidade que a Libra afirmava que atingiria; e (iii) não há provas de perda de escala significativa ou custos operacionais mais elevados incorridos por Libra. Neste contexto, cita os Pareceres FGV (doc. L35-48), o Parecer da Escola Politécnica da USP (doc. L35-79) e a Nota Técnica nº 01/2017/GT (doc. U-43). Afirma que tampouco não há indícios de que Libra experimentou algum prejuízo em razão das dimensões da área útil do Terminal 35.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

394. Assiste razão às Requeridas.

395. Não há, de acordo com o Edital 12/97 e o Contrato 32/98, obrigação da CODESP de entregar área de exatos 100.000 m².

396. Nos termos do item 6 do Edital 12/97 (doc. L35-04), o Terminal 35 possui área de *"aproximadamente 100.000 m² (cem mil metros quadrados)"*, a ser, contudo, *"posteriormente definida através de levantamento topográfico"*. Também a cláusula 2^a do Contrato 32/98 prevê que a área é de *"aproximadamente 100.000 m²"*.

397. A área do arrendamento, declarada como de *"aproximadamente"* 100.000 m², é, portanto, a que viesse a ser definida mediante levantamento topográfico.

398. De acordo com a prova produzida pela Libra, para efeito do cálculo do valor do arrendamento, *"a CODESP, embora não tenha apresentado o levantamento topográfico, passou a considerar, em suas cobranças à Libra, que a área arrendada possuía apenas 86.658,46 m²"* (doc. L35-2.1, p. 840). Por outras palavras, Libra nunca esteve obrigada a efetuar pagamento calculado com base em área de 100.000 m².

399. Em adição, na Declaração de Visita do Terminal 35 (doc. C-102), Libra declarou por meio de seus representantes que a área arrendada correspondia de fato a *"aproximadamente"* 100.000 m² e que em nenhuma hipótese demandaria a revisão do pactuado ou exigiria indenização de qualquer prejuízo em razão da desconformidade de informações sobre a área arrendada:

"Declaramos para todos os fins e efeitos de direito, que visitamos e examinamos a área a ser arrendada pela CODESP e objeto da Concorrência nº 12/97, que cuida do arrendamento para exploração de instalação portuária para a movimentação e armazenagem de contêineres, com utilização de área sob administração da CODESP, correspondente a aproximadamente 100.000 m² (cem mil metros quadrados)" [...]. Declaramos ainda que, às nossas expensas e sob nossa responsabilidade, obtivemos todas as informações e efetuamos todas as verificações que se fizeram necessárias para a preparação de nossa Proposta, motivo pelo qual não podemos, em hipótese alguma, depois da data de apresentação de nossa Proposta e até a data do término do Contrato de Arrendamento, na eventualidade desta Empresa ser a vencedora do certame, propor modificações nos preços, prazos ou

condições estipuladas no Edital e respectivos anexos, da referida Concorrência, salvo em casos especificamente previstos no Contrato de Arrendamento. Declaramos por fim que, em hipótese alguma, será alegado por nossa Empresa qualquer tipo de prejuízo em relação à Proposta apresentada, bem como que não será reivindicado qualquer benefício sob a invocação de insuficiência de dados e/ou informações sobre a área a ser arrendada."

400. Em síntese, além de o Edital 12/97 e o Contrato 32/98 não preverem a entrega de exatos 100.000m², mas sim de área com metragem a ser posteriormente definida mediante levantamento topográfico, Libra declarou conhecer a área do Terminal 35, além de concordar que ela correspondia a aproximadamente 100.000m² e comprometer-se a nada exigir em virtude de eventual desconformidade.

401. Segue-se daí que o consenso das Partes recaiu sobre a área efetivamente vistoriada pela Libra e que lhe foi entregue pela CODESP. Por isso, é improcedente o pedido formulado por Libra.

Do remanejamento do sistema rodoferroviário⁴³

Alegações das Requerentes

402. O terceiro pedido de Libra versa sobre o alegado descumprimento contratual por parte da CODESP relacionado à falta de adoção das providências necessárias para alterar o traçado do acesso rodoferroviário da margem direita do Porto de Santos, que corta interna e longitudinalmente o Terminal 35. Tal incumprimento teria causado prejuízos às operações da Libra T-35.

403. Inicialmente, aduzem as Requerentes que a obrigação de implementar o remanejamento era da CODESP, uma vez que a execução desse projeto fora

⁴³ Os argumentos pormenorizados sobre este tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 36/43, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35; nas págs. 28/34 da Resposta da CODESP; nas págs. 99/113 e 115/117 das Respostas da União; nas págs. 33/46 da Réplica das Requerentes T-35; nas págs. 25/30 e 75/80 das Alegações Finais das Requerentes; nas págs. 60/68, das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 65/90, das Alegações Finais da União.

aprovada pela Reunião da Diretoria da CODESP, de 24.04.1997 (doc. L35-12), e objeto da Concorrência Pública nº 44/97 (doc. L35-57).

404. Além disso, mencionam que o Grupo Libra teria concordado com a revogação da licitação do Armazém XXXIX, da qual já se sagrara vencedor, sob a premissa de que esta área seria essencial para o remanejamento do sistema rodoferroviário pela CODESP. Com isso, argumentam que o Grupo Libra acabou triplamente prejudicado, pois teve de abrir mão da área do Armazém XXXIX, o remanejamento deixou de ser executado, e a CODESP, sem licitação, cedeu a área do Armazém XXXIX para terceiros, no caso: a Ferronorte, ato que posteriormente foi declarado nulo pelo TRF da 3ª Região (doc. L35-14).

405. Destacam, ainda, outros documentos que atestariam a suposta má-fé da CODESP, nomeadamente: a decisão da Diretoria Executiva da CODESP (doc. L35-58); a deliberação nº 43.98 do CONSAD; e a carta enviada pela Libra à CODESP (doc. L35-59).

406. Ademais, reforçam que o item 6.1 do Edital 12/97 (doc. L35-04) previu que as propostas deveriam atender as condições de "*construção do novo sistema viário (rodoviário e ferroviário)*". Sendo assim, afirmam que no momento em que a Libra T-35, em 22.04.1997, fez a sua proposta para a licitação, o cenário era claro sobre a realocação da linha férrea pela própria Autoridade Portuária.

407. Observam que as obras para o remanejamento estariam, agora, sendo executadas pela CODESP, conforme a cláusula 9ª do Aditamento/2015, e que isso confirma o seu descumprimento contratual ao longo dos últimos 20 (vinte) anos.

408. Explicam que, na prática, a ausência do remanejamento não só diminuiu a área útil de operação, como restringiu o espaço de armazenagem dos operadores, limitando o transporte e a circulação de cargas dentro do terminal.

409. Revelam que este *layout* diferente causou prejuízos relevantes à Libra T-35, principalmente pela redução de 26% (vinte e seis por cento) da capacidade de armazenagem do terminal e pela necessidade de alteração do tipo de equipamento empregado para operação de cargas no pátio, como o uso de empilhadeiras (*reach-stackers*) ao invés de guindastes-pórtico (RTG).

410. Em síntese, afirmam que tais alterações causaram três ordens relevantes de prejuízos: (i) a redução de 30% (trinta por cento) na produtividade do terminal T-35, devido ao aumento do congestionamento nas instalações e maior ocupação da capacidade estática; (ii) a redução de 50% (cinquenta por cento) do índice de retenção de contêineres de importação, segunda principal receita de terminais portuários; e (iii) o aumento de custos da Libra em razão dos movimentos adicionais necessários à movimentação de cargas pelos equipamentos empregados.

411. Aduzem que a simples existência dessa linha férrea entrecortando a área arrendada exigia dos operadores uma dupla inspeção de documentos de pessoas e cargas nos portões de acesso ao terminal (*gates*), e isso na simples movimentação de cargas de uma área para a outra do mesmo terminal, conforme destacado pelo estudo técnico da Rosenberg & Associados (doc. L35-09).

412. Acrescentam que a PME de Libra T-35 teria ressaltado o caráter essencial do remanejamento do sistema, como medida de readequação (doc. L35-08). Afirmam que em tal PME Libra consignou, inclusive, os custos associados à construção de dois ramais ferroviários na área arrendada, de uso exclusivo de Libra, e ligados à linha férrea de uso público, que deveria ter sido remanejada pela CODESP para o fim de retirá-la da área do Terminal 35.

413. Cientes disso, contam que a Libra T-35 teria assumido, quando da apresentação da sua PME, a responsabilidade de construir uma ligação entre a linha férrea de uso público e o interior do Terminal 35, mais precisamente dois ramais internos na área do Terminal 35. Transcrevem um trecho do Parecer de

Marçal Justen Filho (doc. L35-60), explicando que a responsabilidade pelo remanejamento global do Porto seria da própria CODESP. Ademais, alertam que todos os pareceres jurídicos e técnicos apresentados atestaram os efeitos adversos oriundos dessa fragmentação da área arrendada. Neste sentido, destacam também um trecho do Parecer da ANTAQ (doc. L35-50).

414. Finalmente, reforçam que o fracionamento do Terminal 35 pela ferrovia de uso público, somado à falta da readequação de todo o sistema rodoferroviário pela CODESP, causou prejuízos à operação da área arrendada como um todo. Em síntese, dizem que foi preciso aumentar a frota de veículos destinada à movimentação dos contêineres, que o tráfego na região foi elevado e que os custos de operação da Libra T-35 foram incrementados, tudo conforme atestado pelo já mencionado parecer Terrafirma/Simonaggio.

415. Em Réplica, as Requerentes apresentaram uma linha do tempo sobre o remanejamento do traçado rodoferroviário do T-35 (doc. L35-105). Em relação ao item 6.1 do Edital 12/97, afirmam que a Libra T-35 não era responsável pelo sistema viário do Porto e tampouco arrendara as áreas por onde passam as vias rodoferroviárias. Logo, a licitante deveria, em seu projeto, contemplar tal remanejamento, a ser realizado pela Autoridade Portuária, como, inclusive, está ocorrendo hoje em dia.

416. Com efeito, assinalam as Requerentes que a avaliação do melhor local para a linha férrea e para a rodovia, bem como a definição das demais soluções pertinentes, pressupõe a titularidade do poder de ordenar e organizar a atividade operacional do porto em sua integralidade, que é unicamente da CODESP.

417. Ressalta, ainda, que o termo "interno", previsto no Edital 12/97, indica a correta interpretação das obrigações das Partes. Ou seja: a Libra T-35, em sua PME, contemplava a realização, às suas expensas, do remanejamento do sistema rodoferroviário, no que a ela coubesse e apenas na área interna do Terminal 35. Neste sentido, aclaram que os investimentos previstos no item 6 da Planilha de

Custos e Investimentos contemplavam a construção de dois ramais ferroviários, especificamente na área arrendada de uso exclusivo das Requerentes, ligando a linha férrea de uso público, que seria remanejada pela CODESP, ao interior do Terminal 35, totalizando 1.400 metros de trilhos. Esta, aliás, a conclusão do Complemento do Parecer TerraFirma/Simonaggio após consulta realizada à empresa PortPlan (doc. L35-99).

418. Frisam que a construção desses 1.400 m de trilhos pela Libra T-35 não seria suficiente para abarcar o restante da linha férrea pública, que se encontra na parte externa do Terminal 35, e que possui aproximadamente 20km de extensão. Reiteram que a CODESP, em seus demonstrativos financeiros de 1995/1996, previu a realocação das vias férreas da margem direita, com valor estimado em R\$ 24 milhões (doc. L35-94). Este era o montante previsto na Concorrência Pública nº 44/97 (doc. L35-57), a ser pago pela CODESP por todos os serviços de remanejamento da linha férrea de 20km de extensão na margem direta do Porto de Santos. Sobre esse ponto, destacam o item 1 do Edital de Concorrência Pública nº 44/97.

419. Neste contexto, esclarecem que a concorrência abrangeria o remanejamento de todo o sistema rodoferroviário da margem direita do Porto de Santos, com a compatibilização dos traçados das linhas férreas com as áreas do PROAPS, nas quais se incluía o Terminal 35, e com a Avenida Portuária, no trecho entre o Canal 4 e o Saboó. Dizem, ainda, que o Projeto Executivo das obras do Terminal 35, entregue pela Libra em 10.09.1998 e aprovado pela CODESP em 12.11.1998, evidencia as responsabilidades acordadas entre as Partes.

420. Em relação ao Armazém XXXIX, destacam que a Autoridade Portuária não pode deixar de entregar o bem licitado ao vencedor de um certame, razão por que a anuência do Grupo Libra foi fundamental para a revogação da licitação. Alegam que a Libra T-35 já comprovou, por meio de documentos, que a CODESP fundou a revogação daquele certame no fato de que a área seria utilizada para o remanejamento do sistema rodoferroviário. Neste sentido, apontam os docs. L35-

13 e o complemento do Parecer da Terrafirma/Simonaggio após a consulta à PortPlan (doc. L35-99).

421. Diversamente do que diz o Parecer Gualda/Amaral D'Ávila, afirmam que a Libra T-35 não arrendou a área por onde passa o sistema rodoferroviário, e tal circunstância não autorizaria a interferência, por Libra, em áreas que não integram o seu arrendamento, sendo certo que não houve licitação pública da área por onde passam os trens e caminhões.

422. Notam que, na proposta da Libra, em seu item 6, não constava rubrica sobre os diversos custos envolvidos em obra dessa envergadura. O remanejamento de vias rodoviárias e ferroviárias dependeria de decisões de cunho administrativo sobre os novos traçados do sistema rodoferroviário do Porto de Santos, além de obras e demolições em terrenos vizinhos, para permitir a construção da "curva", ou "zigzague" que faria o trilho dos trens.

423. Reiteram que a CODESP estaria atualmente promovendo o remanejamento externo do sistema rodoferroviário da margem direita do Porto de Santos (doc. L35-106), o que, de acordo com as Requerentes, foi admitido pela União em sua Resposta.

424. Sobre o atraso nas obras de remanejamento do sistema rodoferroviário, esclarecem que a demolição dos Armazéns XXXV e XXXVI exigia, dentre outras, a aprovação do respectivo Projeto Executivo pela ANTAQ, o que já teria sido apresentado pela Libra T-35, mas estaria pendente de análise pela ANTAQ (doc. L35-107).

425. Por fim, afirmam que o *layout* das linhas rodoferroviárias constante na PME levou em consideração os projetos do sistema rodoferroviário elaborados pela CODESP ainda em 1997, cuja realização deveria ser levada a cabo pela Autoridade Portuária. Na realidade, a área arrendada no Terminal 35 seria

diferente da que está no referido *layout*, pois os eixos de conexão externa não coincidem (doc. L35-99).

426. Destacam que a CODESP, em missiva dirigida ao Ministério dos Transportes, de 28.10.02 (doc. L35-08), reconheceu que a remodelação interna prevista na PME não poderia ser feita sem que a CODESP antes realizasse a remodelação externa do sistema rodoferroviário.

427. Sendo assim, pedem a condenação da CODESP na reparação dos prejuízos suportados pela Libra T-35 em razão do incumprimento de sua obrigação de remanejar o sistema rodoferroviário, prejuízos esses que, uma vez reconhecida a responsabilidade da CODESP, devem ser apurados na fase de liquidação desta Arbitragem.

Alegações da CODESP

428. Em resposta, a CODESP argumenta não haver qualquer dispositivo no Edital 12/97 ou nos questionamentos apresentados pelas licitantes, no Contrato T-35 ou, ainda, na PME apresentada por Libra, que indique a responsabilidade da CODESP de tomar medidas tendentes à realocação da linha férrea que corta o T-35, tampouco realizar a obra ela mesma.

429. Ao contrário, ressalta que o Edital 12/97 apresentou o *layout* do T-35 às licitantes com o corte longitudinal feito pela linha férrea (doc. C-03, pág. 31). O Edital também mencionou, em seu item 6.1, que as licitantes deveriam considerar diversas condições específicas, dentre elas a "*construção do novo sistema viário (rodoviário e ferroviário)*", sem, contudo, fazer indicação de que caberia à CODESP tomar as providências nesse sentido. Em outras palavras, explica que apenas teria facultado às licitantes que quisessem otimizar as suas operações a realização do remanejamento interno das linhas rodoferroviárias.

430. Não por outra razão, relata que outros licitantes, como a Transbrasa deixaram de considerar em suas respectivas PME's o remanejamento do sistema rodoferroviário no T-35 (doc. C-109, pág. 57). Aponta que a Libra, por sua vez, assumiu em sua PME a obrigação de realizar o remanejamento das linhas que cortavam o T-35, independentemente das obras de todo o sistema rodoferroviário do Porto (doc. C-08, págs. 465/466). Teria, inclusive, apresentado uma estimativa de custos das obras que se comprometeu a realizar (doc. C-108, pág. 471) e um *layout* de como ficaria o T-35 após o remanejamento (doc. C-08, pág. 467). Por fim, teria contemplado, no cronograma de implantação, o período no qual as obras seriam realizadas (doc. C-08, pág. 247).

431. Nega que essas obras supostamente assumidas pela Libra dependessem do remanejamento de todo o sistema rodoferroviário pela CODESP. Isto porque, de acordo com a CODESP, na data da apresentação do PME, 28.04.1997, não haveria qualquer indicativo de que a CODESP fosse efetivamente realizar o remanejamento de todo o sistema rodoferroviário.

432. Neste contexto, lembra que a Reunião de Diretoria Executiva, levada em consideração pela Libra para a elaboração do seu PME (doc. L35-12), apenas aprovou um projeto de remodelação do sistema rodoferroviário do Porto, para fins de encaminhamento ao Conselho da Autoridade Portuária. Àquela altura, a execução do projeto ainda dependia de aprovação deste órgão deliberativo, de dotação orçamentária, de elaboração e de aprovação do respectivo projeto básico e da realização da licitação, tudo nos termos da Lei nº 8.666/93.

433. Logo, tendo a PME da Libra sido apresentada quatro dias após a referida Reunião da Diretoria Executiva, ela não poderia ter considerado, como de execução garantida, o projeto em que embasara a sua PME. Prova disso foi a Concorrência Pública nº 44/97, lançada em 19.12.1997, ou seja, oito meses após a apresentação das PME's para o T-35.

434. Outra evidência, segundo a CODESP, é o fato de que a Concorrência nº 44/97 precisou seu objeto estabelecendo que o trecho da Av. Portuária a ser remanejado localizava-se entre o canal 4 e o Saboó (doc. L35-57), ou seja, não cortava o T-35. Neste sentido, o Parecer do Gualda/Amaral D'Ávila (doc. C-106).

435. Por fim, ressalta que o cronograma provisório elaborado pela Libra previa que as obras visando ao remanejamento rodoferroviário seriam realizadas do mês 12 ao mês 19, e tal fato, associado à previsão de carência zero do Contrato T-35, demonstra que, de qualquer modo, a Libra teria condições de cumprir com a movimentação de, no mínimo, 300.000 contêineres sem a realização das obras para o remanejamento.

436. Ante o exposto, CODESP defende não ter havido descumprimento, contratual ou de qualquer outro tipo, no que diz respeito à questão do remanejamento do sistema rodoferroviário, o que, por si só, afasta, também quanto a este ponto, os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35, de condenação por perdas e danos e de exceção do contrato não cumprido.

Alegações da União

437. A União também alega que a CODESP não assumiu obrigação de remanejar o sistema rodoferroviário da margem direita do Porto de Santos, fosse a parte interna ao Terminal 35 ou a sua parte externa. Ao contrário, afirma que a Libra assumiu em sua PME a obrigação de remanejar o sistema rodoferroviário que atravessava o Terminal 35, incluindo essa obra como parte dos investimentos por ela propostos por ocasião do processo de licitação; e que a implementação do projeto apresentado por Libra em sua PME não exigia qualquer alteração da parte do sistema rodoferroviário que se encontrava fora da área do Terminal 35.

438. Aclara que a existência de projetos ou mesmo a abertura de concorrência (doc. U-57) não significam que a CODESP teria assumido obrigação nesse sentido. Explica, ainda, que a Concorrência Pública nº 44/97 (doc. U-57),

que supostamente constituiria a obrigação da CODESP de remanejamento das linhas férreas, foi lançada em 19.12.1997, após a apresentação da PME da Libra, datada de 28.04.1997 (docs. U-73/75), e, portanto, não poderia ter influenciado os termos da proposta. Ademais, nota que o objeto da concorrência em questão seria o trecho da Avenida Perimetral "entre o canal 4 e o Saboó", em localização diversa do T-35 (doc. U-43).

439. Sobre a revogação da Concorrência 10/97 (Armazém XXXIX), explica que a Administração Pública detém a prerrogativa de revogar licitações por interesse público por fato superveniente que justifique a medida, conforme prevê o art. 49, da Lei nº 8.666/1993. Neste contexto, afirma que a licitação para a exploração do Armazém XXXIX ainda não havia sido homologada quando, por razões de interesse público, foi revogada. E isso não implicava a assunção de obrigação por parte da Administração Pública perante arrendatários de outros terminais, ainda, a de ter que remanejar as linhas férreas.

440. Além disso, ainda que Autoridade Portuária não tivesse revogado a Concorrência 10/97, Libra não poderia arrendar ambas as instalações: o Terminal 35 e o Armazém XXXIX, pois os Editais de Concorrência 10/97 e 12/97 correspondiam, respectivamente, aos PROAPS nº 19 e 23 e por disposição expressa do Edital 12/97, cláusula 52.1, um mesmo interessado não poderia arrematar simultaneamente as duas áreas mencionadas. Assim, como a Libra sagrou-se vencedora da concorrência objeto do Edital 12/97, e este e a Concorrência 10/97 eram mutuamente excludentes, ela seria, de qualquer forma desclassificada da Concorrência 10/97.

441. Por outro lado, assevera que o remanejamento do traçado rodoferroviário não constituía premissa para a aceitação das propostas na Concorrência 12/97. Servia apenas como diretriz a ser seguida pelos licitantes, tendo em vista a matriz rodoferroviária da margem direita pretendida pela Administração Portuária. Diz, ainda, que não poderia ser outra a interpretação do item 6.1 do Edital 12/97. Destaca que os demais subitens contidos no 6.1 do

Edital 12/97 dizem respeito a intervenções que estariam a cargo do arrendatário. Assim, repete que nem o Edital 12/97 nem o Contrato T-35 teriam contemplado obrigação da CODESP de remanejar o sistema rodoferroviário.

442. Ao contrário, defende que Libra, com o objetivo de vencer a Concorrência 12/97, comprometeu-se a realizar todas as obras de remanejamento do sistema rodoferroviário, às suas expensas e independentemente de qualquer ação da CODESP (doc. L35-08 e C-08), conectando os ramais ferroviários internos e externos do T35, ainda que de maneira provisória, às linhas remanescentes do Porto de Santos (doc. U-43). Nota que o item 128, "b", do Edital 12/97 proibia propostas sob condição. Ou seja, caso a proposta de Libra tivesse como premissa a realização de obra pela CODESP sem que essa obrigação estivesse explícita no Edital, ela seria desclassificada do certame.

443. Frisa que o remanejamento do sistema ferroviário externo à área arrendada, paralelo às linhas internas do T35, também integrava as obrigações contratuais da Libra. Nota, ainda, que as quantidades de material previstas na PME da Libra sob a rubrica "linhas férreas" seria destinada à construção de dois ramais internos ao terminal, e dela também teria constado a rubrica "novo sistema viário" (docs. L35-08 e C-08).

444. Reforça que o remanejamento do traçado rodoferroviário não era uma premissa para a aceitação das propostas, tanto que outras licitantes sequer consideraram o remanejamento, ofertando operacionalizar o T35 com o traçado existente (docs. U-77/78 e U-43), ou seja, o traçado cortado longitudinalmente pela linha férrea.

445. Observa que a Av. Eng. Ismael Coelho, na prática, não constituía barreira nem causava transtornos à operação portuária do arrendatário, eis que a própria logística interna do terminal, com a instalação dos portões de acesso, estabeleceu que apenas caminhões destinados ao terminal circulassem pela área.

446. Adicionalmente, aponta que o Aditamento/2005 não tinha relação com as demandas objeto do presente procedimento arbitral. O Aditamento/2005 prevê em sua cláusula 9ª a obrigação da CODESP de remoção das linhas ferroviárias nas áreas externas aos terminais unificados e a construção de quatro novas linhas férreas na parte externa dos terminais unificados e adequações na Av. Mário Covas Jr. para o aumento do fluxo ferroviário do Porto.

447. Ressalta que a Libra teria ofertado uma movimentação de 300.000 (trezentos mil) contêineres logo no primeiro ano de vigência do Contrato T-35, isto é, com carência zero. Ou seja, teria estimado obter a movimentação prometida mesmo com um cronograma de obras que previa 18 (dezoito) meses de intervenções, incluindo obras nas linhas férreas e num novo sistema viário (doc. C-08). No caso das linhas férreas, observa que as reclamações da Libra acerca do suposto inadimplemento por parte da CODESP teriam começado em julho de 1999, antes de findo o prazo previsto em seu cronograma de implantação (doc. C-20).

448. Sendo assim, alega não haver provas de que a manutenção do *layout* original do terminal teria, por si só, causado prejuízo à Libra. Assinala que a solução operacional selecionada pela Libra teria considerado desde o início a operação conjunta de RTGs e *reach stackers*, conforme planilha de custos e investimentos da PME. Além disso, afirma que a solução operacional do pátio de armazenamento de contêineres e a estratégia operacional/comercial do terminal, envolvendo o sequenciamento das operações de pátio e cais, seriam de exclusiva responsabilidade da arrendatária e atinentes à álea empresarial (doc. U-43).

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

449. Assiste razão às Requeridas.

450. Diversamente do que consta do Parecer Conjur/MT (doc. L35-55), o Edital 12/97 e o Contrato 32/98 não preveem obrigação da CODESP de remanejar o sistema rodoferroviário que corta o Terminal 35.

451. Na realidade, o item 6.1(b) do Edital 12/97 dispõe que "*a Licitante deverá levar em consideração, para efeito de apresentação de sua Proposta e do Projeto Executivo, que deverão ser atendidas as seguintes condições específicas: [...] construção do novo sistema viário (rodoviário e ferroviário)*".

452. Cumpre observar que a mera existência de planos para alteração do traçado do sistema rodoferroviário por parte da CODESP, a exemplo do denominado Projeto Direxe (doc. L35-12), da abertura de concorrência para a obra de remanejamento do sistema viário (doc. L35-57) ou da Deliberação nº 43.98 do Conselho de Administração da CODESP (doc. L35-59), não constituem fonte de obrigação da CODESP perante a Libra.

453. Em adição, Libra não se desincumbiu do ônus de provar a alegada relação entre a desistência na concessão do Armazém XXXIX e a assunção de uma tal obrigação pela CODESP. Ao contrário, nos termos do item 52.1 do Edital 12/97, as licitações do Terminal 35 e do Armazém XXXIX eram mutuamente excludentes, de modo que Libra não poderia sagrar-se vencedora de ambas. Assim, não é lícito a Libra alegar que a devolução do Armazém XXXIX constituía condição para que pudesse firmar o Contrato T-35.

454. Note-se que, como sustentado pelas Requeridas, e conforme o trecho acima transcrito, o Edital simplesmente afirmou que o remanejamento era de ser considerado nas propostas, até para maximizar a utilização do terminal.

455. Na PME de Libra (doc. L35-8), fez-se a proposta do remanejamento, e a arrendatária assumiu expressamente a responsabilidade de promovê-lo, às suas exclusivas expensas. Nem todos os licitantes propuseram tal realocação, o que bem demonstra não ser esta uma obrigação prevista no Edital.

456. Com feito, na PME de Libra (doc. L35-8), o desenho do terminal com o sistema rodoferroviário remanejado, que Libra denomina "*layout original*" (em contraposição a "*layout entregue*")⁴⁴ corresponde, na verdade, ao que a PME denomina "*layout conceitual*" (p. 204), apresentado pela própria Libra.

457. Na PME, Libra menciona que a CODESP realizou estudos para o remanejamento do sistema rodoferroviário:

"Outra característica importante do Terminal é a previsão da realocação da avenida interna do porto, inclusive das linhas férreas, para o lado da Avenida dos Portuários, criando assim uma grande área anexa ao cais. Este rearranjo do sistema viário baseou-se na proposta e estudos elaborados pela própria CODESP." (p. 174)

458. Na sequência, porém, a própria Libra se compromete a realocar o sistema rodoferroviário, às suas expensas:

"Para consolidar o terminal, todas essas vias serão remanejadas para uma posição paralela e adjacente à Av. dos Portuários." (pp. 203-204)

*"A logística interna do Terminal será implantada pressupondo a realocação da avenida de circulação interna Eng. Ismael Coelho de Souza, possibilitando o adensamento da área portuária propriamente dita, conforme está previsto no Projeto de Revisão do Sistema Viário do porto de Santos elaborado pela área de engenharia. Neste caso, **a transformação é realizada totalmente às custas do Consórcio Libra-Boreal, integrando, portanto, seu plano de investimentos, e que desde já compromete-se a implementá-la sem prejuízo para os usuários do segmento compartilhado mesmo durante a ocorrência das obras.**"* (pp. 463-464 – grifos nossos)

459. É verdade que o projeto de Libra dependia de obras externas ao Terminal T-35 que somente nos dias de hoje estão em curso. No entanto, em momento algum a CODESP apontou qualquer inadimplemento de Libra por não ter realizado as obras do remanejamento interno do sistema rodoferroviário. Havia planos da CODESP para o remanejamento externo, mas as ações da estatal

⁴⁴ Cf. § 137, Alegações Iniciais das Requerentes T-35.

são sujeitas a restrições orçamentárias, prioridades político-administrativas e à chamada reserva do possível.

460. Na ausência de uma obrigação concreta de entregar obras em determinado prazo, o projeto da CODESP constituía mera expectativa, ou seja, algo que poderá vir a ser efetivado, se e quando for viável.

461. Aliás, se por um lado a CODESP não implementou as obras do entorno para possibilitar o remanejamento pretendido (e prometido) por Libra, de outro, a arrendatária tampouco teve que desembolsar os recursos da obra que faria.

462. Finalmente, cumpre observar que a demora na viabilização do remanejamento do sistema rodoferroviário era um risco sabido e conhecido, que Libra aceitou correr.

463. De fato, não há na PME de Libra nada que condicione a efetividade do arrendamento ou da proposta às obras do sistema rodoferroviário no entorno, sob a responsabilidade da CODESP. Assim, Libra expressou a intenção e o plano de efetivar o remanejamento, às suas custas na parte interna do T35, mas sabia que isso só seria implementado se e quando viabilizado por CODESP, e que não havia obrigação concreta e de prazo para que isso se consumasse.

464. Ademais, a proposta comercial de Libra, de carência zero, com uma grande movimentação de contêineres desde o início do arrendamento, afasta qualquer possibilidade de se dar ao remanejamento do sistema rodoferroviário a relevância e a essencialidade que as Requerentes pretendem. Ainda que a CODESP viesse a iniciar imediatamente as obras do entorno – o que não era de se esperar, dado o histórico da empresa e do setor, de pleno conhecimento de Libra, um operador experiente – o efetivo remanejamento e reaproveitamento da área demandaria um período considerável de tempo. Obras desse tipo não se realizam rapidamente, e portanto Libra sabia que ainda operaria por um tempo considerável na configuração original do arrendamento, sem o remanejamento,

mesmo que os planos da CODESP fossem implementados logo após a celebração do Contrato.

465. Ora, se Libra fez uma proposta com carência zero para uma grande movimentação de contêineres, é porque o mencionado remanejamento não era essencial para o sucesso das operações do terminal. O teor da proposta permite concluir que Libra considerou as operações mesmo sem o remanejamento do sistema rodoferroviário.

466. Segue-se, de todo o exposto, que a Requerente não tem o direito de exigir da CODESP a realização de obras destinadas à realocação do sistema rodoferroviário que corta do Terminal 35.

Da concorrência desleal e dos eventos econômicos⁴⁵

Alegações das Requerentes

467. Por fim, alegam as Requerentes que a Libra T-35 teria sido prejudicada pela suposta concorrência desleal promovida pela CODESP no Porto de Santos.

468. Neste contexto, afirmam que a CODESP teria cedido, sem regular licitação pública, áreas portuárias para diversas empresas que buscavam explorar o serviço portuário em Santos, contrariando o inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal e a Lei nº 8.630/93.

469. Argumentam que, ao elaborar a proposta para o Edital 12/97, as projeções realizadas pela Libra T-35 teriam considerado, com base nas

⁴⁵ Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 43/48, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35; nas págs. 40/59 da Resposta da CODESP; nas págs. 119 /126 das Respostas da União; nas págs. 48/63 da Réplica das Requerentes T-35; nas págs. 32/36 das Alegações Finais das Requerentes; nas págs. 71/79, das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 100/108, das Alegações Finais da União.

informações fornecidas pela própria CODESP, que o ambiente competitivo seria regulado com base nas disposições legais constantes das Leis nºs 8.630/93, 8.987/95 e 8.666/93. Contudo, em decorrência da conduta da CODESP, a Libra T-35 deparou-se com a concorrência de novos operadores cujo nível de atuação era imprevisível à época da formulação da proposta para o certame.

470. Asseveram que esses novos concorrentes, alguns sequer admitidos mediante regular processo de licitação, teriam recebido da CODESP vantagens indevidas, atuando, nas palavras das Requerentes, como “operadores clandestinos”, uma vez que as condições contratuais estipuladas pela CODESP lhes seriam mais benéficas.

471. Neste contexto, destacam alguns exemplos de condições comerciais ajustadas com arrendatárias alegadamente investidas de forma irregular em suas áreas (docs. L35-61/67). Em síntese, afirmam que as supostas benesses da CODESP para com esses “operadores clandestinos” teriam gerado as seguintes distorções: (i) a média ponderada dos valores pagos pelas outras arrendatárias era de R\$1,43 por m² e de R\$8,00 por contêiner movimentado; (ii) enquanto a Libra T-35 propôs pagar R\$5,00 por m² e R\$44,00 por contêiner movimentado (doc. L35-68). Neste sentido, destacam o item 22, pág. 04, da Nota Técnica nº 001 do Conselho de Administração da CODESP (doc. L35-54).

472. Finalmente, apontam outros fatos supervenientes que teriam afetado os rumos da economia brasileira e mundial, abalando, nos primeiros anos do Contrato T-35 (1998/2000), o nível de movimentação de contêineres, tais como: (i) as crises mundiais imprevisíveis à época do certame do Terminal 35, que teriam afetado as movimentações de contêineres no Brasil, diversamente do originalmente projetado (docs. L35-09, L35-49 e L35-56); e (ii) a alteração nas alíquotas de impostos incidentes sobre a receita do Terminal 35 (PIS, COFINS e ISS) e CPMF, modificando os fluxos de caixa projetados à época da licitação (doc. L35-02).

473. Sendo assim, dizem possuir direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35, por força de alteração das alíquotas tributárias, como expressamente previsto no art. 65, §5º, da Lei nº 8.666/93, e todos esses fatores deveriam ser considerados como causa do alegado desequilíbrio. Os respectivos prejuízos, dizem, deverão ser apurados na fase de liquidação desta Arbitragem.

474. Em Réplica, apontam que a alegada concorrência ilegal e predatória foi atestada, em outra oportunidade, pelo mesmo parecerista, Carlos Ari Sunfeld (doc. L35-95).

475. Sobre a concorrência desleal, afirmam que o Programa de Arrendamento e Parcerias do Porto de Santos - PROAPS também assegura a manutenção da livre concorrência intraporto (doc. L35-03). Contam que, neste contexto, a Libra T-35 formulou a sua Proposta (doc. L35-08), levando em conta que à época não havia indícios de que a CODESP promoveria o estabelecimento de novos terminais, nem pelo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos – PDZ. Sendo assim, reiteram a ilegalidade do aumento de concorrência em bases não isonômicas e sem observância das normas em vigor. Aduzem, ainda, que a concorrência predatória foi reconhecida pela própria CODESP em Nota Técnica nº 001 do seu Conselho de Administração (doc. L35-54).

476. Afirmam que a Libra T-35 questionou tais ilegalidades e, em um desses casos, envolvendo a Santos Brasil, a situação foi analisada em Parecer de Carlos Ari Sunfeld (doc. L35-95). Neste cenário, destacam o teor do Novo Parecer de Marçal Justen Filho e Eduardo Talamini (doc. L35-108).

477. Em síntese, defendem que a CODESP promoveu um ambiente de concorrência desleal no Porto de Santos: (i) por meio do abandono de diretrizes do PROAPS; (ii) ao permitir o surgimento de novos concorrentes sem a observância dos procedimentos licitatórios obrigatórios; (iii) ao conferir

tratamento não isonômico a esses concorrentes; (iv) ao ampliar o objeto contratual de determinados arrendamentos por meio de "adensamentos" em desacordo com a legislação; e (v) ao realizar permuta de áreas "pobres" por áreas nobres do Porto de Santos. Por fim, esclarecem que a CODESP teria renovado os contratos de concessão com a Libra T-35 com base na Resolução 3.220 da ANTAQ, editada em 2014.

478. Reiteram os exemplos dados anteriormente em suas Alegações Iniciais, que comprovariam a conduta da CODESP, e juntam documentos novos sobre o tema (docs. L35-109/112).

479. Sobre as crises econômicas, repetem que o impacto das crises econômicas nas suas operações portuárias foi confirmado por dois pareceristas contratados pela Libra (Parecer GDN doc. L35-49 e Parecer Floriano Marques doc. L35-56). Igualmente, afirmam que o parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117) reconheceu a possibilidade de reequilíbrio do contrato em decorrência de crises econômicas. Citam, ainda, o Parecer Complementar Terrafirma/Simonaggio (doc. L35-99). Portanto, defendem que o equilíbrio econômico original do Contrato T-35 também foi impactado pelas crises econômicas, contribuindo para impedir que as metas de sua proposta fossem atingidas.

480. Em relação às alterações nas alíquotas de impostos, inicialmente, argumentam que não se estaria diante da hipótese de prescrição prevista no art. 1º, Decreto 20.910/32. Além disso, aduzem que o referido Decreto não se aplica a pretensões contra sociedades de economia mista, tal como a CODESP. Dizem, ainda, que admitir-se que a Libra T-35 poderia repassar o custo dos tributos majorados ao armador, contraria a disposição do art. 65 da Lei 8.666/93.

481. De todo modo, reconhecem que repassam os valores de certos tributos (PIS, COFINS e ISS) apenas a parte de seus clientes e optam por

suportar a carga tributária em relação ao restante. Novamente, citam o Novo Parecer dos Professores Marçal Justen e Talamini (doc. L35-108).

482. Notam que, poucos meses depois da assinatura do Contrato T-35, (i) a alíquota da COFINS teria passado a ser 3,8 vezes superior àquela do momento da elaboração da Proposta; (ii) em relação ao PIS, de 2,5 vezes superior àquela que embasou a projeção; e (iii) a CPMF, cuja previsão legislativa era de extinção em 23.01.1999, perdurou até dezembro de 2007. Neste sentido, apontam o Parecer Terrafirma/Simonaggio.

483. Ademais, alegam que a suposta violação de obrigações contratuais, editalícias e legais não se qualificam como “riscos” inerentes à contratação. Neste ponto, indicam o Novo Parecer dos Professores Marçal Justen e Talamini (doc. L35-108) e a cláusula 33ª, *caput* e alínea “d”, do Contrato T-35. Acrescentam que a Resolução da ANTAQ nº 3220/2014 não contém rol exaustivo de hipóteses que autorizariam o reequilíbrio contratual.

484. Asseveram que os prejuízos em discussão na Arbitragem, nos termos do item 9.2 do Termo de Arbitragem, deverão ser liquidados em momento posterior à Sentença Arbitral de mérito. Não obstante, confirmam já ter indicado o *an debeatur* e a dimensão dos prejuízos sofridos em razão dos alegados descumprimentos da CODESP. Tais prejuízos contribuíram, isoladamente e em conjunto, para o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35, como demonstrariam os seguintes docs.: L35-02, L35-50, L35-99/100, L35-113, dentre outros.

485. No que tange à exceção de contrato não cumprido, reforçam o entendimento acerca da possibilidade jurídica de aplicação do instituto aos contratos administrativos. Dizem que tal aplicação é legítima, desde que não interrompida a prestação do serviço, como teria ocorrido no presente caso, e também porque a CODESP é uma empresa de economia mista, sujeita às regras de direito privado. Ainda, reconhecem que a exceção de contrato não cumprido

foi acolhida pelo art. 78, incisos XIV e XV, da Lei 8.666/93. Neste sentido, apontam o entendimento do Professor Gustavo Binenbojm (doc. L35-114), do Professor Marçal Justen Filho (doc. L35-108) e de outros doutrinadores.

486. Defendem não fazer sentido a alegação segundo a qual a Libra T-35 somente teria direito à indenização depois de haver efetivamente sofrido danos, pois isso equivaleria a obrigá-la a, primeiro, inviabilizar completamente a sua atividade, para somente após, quando já sofridos e concretizados danos irreversíveis, pleitear o ressarcimento do causador do dano. Tal raciocínio, segundo elas, contraria não só a regra de vedação ao enriquecimento ilícito, como impõe indevido sacrifício à arrendatária.

487. Diante do exposto, afirmam que o presente caso se enquadra na hipótese do §2º, da cláusula 33ª, do Contrato T-35, uma vez que vários teriam sido os fatores que alteraram o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Daí ser impositiva a sua revisão e necessária, por todos os motivos, a adequação das bases contratuais à nova realidade, bem como a indenização correlata, porquanto teria sido a CODESP a causadora do desequilíbrio contratual.

Alegações da CODESP

488. Inicialmente, a CODESP observa que a promoção da concorrência constitui uma política pública federal, fundada no art. 170, IV, da CF, e explicitada na Exposição de Motivos nº 10, de 18.02.1991, ao Projeto de Lei convertido na Lei nº 8.630/93. Portanto, a competição intraporto não é algo a ser combatido, mas estimulado por todas as Autoridades Portuárias país afora, incluindo, evidentemente, a própria CODESP.

489. No presente caso, nos termos do Edital 12/97, da PME e do Contrato T-35, os riscos da atividade seriam assumidos pela Libra, como já reconhecido pelas decisões judiciais proferidas (doc. C-43, pág. 34).

490. Nota que o item 73 do Edital 12/97 previu que eventuais deficiências na proposta de metodologia de execução e na proposta comercial seriam de responsabilidade exclusiva da licitante. Lembra, ainda, que segundo o item 100, "2", do Edital, a PME deveria levar em consideração "análise de mercado" compreendendo, dentre outros pontos, os preços de mercado vigentes e a concorrência intraporto, razão pela qual a redução gradativa do *market share* da Libra, prevista inclusive na PME (doc. C-110, pág. 20), por si só, não prova a existência de concorrência desleal no Porto de Santos.

491. Igualmente, argumenta que o Contrato T-35 não confere à Libra direito à manutenção das condições concorrenciais intraporto. Ao contrário, o Contrato T-35 estabelecia, na cláusula 23^a, que "*A ARRENDATÁRIA assumirá, em decorrência deste Contrato, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes ao arrendamento*".

492. Portanto, no caso, tocaria à Libra, tanto pela natural alocação de risco inerente à atividade econômica desempenhada, quanto por expressa previsão do Edital 12/97 e do Contrato T-35, avaliar os riscos do negócio antes de submeter a sua proposta.

493. Acrescenta que os preços praticados no Contrato T-35 foram estabelecidos à luz da alegada vantagem estratégica do Grupo Libra, da sua proximidade ao Terminal T-37 e ao Armazém XXXIX. Ademais, afirma que eventuais assimetrias de natureza regulatória no mercado de movimentação de contêineres no Porto de Santos, em tese, afetariam não apenas a Libra, mas as operações de todos os demais *players*, inclusive as do T-37, não havendo, no entanto, quanto a este Terminal, pleito de revisão contratual pelas Requerentes.

494. Nota, ainda, que a suposta concorrência desleal foi alegada na primeira ação judicial intentada pelas Requerentes (doc. C-25). Contudo tal fundamento foi refutado nas sentenças proferidas em três das ações judiciais que

agora formam o objeto da presente Arbitragem (doc. C-43/44), o que não impediu que a Libra renovasse, até 2035, os seus Contratos de arrendamento.

495. Sobre a comparação de preços feita pela Libra, observa que, além de dizer respeito apenas ao ano de 1999, tal comparação desconsiderou os elementos que integram o equilíbrio econômico-financeiro de cada uma das outorgas.

496. Aclara que, dentre os casos citados, há hipóteses, por exemplo, de outorgas localizadas em áreas muito afastadas, em áreas com problemas ambientais, ou ainda com "sítio padrão" negativo, demandando assim pesados investimentos dos outorgados. Acresce, ainda, que alguns casos invocados versariam sobre meras permissões de uso, precariamente concedidas pela Administração e revogáveis a qualquer tempo. Enfim, alega que não ter validade a pretendida comparação e faz alguns esclarecimentos, em relação a cada um dos casos comparados⁴⁶.

497. Ressalta que, na hipótese de qualquer dos contratos citados ser, em definitivo, declarado ilegal, ou caso se entenda ter havido desrespeito às normas concorrenciais, a consequência deverá ser a anulação dos referidos contratos, não sendo lícito supor que a Libra possa ser beneficiada por suposta falha da Administração Pública.

498. Sobre as crises econômicas, alega que os argumentos trazidos à baila não foram desenvolvidos adequadamente, deles constando apenas citações de pareceres. Diz que não assegurou à Libra direito à realização de todas as previsões contidas em sua PME, tampouco um direito subjetivo de exigir da CODESP garantia ou responsabilidade pelas previsões formuladas. Tal conclusão encontraria arrimo no memorando do Prof. Carlos Ari Sunfeld (doc. C-123, pág. 03).

⁴⁶ Cf. §§171/197, da Resposta da CODESP e documentos relacionados.

499. Acrescenta que tais previsões poderiam ou não se concretizar, servindo apenas de balizamento para a Libra quanto aos investimentos que pretendia realizar e dos lucros que imaginava perceber.

500. A Requerida questiona qual seria o cenário macroeconômico adverso imprevisível que Libra teria enfrentado em suas atividades. Afinal, Libra foi capaz de prever a movimentação de contêineres ao longo dos anos com precisão (como confirmado no Parecer TerraFirma/Simonaggio), atuando no porto mais vibrante do Brasil, em segmento que esteve completamente descolado da situação do restante da economia nacional.

501. Ademais, argumenta que, mesmo diante de um cenário econômico adverso e imprevisível, isso não seria uma escusa para o reequilíbrio econômico-financeiro contratual, afinal Libra não comprovou, pormenorizadamente, os efeitos da crise na sua própria atividade. Tampouco demonstrou que a crise tenha provocado a quebra generalizada das operações do Porto de Santos. Tais elementos, segundo a CODESP, são exigidos pelo TCU para que se admita o reequilíbrio contratual. Neste mesmo sentido, transcreve trecho do Parecer do Prof. Anderson Schreiber (doc. C-118, pág. 20).

502. Deste modo, afirma que a alegação de Libra não possui fundamento fático ou jurídico.

503. Quanto à alteração de alíquotas dos impostos, defende que a matéria estaria fulminada pela prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32. Nesse sentido, assinala que os fatos que teriam gerado o suposto desequilíbrio ocorreram entre 1999 e 2004.

504. Sendo assim, o pleito das Requerentes, de acordo com a CODESP, estaria prescrito, em razão do art. 1º, do referido Decreto 20.910/32⁴⁷, aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Cita informativo de jurisprudência do STF sobre este tema.

505. Destaca que em nenhuma das nove ações judiciais relativas ao T-35, Libra teria veiculado qualquer pretensão quanto às majorações das alíquotas e prorrogação de incidência de imposto, sendo certo que a matéria foi trazida apenas em suas Alegações Iniciais nesta Arbitragem, em 30.10.2017. Logo, reforça que a pretensão se acha prescrita, nos termos do supracitado art. 1º, Decreto 20.910/32.

506. Subsidiariamente, assevera que não há que se falar em desequilíbrio, pois a Libra não foi capaz de demonstrar em que medida as alterações por ela levantadas teriam impactado os fluxos de caixa projetados.

507. Ao contrário, aponta que o Parecer anexado pela Libra (doc. L35-02, pág. 41), demonstra que a receita líquida unitária do T-35, no período de 1998/2015, acompanhou os valores por ela própria projetados, o que seria suficiente, nas palavras da CODESP, para demonstrar que as majorações de alíquotas não afetaram a receita líquida unitária e, conseqüentemente, o resultado da Libra.

508. Ademais, como a Libra fundamenta o seu pedido no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/93, apenas as alterações que comprovadamente repercutiram nos preços contratados autorizariam a revisão. Daí exigir-se, na espécie, que os tributos majorados tivessem relação direta com o objeto do Contrato, o que não é o caso da CPMF, incidente sobre a generalidade das movimentações bancárias, nem do PIS/COFINS, incidentes sobre o faturamento da empresa. Neste sentido,

⁴⁷ "Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

transcreve uma passagem do parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117, pág. 23).

509. Esclarece, ainda, que os preços praticados por Libra não eram sujeitos a regulação. Ou seja, eram livremente estabelecidos pelas Requerentes. Neste particular, indica que a Tabela Pública de Serviços da Libra, que contém os preços por ela praticados, contém ressalva no sentido de que "*os valores indicados neste documento serão acrescidos de PIS, COFINS e ISS conforme legislação vigente*" (doc. C-119, pág. 16). Em outras palavras, as majorações das alíquotas eram repassadas aos usuários dos serviços Libra, não havendo repercussão no preço previsto no Contrato T-35. Sobre este tema, cita o Parecer econômico do Samuel Pessoa (doc. C-116, págs. 12/13).

510. Por fim, ressalta que a alíquota de ISS considerada na elaboração da PME, de 5% (cinco por cento), foi posteriormente reduzida, sendo que a atualmente praticada pelo Município de Santos é de 3% (três por cento). Logo, argumenta que, se reequilíbrio contratual houvesse, seria em favor da CODESP.

511. Em relação ao pedido de reequilíbrio contratual, argumenta, ainda, não estarem preenchidos os requisitos previstos na Resolução 3.220/2014 da ANTAQ. Neste contexto, a revisão do Contrato T-35 por desequilíbrio econômico-financeiro demandaria, ao menos, a demonstração de dois requisitos: (i) que os fatos alegados integrassem a esfera de "*riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento*" (art. 8º) - e não a "*álea empresarial*" (art. 17); e (ii) que tais fatos tivessem causado qualquer "*reflexo econômico-financeiro*", com impacto negativo em suas despesas e receitas (art. 9º).

512. No caso, diz que o pleito de Libra não preenche quaisquer desses requisitos e, de outro lado, não se provou descumprimento legal, editalício ou contratual por parte da CODESP. Igualmente, alega não estarem satisfeitos os requisitos legais que ensejam o dever de indenizar, nos termos do art. 403 do

Código Civil, pois sem a prova do dano efetivamente incorrido em razão do incumprimento da obrigação, bem como do respectivonexo de causalidade entre a conduta do infrator e o dano, não há dever de indenizar.

513. Por fim, ainda que se pudesse considerar que as condutas imputadas à CODESP tivessem causado danos à Libra, tais prejuízos seriam inferiores aos lucros obtidos pelas Requerentes com o descumprimento de suas obrigações, fundado na exceção do contrato não cumprido.

514. Observa que a Libra, em nenhum momento durante as duas décadas de vigência do Contrato, atingiu o índice de movimentação mínima, previsto na cláusula 5ª do Contrato T-35. Destaca, neste sentido, o Parecer da Quantiplan (doc. C-118), que afirma a persistência de tal cenário mesmo se os supostos inadimplementos imputados à CODESP tivessem sido “sanados”.

515. Além disso, afirma que, invocando a *exceptio*, Libra não só realizou pagamentos a menor dos valores contratualmente estipulados, como também deixou de pagar, em todos os anos do Contrato T-35, a diferença faltante para alcançar o piso das MMC. Sendo assim, defende que as Requerentes não sofreram qualquer prejuízo em razão dos supostos inadimplementos imputáveis à CODESP, mas teriam se valido de estratagema para auferir benefício injustificável, o que, por si só, seria apto a afastar o pleito indenizatório, na visão da CODESP.

516. Reafirma que o art. 476 do Código Civil não se aplica no caso em questão, por ser regra de cunho exclusivamente privado. Neste sentido, nota que, em contratos administrativos, a *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser alegada de forma ampla, como nos contratos privados, mas apenas nas situações expressamente previstas nos incisos XIV e XV, do art. 78 da Lei nº 8.666/93. Cita acórdão do TCU sobre o tema e o Parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117, págs. 30/31).

517. Portanto, neste ponto, conclui que a Libra só poderia ter deixado de efetuar os pagamentos contratualmente devidos se autorizada por decisão administrativa ou judicial, o que não ocorreu. Sua conduta afrontou o princípio da legalidade, especialmente a Lei nº 8.666/93, e causou prejuízo aos cofres públicos.

Alegações da União

518. A União, por sua vez, defende, em síntese, que os contratos de arrendamento portuários transferem ao arrendatário a atribuição de gerir e explorar por certo tempo uma instalação portuária num porto organizado. Por tal motivo se qualificam como contratos de concessão, mais especificamente contratos de concessão de serviço público.

519. No caso dos contratos de arrendamento, assim como nos contratos de concessão em geral, as receitas do parceiro privado advêm quase que integralmente de tarifas cobradas dos usuários. Tais empreendimentos representam investimentos de longa maturação, ordinariamente sujeitos às flutuações do mercado e às circunstâncias econômicas e sociais supervenientes. Ou seja, apenas ao final do prazo de vigência do contrato é que se pode avaliar qual terá sido, efetivamente, a taxa de retorno do empreendedor.

520. Afirma que essas características dos contratos de arrendamento portuário devem ser levadas em conta quando da definição de eventual direito à recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro, eis que, tipicamente, o concessionário assume os riscos associados à gestão do empreendimento. Neste sentido, destaca o teor do inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.987/1995 e o § 3º, do art. 1º, da Lei nº 12.815/2013.

521. Reconhece a existência do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato tanto pelos arrendatários de instalações portuárias como pela Administração Pública. Mas, argumenta que para o

deferimento ao arrendatário de qualquer vantagem a título de equilíbrio econômico-financeiro, é mister comprovar a materialização de algum risco assumido contratualmente pelo poder concedente, bem como o efetivo impacto do evento sobre as receitas ou despesas do empreendimento. Para este fim, aponta que devem ser consideradas a proposta apresentada pelo parceiro privado e as condições existentes à época da celebração do contrato, além das características próprias dos contratos de concessão e, particularmente, dos arrendamentos portuários.

522. Ou seja, afirma que a equação econômico-financeira do contrato se estabelece com base na proposta apresentada pelo concessionário e considera, além das vantagens, todos os encargos assumidos pelas partes, incluindo os riscos. A respeito do tema, cita trecho do acórdão nº 371/2006-P do TCU. Assim, esclarece que, a princípio, o arrendatário assume os riscos inerentes ao negócio (art. 1º, §3º, da Lei nº 12.815/2013), mas o contrato pode distribuir os riscos entre as partes de outro modo, em prol da eficiência da relação contratual.

523. Desta forma, para a devida apreciação de um pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, gênero no qual se incluem de arrendamento portuário, é fundamental examinar detidamente a distribuição de riscos estabelecida pelas partes contratantes. Além disso, afirma que a arrendatária só terá direito à recomposição da equação econômico-financeira quando se tratar de materialização de risco expressamente assumido pelo poder concedente. Neste sentido, cita doutrina e os artigos 8º e 17, da Portaria da ANTAQ nº 3.220/2014 (doc. U-31).

524. Conforme o art. 37 da Constituição Federal, tratar-se-ia de manter as "condições efetivas da proposta". Daí decorre que a equação econômico-financeira original do contrato está associada às circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta pelo licitante vencedor, sendo preciso a ocorrência de fato superveniente e apto a justificar o reequilíbrio.

525. Caso não ocorra o fato superveniente e apto a justificar o reequilíbrio, a baixa lucratividade do empreendimento, por si só, não autoriza a adoção de qualquer medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro.

526. Neste contexto, argumenta que se, na licitação, o concessionário ofereceu proposta baseada em cenário muito otimista que não veio a se concretizar, trata-se de risco assumido exclusivamente por ele próprio, não havendo, nesse caso, nada a reequilibrar. Destaca que os riscos atribuídos ao concessionário, conforme o edital de licitação, devem ser precificados pelos licitantes quando da elaboração de suas propostas.

527. Diz que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não se confunde com o equilíbrio financeiro do concessionário e não visa a pôr nenhuma das partes a salvo de um negócio que tenha se mostrado desvantajoso para seus interesses, nem a corrigir ou tornar "mais justa" a pactuação original de direitos e deveres. Ao contrário, o objetivo do reequilíbrio é manter a equação existente na pactuação original, que seria, por definição, justa, eis que derivada do consentimento das partes. Ou seja, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não constitui renegociação ou novação contratual; ao contrário, seria uma recondução do contrato ao seu *status* econômico-financeiro original, na hipótese de desconexão entre este *status* e a realidade, em razão de fato superveniente que se insira no conjunto de riscos assumidos pelo poder concedente.

528. Sendo assim, afirma que a Administração Pública não goza de discricionariedade para alterar esta relação entre encargos e vantagens definida a partir de proposta de preço apresentada pelo licitante vencedor.

529. No caso concreto, a alocação de riscos estaria regulada no Contrato T-35, mais precisamente nas cláusulas 5ª, 9ª, 10ª e 23ª, que atribuem à arrendatária todos os riscos inerentes ao negócio, incluindo a responsabilidade pela adoção de todas as providências necessárias à implementação de obras e ao

atingimento das movimentações mínimas e à obtenção dos financiamentos. O reequilíbrio contratual somente é permitido quando ocorram eventos supervenientes, extraordinários e imprevistos que tenham configurado óbice intransponível para o cumprimento das obrigações contratuais ou excessiva onerosidade, nos termos da cláusula 33ª do Contrato T-35. Além disso, destaca que o Contrato T-35 imputa à arrendatária o ônus de comprovar a ocorrência dos eventos justificadores de reequilíbrio, bem como de suas consequências.

530. Portanto, diz que não se poderia, sob pena de subverter a distribuição de riscos prevista no Contrato T-35, imputar à Administração Pública a responsabilidade por eventos relacionados ao risco do negócio ou pela realização de obras ou serviços de melhoramento ou ampliação da infraestrutura sem previsão contratual nesse sentido.

531. Por fim, destaca que, em regra, os arrendamentos portuários atuam em regime concorrencial e com preços livres. Nesse cenário, eventuais acréscimos de custos podem ser repassados aos usuários conforme a lógica da oferta e da demanda.

532. Afirma que a alegação de concorrência desleal em razão de suposta ilicitude ou clandestinidade na expansão ou alteração de contratos de outros terminais não deveria sequer ser conhecida por este Tribunal Arbitral, tendo em vista o litisconsórcio passivo necessário de terceiros não-signatários da convenção em que se funda esta Arbitragem.

533. Explica que a Lei nº 8.987/1995 menciona a eventualidade “de futura alteração e expansão do serviço”, para garantir a sua continuidade (arts. 18, VII, e 23, V). Tal circunstância pode ensejar expansão e modificação da área arrendada, para a prestação do serviço previsto em contrato, sem a necessidade de nova licitação. No mesmo sentido, aponta o art. 4º, §4º, VIII, da Lei nº 8.630/1993, lei portuária vigente quando da licitação do T-35.

534. Neste contexto, alega que os “operadores clandestinos” seriam, na verdade, partes em contratos que foram objeto destas alterações e expansões previstas na lei de regência. Aliás, os referidos contratos ou termos aditivos tiveram os seus extratos regularmente publicados na imprensa oficial, atendendo à exigência legal da publicidade. Ademais, assevera que as alegações de concorrência desleal seriam genéricas, e que podem mesmo ser consideradas ineptas.

535. Esclarece que, por ocasião da concorrência do Terminal 35, não existia a limitação de movimentação de cargas de terceiros em terminais de uso privativo, cuja abolição a Libra considera ter sido prejudicial aos seus negócios⁴⁸. Neste sentido, destaca o teor do art. 4º, II, da Lei nº 8.630/1993, que admite a existência de terminais de uso privativo em portos públicos, mediante autorização do órgão competente, quer exclusivamente para a movimentação de carga própria (§2º, “a”), quer para “movimentação de carga própria e de terceiros” (§2º, “b”). Este diploma legal não impõe limitação percentual para movimentação de cargas de terceiros, de modo que um terminal de uso privativo poderia movimentar, por exemplo, 1% (um por cento) carga própria e 99% (noventa e nove por cento) de carga de terceiros.

536. Ressalta que o objetivo da Lei nº 8.630/1993 foi alterar o cenário monopolista que até então vigorava no setor portuário brasileiro, criando um ambiente de competição entre terminais portuários e buscando fomentar tanto a concorrência intraporto, por meio dos arrendamentos de instalações portuárias, como também entre diversos portos (doc. U-21). Sendo assim, as diferenças entre modelos de outorga e entre áreas arrendadas inviabilizam a comparação simplista de preços feita por Libra.

⁴⁸ Aponta que as restrições regulatórias aos terminais de uso privativo de cuja revogação a Libra se ressente só teriam sido instituídas depois da licitação, por meio do Decreto nº 6.620/2008, seguido da Resolução ANTAQ nº 1660/2010 (doc. U-58), e nem por isso a restrição à competitividade teria gerado reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CODESP, pelo fato de que o risco concorrencial se insere na atividade da arrendatária, não da autoridade portuária. Sendo assim, explica que a abolição da restrição pela Lei nº 12.815/2013 apenas teria eliminado restrição surgida após o início da execução do contrato de arrendamento.

537. Alega que, se o preço pago por Libra é mais alto do que outros, isto decorre da conjunção de dois fatores: a) o terminal por ela arrendado possui vantagens competitivas em relação aos outros; b) Libra optou por apresentar proposta extremamente agressiva na licitação. Assim, nos termos da cláusula 23ª do Contrato T-35, segundo a União, estar-se-ia diante de risco assumido pela arrendatária, que, uma vez concretizado, não enseja reequilíbrio econômico-financeiro.

538. O mesmo poderia ser dito das crises financeiras mundiais. Sobre o tema, afirma a União, em síntese, que tais crises econômicas não impactaram o crescimento da movimentação de contêineres no Porto de Santos e, ainda que o tivessem, integrariam a matriz de risco inerente à concessão, não havendo espaço para reequilíbrio por este fundamento. Neste ponto, destaca que, em sua PME (docs. U-73/75), Libra previu um acentuado acirramento da concorrência na movimentação de contêineres no Porto de Santos, assim como da concorrência com terminais de uso privativo.

539. Quanto aos tributos, ressalta que o art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995 prevê o reequilíbrio quando haja necessidade de "revisão da tarifa", ou seja, se o preço cobrado ao usuário pelo prestador do serviço público for controlado, o que não é o caso dos arrendamentos portuários, em que o preço é livre. Além disso, a citada norma exige a comprovação do impacto da modificação tributária sobre a atividade do concessionário de serviço público, o que a Libra não teria logrado fazer.

540. Sustenta, ainda, que sendo livres os preços praticados pelo arrendatário, somente seria viável cogitar de algum impacto sobre o Contrato mediante a demonstração de que causas econômicas supervenientes teriam inviabilizado o repasse das majorações tributárias aos usuários do serviço público. Tanto assim que Libra sequer poderia pleitear a repetição do indébito sem fazer

tal prova, conforme prevê o art. 166 do CTN. Sendo assim, afirma a União que não se justifica o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por este fundamento.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Concorrência desleal

541. A propósito da alegada concorrência desleal, assiste razão às Requeridas.

542. Em primeiro lugar, Libra não se desincumbiu do ônus de comprovar a ilicitude das contratações realizadas entre a CODESP e os demais operadores portuários.

543. Notadamente, as ilegalidades imputadas às contratações celebradas pela CODESP com Hipercon Terminais de Carga Ltda., Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais, Santos Brasil, BTP e Embraport resumem-se a meras alegações.

544. Por sua vez, a declaração de nulidade dos aditivos celebrados entre a CODESP e Tecondi - Terminal de Contêineres da Margem Direita S.A., os quais tinham por objeto o aumento da área arrendada, ainda se encontra pendente de recurso.

545. O juízo a respeito da legalidade de tais contratações, circunscrito à primeira fase da arbitragem, demandaria a juntada de todos os documentos a elas relativos. Dadas as particularidades de cada caso, seria necessário analisar todas as circunstâncias de cada contratação (o exame dos processos administrativos e as justificativas para a dispensa de licitação em cada caso, por exemplo, não bastando a simples juntada dos próprios contratos ou termos). Tais elementos não foram trazidos aos autos, sendo certo que o ônus da prova, no caso, era das Requerentes.

546. Além disso, tal juízo não poderia ser levado a efeito sem que os terceiros que também são partes desses contratos ou outorgas questionados tivessem a chance de se manifestar no curso do presente procedimento arbitral. Ocorre, porém, que tais terceiros sequer estão sujeitos à jurisdição deste Tribunal Arbitral, pois não firmaram o compromisso arbitral.

547. Não consta, igualmente, que Libra tenha tomado providências administrativas ou judiciais tendentes a reprimir as ilegalidades que agora aponta.

548. Em segundo lugar, Libra não demonstrou o prejuízo alegadamente sofrido. A diferença de preços entre os vários terminais ou áreas do Porto de Santos reflete inúmeros fatores, como as características de cada área e de cada operador, e não apenas a forma de contratação. Assim, não se pode presumir o dano pela simples diferença de preços. Tal diferença, ademais, resulta inclusive da proposta de Libra, significativamente superior às dos demais licitantes da concorrência do Terminal 35.

549. Acresce que, nos termos do item 100 do Edital 12/97, a Proposta de Metodologia de Execução da Libra (PME) havia de conter análise de mercado que compreendesse, dentre outros pontos, a concorrência intraporto.

550. De acordo com o item 2.5.1(a) da PME (doc. L35-08), Libra tinha conhecimento do grande incremento na concorrência intraporto, a saber:

“Prevê-se como bastante intensa a concorrência futura intra-porto. Isto será consequência dos processos de privatização por que passa o Porto de Santos, os quais, uma vez concluídos, deverão elevar a oferta da capacidade de movimentação de contêineres para níveis superiores aos da demanda, pelo menos no curto e médio prazo. Em adição à privatização empreendida pela CODESP, observa-se forte interesse da iniciativa privada em estabelecer novas facilidades para o manuseio de contêineres, algumas das quais já concretas, como é o caso da COSIPA, outras ainda em fase de definição, como a NOBARA, e outras previsíveis, como a expansão do terminal da ULTRAFÉRTIL. Deve-se também considerar que a Administração da CODESP poderá licitar no futuro outros

berços localizados na margem direita, aumentando ainda mais a oferta para a movimentação de contêineres."

551. Convém observar, por fim, que a eventual ilicitude apontada tampouco poderia justificar um pleito de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do arrendamento, mas quando muito uma indenização por ato ilícito, como apontado no parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117, pág. 26).

552. Segue-se daí que Libra não tem direito à revisão do Contrato T-35 em razão da alegada concorrência desleal intraporto.

Alteração das circunstâncias

553. Em relação ao pedido revisional fundado na superveniência de crises econômicas e na majoração de tributos, tampouco assiste razão às Requerentes. De plano, o Tribunal Arbitral consigna que o pedido foi formulado de maneira genérica, não se prestando a demonstrar, como era ônus de Libra, nem a ocorrência dos eventos tidos como causas de desequilíbrio, nem a ocorrência de desequilíbrio contratual.

554. Assim dispõe o art. 65, II, "d" da Lei 8.666/1993 sobre a alteração do contrato administrativo para reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

555. Nos termos da lei, para o reequilíbrio do contrato é necessária a ocorrência de "fatos imprevisíveis" ou "previsíveis porém de consequências incalculáveis" ou "força maior", "caso fortuito" ou "fato do príncipe".

556. Já no que toca à alteração de impostos, a base legal é o art. 65, § 5º do mesmo diploma legal (com grifos):

*"§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, **de comprovada repercussão nos preços contratados**, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso."*

557. A regra legal encontra respaldo no Contrato, o qual prevê que "a Arrendatária assumirá, em decorrência deste Contrato, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes ao arrendamento" (cláusula 23) e que "a Arrendatária é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do Contrato de Arrendamento" (cláusula 26). De acordo com a cláusula 33, as "partes acordarão se haverá lugar a reposição do equilíbrio econômico e financeiro do Contrato de Arrendamento" nas hipóteses de "força maior", "caso fortuito", "fato do príncipe", "fato da administração" e "interferências imprevistas".

558. Nenhuma dessas ocorrências restou comprovada.

559. No que toca às alegadas crises mundiais, o pedido de Libra é lacônico, pois sequer há indicação de quais teriam sido as crises mundiais e de como e em que medida a atividade de Libra teria sido por elas afetada.

560. Já que no que toca ao incremento de impostos, não há indicação precisa de qual tenha sido o seu impacto concreto na atividade de Libra.

561. As questões foram expostas em novo parecer de Professor Marçal Justen Filho, de 2018 (doc. L35-108), no qual se argumenta, a propósito do

aumento da alíquota de impostos, que "os tributos em questão (contribuições sociais sobre a receita, como PIS e Cofins, e CPMF) implicam um acréscimo de custo e incidem sobre a operação da Consulente. Portanto, preenchem os requisitos para se qualificar como causas de desequilíbrio contratual nos termos do art. 65, § 5º, da Lei no 8.666 e do art. 9º, § 3º, da Lei no 8.987" (p. 9). Acrescenta que "não era plausível a ocorrência de grave crise econômica – e, mesmo se o fosse, seus efeitos eram incontornáveis, como a jurisprudência do STJ e do TCU relativa à revisão contratual pela variação cambial do final dos anos 1990 veio a confirmar. A instituição de concorrência desleal, propiciada por ações e omissões da CODESP e dos reguladores federais, era igualmente implausível. E assim também a alteração tributária, cuja imprevisibilidade e incontornabilidade, por definição, fazem com que tanto a Lei no 8.666 quanto a Lei no 8.987 a estabeleçam como causa típica de recomposição da equação econômico-financeira" (p. 11)

562. Em contrapartida, o Parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117) nega que qualquer desses fatores constitua fundamento à revisão do pactuado:

"A invocação de crises econômicas, em termos gerais, não é considerada suficiente entre nós para caracterizar o desequilíbrio contratual. Crises econômicas não autorizam, por si mesmas, a revisão de contratos civis ou administrativos. É imperativo que se demonstre o desequilíbrio do contrato em si, provando a alteração superveniente da equação econômica inicial do ajuste, pois o que releva para a revisão não é um acontecimento extraordinário em si, mas sua 'força de atuação sobre o pactuado'." (§ 28)

"Libra afirma que teria havido majoração das alíquotas dos seguintes tributos: PIS, COFINS e CPMF. Tais tributos não se vinculam diretamente à atividade objeto do Contrato de Arrendamento. Por essa razão, sua eventual majoração não configura acontecimento apto a ensejar revisão dos termos daquela relação contratual." (§ 35)

563. O Tribunal Arbitral entende estar correto o entendimento do Professor Anderson Schreiber, em especial porque não restou demonstrado de maneira

concreta o impacto das alegadas crises econômicas e majorações de impostos na atividade exercida por Libra no âmbito do Contrato.

564. No particular, é de ser considerado que, tal como apontado pela CODESP, e afirmado pelas próprias Requerentes, a Libra acertou, com grande precisão, as projeções do volume de movimentação de contêineres ao longo dos anos. As expectativas projetadas quanto aos volumes movimentados se revelaram muito próximas do que efetivamente ocorreu no curso do Contrato.

565. Tal circunstância, por si só, afasta as conclusões de que as crises econômicas ocorridas nesse ínterim tenham gerado efeitos imprevisíveis para o Contrato. Isso revela que o setor em questão – terminais de contêineres no Porto de Santos – teve justamente o crescimento que o mercado esperava nos últimos anos, ainda que em cenário geral de crise econômica.

566. No tocante à majoração de tributos, Libra não comprovou o impacto efetivo de tais tributos sobre a sua atividade econômica, ou seja, não demonstrou como tais impostos se qualificariam como custos majorados. Com efeito, o art. 65, § 5º da Lei 8.666/1993, antes transcrito, dispõe com precisão ser indispensável a comprovação da “repercussão nos preços contratados”. Ademais, como leciona Marçal Justen Filho, em sede doutrinária, tais impostos devem incidir “diretamente sobre a execução da prestação objeto do contrato”⁴⁹, sendo “... necessário, porém, um vínculo direto entre o encargo e a prestação”⁵⁰, circunstâncias que não foram demonstradas por Libra.

567. As Requeridas muito bem apontaram que Libra atua num regime de preços livres (ou seja, de liberdade tarifária) e, portanto, poderia repassar tais aumentos de impostos a seus clientes. E de fato tal repasse encontra-se previsto na tabela de preços de Libra (doc. C-119, pág. 16).

⁴⁹ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 897.

⁵⁰ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 898.

568. Por não restar comprovada, no caso, uma oneração tributária que tenha afetado especificamente a Libra, ou mesmo ao setor portuário, a invocação de desequilíbrio econômico-financeiro não pode ser acolhida.

569. Destarte, julga-se o pedido improcedente.

Da validade do Aditamento/2005⁵¹

Alegações das Requerentes

570. Em 4.11.2005 Libra T35 e CODESP assinaram o "Segundo Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento ao Contrato Pres/032.98" ("Aditamento/2005") (doc. L35-15), tendo sido representadas no instrumento, respectivamente, por Diretores da Libra e pelo Diretor-Presidente da CODESP (Sr. José Carlos Mello Rego). Após a assinatura, mas antes da publicação do extrato do instrumento no Diário Oficial, o Ministro dos Transportes ordenou a suspensão da referida publicação (doc. L35-73), que nunca veio a ocorrer. Libra sustenta que, apesar da ausência de publicação, o Aditamento/2005 é válido e eficaz.

571. Na sua visão, tal Aditamento/2005 foi firmado para restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35, em razão dos fatos enumerados nos capítulos anteriores desta Sentença Arbitral.

572. Destacam que os pareceres de especialistas técnicos e jurídicos teriam corroborado não só o direito da Libra T-35 de se opor à cobrança integral exigida pela CODESP, como também o cabimento e a necessidade do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35 (docs. L35-49, L35-56, L35-60 e L35-70).

⁵¹ Os argumentos pormenorizados sobre este tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 48/55, das Alegações Iniciais das Requerentes T-35; nas págs. 69/73 da Resposta da CODESP; nas págs. 47/59 das Respostas da União; nas págs. 74/78 da Réplica das Requerentes T-35; nas págs. 36/42 das Alegações Finais das Requerentes; e nas págs. 83/85, das Alegações Finais da CODESP.

573. Relatam a realização de reuniões com entes da Administração Pública e indicam documentos e manifestações, inclusive da CODESP, que comprovam o reconhecimento da necessidade e a viabilidade jurídica do reequilíbrio do referido Contrato T-35, bem como a regularidade da negociação de seus termos e aprovação do Aditamento/2005, dentre eles a Nota Técnica 001/CONSAD/CODESP, a decisão DIREXE nº 514.2005 e o Parecer CONJUR 408/2005 (docs. L35-54, L35-71 e L35-72).

574. Observam que as medidas para obstar a validade e a eficácia do Aditamento/2005 tiveram motivação política, decorrentes das divergências entre alguns membros da Diretoria Executiva da CODESP, e que, mesmo após 12 (doze) anos de instauração do processo administrativo, nenhuma fraude teria sido apurada.

575. Em relação à validade do Aditamento/2005 ao Contrato T-35, aduzem que a CODESP, na qualidade de poder concedente, não careceria de prévia autorização do Ministro dos Transportes para celebrar o referido Aditamento, conforme dispõe o §10, do art. 1º, da Lei nº 9.469/97.

576. Sendo assim, a ausência de publicação do ato não afastaria a concretização da nova relação jurídica entre as Partes, a qual deveria ser respeitada pela CODESP como válida e eficaz.

577. Sustentam que, mesmo que se cogitasse da faculdade do Ministro dos Transportes de publicar, ou não, o Aditamento/2005, isso não significaria, aos olhos das Requerentes, a eventual invalidade ou ineficácia da avença.

578. Nessa mesma linha, notam que da Lei nº 8.666/93 pode-se extrair que da publicação depende a eficácia do ato perante terceiros, nada referindo a lei quanto à validade ou à eficácia entre as partes contratantes.

579. Assim, não se configurando nenhuma das hipóteses em que a Administração pode rescindir unilateralmente o Contrato (art. 79, inc. I, da Lei nº 8.666/93), afirmam que a CODESP estaria obrigada a reconhecer a validade e a eficácia do Aditamento/2005. Neste sentido, citam o Parecer do Professor Eduardo Talamini (doc. L35-77).

580. Ressaltam que o Aditamento/2005 envolvia apenas o reequilíbrio futuro do Contrato T-35, não se justificando a desistência de todas as ações judiciais, no âmbito das quais seria decidido o reequilíbrio pretérito, do período de junho de 1998/outubro de 2005. A celebração do Aditamento/2005 resolvia o futuro da relação entre as Partes, devendo-se deixar as questões do passado para serem resolvidas nas ações judiciais, tal como orientado pelo Advogado da União, na Nota CONJUR/MT nº 101, de 11.08.2005 (doc. L35-78).

581. Dizem que tampouco se pode falar em “desvio de finalidade”, nem em “violação aos motivos determinantes” do ato. Isto porque o Aditamento/2005 foi pactuado somente após longo estudo do caso concreto, com base em documentos e pareceres que comprovaram a inadimplência da CODESP e o desequilíbrio no mercado no Porto de Santos, inclusive em razão da existência de “operadores clandestinos” e da diversidade de preços praticados pela CODESP, beneficiando outras operadoras portuárias, sem prévia licitação.

582. Com efeito, contam que os dirigentes da Libra T-35 e da CODESP, à época, respeitando os limites impostos pela lei e com respaldo em fundamentação técnica produzida em processo administrativo, chegaram a um consenso sobre as bases contratuais do Aditamento/2005. Esse consenso teria devolvido ao Contrato T-35 o equilíbrio em seus valores de arrendamento, não apenas preservando os interesses dos pactuantes para o futuro, mas também resgatando o interesse público e a exequibilidade do pacto.

583. Deste modo, ratificam que não houve desvio de finalidade quando da revisão do Contrato T-35 através do Aditamento/2005. Pelo contrário, o

Aditamento surgiu como solução mais eficaz e menos dispendiosa para o caso concreto. Destacam, ainda, o item 11 do Ofício da ANTAQ nº 341/2011-DG sobre o tema (doc. L35-50).

584. Finalmente, afirmam que a CODESP formalizou o Aditamento/2005 após a matéria ter sido aprovada por unanimidade (com uma abstenção) do seu Conselho de Administração. Desde então, Libra T-35 passou a cumprir integralmente as obrigações ali assumidas com a CODESP.

585. Lembram que as regras invocadas, segundo as quais a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade – estampadas no art. 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula 473 do STF –, fazem ressalva aos direitos adquiridos e à possibilidade de a matéria reapreciada pelo Judiciário. Além disso, dizem que a ausência de publicação no ato não era o instrumento hábil a desconstituir a nova relação jurídica entre as Partes, consubstanciada no Aditamento/2005.

586. Alegam que a CODESP não apontou qualquer ato que tenha afrontado os princípios administrativos aplicáveis à espécie, ou ainda desvio de finalidade (art. 2º da Lei 4717/65), o que pretensamente caracterizaria ato de improbidade administrativa (art. 11, I, da Lei 8429/92). Repetem que a publicação do Aditamento/2005 apenas não ocorreu porque alguns diretores da CODESP decidiram fazer denúncias infundadas ao Ministério dos Transportes em relação à lisura do ato, denúncias que, após anos de processo administrativo em curso destinado a apurá-las, não foram comprovadas.

587. Assim, sustentam que no momento em que a publicação foi sustada, aplicava-se a regra do art. 126 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 129 do Código Civil de 2002), devendo, portanto, ser considerada como implementada a publicação, eis que a condição de eficácia do ato (isto é, a publicação) deixou de ser implementada maliciosamente pelos dirigentes da

própria parte, a CODESP. Logo, alegam que o Aditamento/2005 constitui ato jurídico válido e eficaz em relação à CODESP.

588. Por fim, lembram que o Aditamento/2005 ressaltou que as divergências passadas entre as Partes continuariam a ser debatidas no âmbito das ações judiciais em curso.

Alegações da CODESP

589. Sobre a validade do Aditamento/2005, a CODESP, primeiramente, esclarece que a Administração Pública se subordina a um regime jurídico específico de direito público, no qual se exige a declaração de nulidade de seus próprios atos havidos como ilegais ou mesmo a sua revogação por motivo de conveniência e oportunidade, nos termos do art. 53 da Lei nº 9.784/99 e da Súmula nº 473 do STF.

590. Na espécie, o contexto errático em que foi celebrada a minuta daquele Aditamento/2005 levou o Ministro dos Transportes, no exercício de sua competência (arts. 19 e 20, *caput* e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967) a determinar a suspensão imediata de sua publicação.

591. Destaca a inaplicabilidade do art. 1º, §10º, da Lei nº 9.467/97, uma vez que não se discute, *in casu*, a validade de um acordo ou transação realizada, em juízo, mas a revisão das bases de um contrato administrativo.

592. Nessa linha, aponta que a autonomia da CODESP, enquanto sociedade de economia mista, não lhe confere poderes soberanos no âmbito da Administração Pública. Por tal motivo, um instrumento contratual que veicule acordo desta natureza só adquire plena vigência e eficácia após a aprovação superior, do Ministro de Estado competente, com a publicação de sua ementa no Diário Oficial da União, na forma do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, em observância, ainda, ao princípio da publicidade, previsto no art. 37 da CF.

593. Assim, havendo previsão legal expressa quanto à necessidade de publicação do instrumento no Diário Oficial, não se pode cogitar a produção de seus efeitos enquanto o referido requisito não for satisfeito, como lembra o parecer do Prof. Eduardo Talamini (doc. L35-77).

594. Afirma que, na ausência de publicação resumida do Aditamento/2005, não há falar em concretização de nova relação jurídica, válida e eficaz, entre as Partes e perante terceiros, como igualmente refere o Prof. Eduardo Talamini (doc. L35-77).

595. Diante do exposto, pede que se julgue improcedente o pedido das Requerentes.

Alegações da União

596. Sobre a publicidade do Aditamento/2005, a União afirma que o parágrafo único, do art. 61, da Lei nº 8.666/1993, não faz referência a terceiros. Na realidade, a norma constitui regra especial sobre contratos públicos, que afasta a aplicação, aos contratos administrativos, do art.135 do Código Civil de 1916 e do art. 221 do Código Civil de 2002. Ademais, afirma que tal publicação configura um desdobramento tanto do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CF), quanto da regra de obrigatoriedade da licitação (art. 37, inciso XXI, e 175, *caput*, da CF).

597. Explica que os contratos administrativos, ao contrário dos privados, nos quais há liberdade de forma (art. 107 do CC), devem obedecer ao rito de formação regulado em lei, razão pela qual o contrato administrativo verbal é proibido, salvo para pequenas compras de pronto atendimento (art. 60, da Lei nº 8.666/1993). Argumenta que à maior importância da forma corresponde maior rigor nas consequências para seu descumprimento, o que explica constituir a publicação do extrato uma condição de eficácia do contrato para as próprias

partes, e não apenas para terceiros. Neste sentido, já teria decidido o STJ (doc. U-33)⁵².

598. Esclarece, ainda, que a atuação do Ministro de Estado dos Transportes, consubstanciada no Ofício n 3154/GM/MT, de 09.11.2005 (doc. U-36), não se qualifica como simples autorização prévia para a celebração de Termo Aditivo por entidade da Administração Pública indireta. Na verdade, o Ministro tomou conhecimento das denúncias relacionadas ao Aditamento/2005 por meio de representação oferecida por diretores da CODESP, empresa estatal sujeita à sua supervisão e controle, e decidiu sustar o ato antes que produzisse quaisquer efeitos jurídicos.

599. Explica, ainda, que a falta de publicação de extrato do Aditamento/2005 foi consequência desta sustação determinada pelo Ministro de Estado. Revela que a Libra teve oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, mas a decisão ministerial foi mantida pelo Ofício nº 359/GM/MT, de 08.02.2006 (doc. U-37). A manutenção da decisão equivaleria, segundo a União, à anulação do referido Aditamento/2005, tendo em vista representou acolhimento de impugnação à sua validade, nos termos do art. 54, § 2º, da Lei nº 9.784/1999.

600. Segue explicando que a descentralização administrativa, mediante a criação de empresas estatais, não significa que a Administração Pública teria aberto mão de comandar as entidades descentralizadas. Ao contrário, o modelo administrativo brasileiro, como se infere do art. 84, II, da CF, atribuiu ao Presidente da República e aos Ministros de Estado a direção superior de toda a Administração Federal, e não apenas da Administração Direta.

601. Neste contexto, o ato praticado pelo Ministro dos Transportes se qualifica como exercício do poder de supervisão ministerial sobre a Administração

⁵² Menciona ainda outro precedente do STJ, no qual a publicação intempestiva do extrato de termo aditivo teria sido considerada elemento para configuração de improbidade administrativa (doc. U-34) e esclarece que o STJ só teria aceitado desconsiderar a falta de publicação de contrato que foi efetivamente executado por ambas as partes (doc. U-35).

Pública Indireta, previsto no art. 87, paragrafo único, I, da CF. Este poder de supervisão abrange o controle de todas as atividades desenvolvidas pelas empresas estatais, inclusive das sociedades de economia mista, conforme os arts. 19, 20, 25, inc. I e VIII, 26, paragrafo único, e 27, paragrafo único, do Decreto-lei nº 200/1967.

602. Assim, afirma que o poder de supervisão ministerial abrange o de sustar ou anular atos praticados ou contratos celebrados pela entidade supervisionada sempre que contrariarem a legislação. Neste sentido, a melhor interpretação do Decreto-lei nº 200/1967, consolidada conforme o Parecer CGR L-084/1975 (doc. U-38), aprovado pelo Presidente da República em 28.11.1975, com caráter vinculante.

603. No caso concreto, diz que a falta de publicação do extrato do Aditamento/2005 não decorreu de inércia ou omissão da CODESP, mas sim de ato praticado pelo Ministro de Estado dos Transportes, no exercício de seu poder legal e constitucional de supervisão das entidades vinculadas à sua pasta. Tal ato, segundo alega, negou validade ao referido Aditamento/2005. O controle ministerial garantiu a observância do ordenamento jurídico, uma vez que a eficácia do Aditamento/2005, de acordo com a União: (i) violaria o art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.469/1997, que exige a autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência esteja relacionado o tema litigioso para a celebração de acordo pela União, ainda que na qualidade de assistente, como nos processos judiciais que opunham Libra e CODESP; e (ii) violaria a equação econômica do contrato, conforme já exposto.

604. Além disso, explica que no direito administrativo, qualquer ato de autoridade que negue a validade a ato ou contrato administrativo caracteriza a sua anulação, independentemente da denominação ou da forma do ato, como prevê o art. 54, §2º, da Lei nº 9.794/1999. Ademais, como decorreram apenas alguns meses entre a celebração do Aditamento/2005 e a sua sustação, o poder

de anulação foi exercido dentro do prazo decadencial previsto no art. 54 da referida Lei.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

605. Conforme se infere do relato fático apresentado, as Partes não disputam que o Aditamento/2005 (doc. L35-15) foi assinado em seguida a tratativas para a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, mas que jamais foi publicado, em razão de ato de sustação praticado pelo Ministro de Estado dos Transportes.

606. Libra defende que a ausência de publicação não afastou a validade e a eficácia do Aditamento/2005, razão pela qual requereu ao Tribunal Arbitral declaração no sentido de que as cláusulas ali ajustadas são eficazes desde a data da assinatura do referido Aditamento/2005. Cumpre examinar, assim, qual o efeito decorrente da ausência de publicação extrato do contrato administrativo na Imprensa Oficial.

607. Dispõe o art. 61, parágrafo único da Lei 8.666/93 (grifos nossos):

*"Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. Parágrafo único. **A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia**, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei."*

608. Como se nota, a Lei de Licitações é expressa ao estabelecer a publicação como condição indispensável à eficácia do contrato. Trata-se de relevante manifestação do princípio da publicidade, que rege toda a Administração Pública, como dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da

República. A questão controvertida não se coloca, pois, no plano da validade, mas no plano da eficácia do Aditamento/2005.

609. É indiferente, assim, que se perquiria a validade do Aditamento/2005. Isso porque, ainda que se concluísse pela validade da sua celebração, não há dúvida – à luz da lei de regência (art. 61, § 1º, da Lei 8.666/93) – de que o Aditamento/2005 não poderia produzir seus efeitos próprios enquanto pendente de publicação. A eficácia que decorre da publicação não é apenas aquela devida para produção de efeitos perante terceiros, de que trata, por exemplo, o art. 221, *caput*, do Código Civil, como alegado pelas Requerentes. Trata-se da produção de todo e qualquer efeito próprio do ato administrativo, inclusive *inter partes*. A Lei expressamente estabeleceu a publicação como requisito indispensável para toda e qualquer eficácia do contrato administrativo e de seus aditamentos.

610. O Tribunal Arbitral não tem o poder de conferir eficácia a um contrato administrativo não publicado, pois, fazendo-o, estaria a julgar *contra legem*, em afronta a requisito legal expresso. Como já se observou, a presente Arbitragem é de direito, e é obrigação do Tribunal Arbitral aplicar o direito brasileiro vigente. Se a lei exige a publicação para a eficácia do aditamento contratual, não pode o Tribunal Arbitral dispensá-la.

611. Tampouco é dado ao Tribunal Arbitral julgar a legalidade do ato discricionário de sustação da publicação (doc. L-35-16), decorrente da supervisão ministerial exercida pelo Ministro de Estado de Transportes. Trata-se de poder-dever fundado em previsão constitucional (art. 87, inc. I, da CF), por meio do qual o Ministro de Estado exerce controle administrativo sobre as entidades integrantes da Administração Pública Indireta vinculadas ao seu Ministério. Tal controle não se traduz, propriamente, em subordinação hierárquica, dada a autonomia e independência das entidades da Administração Pública Indireta. Antes, constitui controle finalístico, relacionado ao objetivo das atividades desenvolvidas pelo ente da Administração Pública indireta.

612. Em suma, não se pode colocar Libra no estado em que se encontraria se o Aditamento/2005 tivesse sido publicado, pois isso significaria conferir efeitos a um contrato administrativo que a lei expressamente aponta como ineficaz. Pelos mesmos motivos, o Tribunal Arbitral também não pode cindir a eficácia do Aditamento/2005, sob pena de violar o art. 61, parágrafo único da Lei 8.666/1993.

613. De outro lado, tratando-se de contrato administrativo, não há como pretender aplicar as normas do Código Civil dirigidas à regência dos contratos entre particulares, como sustenta Libra. O contrato privado não depende de publicação para que surta efeitos.

614. A Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, conforme o art. 37 da Constituição Federal. Se a lei de regência não reconhece eficácia ao contrato administrativo não publicado, não pode o julgador afastar tal exigência, como se se tratasse de um contrato privado. Enquanto as relações privadas são pautadas pela ampla liberdade, vedando-se apenas o que é pela lei proibido, nas relações com a Administração, a pauta é a lei. Ao contrato administrativo não publicado, a lei não reconhece eficácia, vedando, portanto, que produza quaisquer efeitos.

615. Assim, a ausência de publicação do Aditamento/2005, determinada por ato discricionário do Ministro de Estado de Transportes ainda vigente, torna o referido Aditamento/2005 ineficaz, à luz do art. 61, § 1º, da Lei 8.666/93, o que leva o Tribunal Arbitral a julgar o pedido improcedente.

Pleito Reconvencional:

616. Primeiramente, CODESP explica ser uma sociedade de economia mista, com participação societária majoritária da União Federal, e vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. É também a responsável pela operação, administração e fiscalização do Porto de Santos. Esclarece que os fatos

que deram origem à presente Arbitragem remontam ao Programa de Modernização dos Portos instituído pela Lei nº 8.630/93.

617. Por meio deste Programa, as instalações portuárias localizadas dentro do porto organizado, isto é, as áreas públicas nas quais a União desempenha as funções previstas no art. 21, XII, "d" e "f", da CF, até então exploradas por concessionárias estatais como a CODESP, seriam arrendadas à iniciativa privada, que teria o poder-dever de reformá-las, ampliá-las e explorá-las. Assim, as antigas concessionárias estatais passaram a ter não apenas a atribuição de gerir e fiscalizar o porto, mas também de celebrar contratos de arrendamento, mediante licitação, com empresas privadas. Neste contexto foi que as Partes firmaram os Contratos em litígio nesta Arbitragem.

618. Assinala, ainda, que as suas pretensões têm por fundamento o Contrato T-35 firmado entre as Partes.

Dos valores inadimplidos⁵³

Alegações da CODESP

619. CODESP pretende cobrar a integralidade dos valores devidos pelas Requerentes pelo arrendamento do Terminal 35. Sua pretensão funda-se nas cláusulas editalícias e contratuais que impõem à arrendatária a obrigação de arcar com a remuneração mensal do arrendamento, conforme itens 117, 120 do Edital e cláusulas 11^a, 12^a e 13^a do Contrato 32/98.

620. As Requerentes, contudo, deixaram de honrar a integralidade dos pagamentos contratualmente estipulados na forma, no prazo e nos montantes devidos, invocando, para tanto, suposto desequilíbrio econômico-financeiro,

⁵³ Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 35/39, das Alegações Iniciais da CODESP; nas págs. 40/42 das Alegações Iniciais da União; nas págs. 16/26 da Resposta das Requerentes T-35; nas págs. 10/22 da Réplica da CODESP; nas págs. 44/48 da Réplica da União; e nas págs. 79/83 das Alegações Finais da CODESP.

originado por alegados inadimplementos imputáveis à CODESP e por outros fatores.

621. Defende que as Requerentes não estavam autorizadas a efetuar pagamentos a menor, como o fizeram, eis que inaplicável à hipótese a regra do Código Civil acerca da “exceção do contrato não cumprido” e inexistente o alegado desequilíbrio contratual por fatores externos.

622. Lembra que o Contrato T-35 rege-se pelo direito público, sendo aplicáveis, apenas supletivamente, as disposições de direito privado e os princípios gerais do direito (cf. cláusula 44ª do Contrato⁵⁴). Assim, alega que os contratos administrativos são informados pelos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita. Diz, ainda, que a *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser alegada de forma ampla, como nos contratos privados, mas apenas nos casos expressamente previstos em lei, mais precisamente nos incisos XIV a XVII, do art. 78, da Lei nº 8.666/93, e que não se caracterizam na espécie. Nesse mesmo sentido, destaca o art. 39, da Lei nº 8.987/95 e o art. 31 da Resolução nº 2240 da ANTAQ.

623. No âmbito administrativo, frisa dois eventos que marcaram a vida do Contrato T-35: a decisão do TCU que anulou o Contrato 48/98, substitutivo do Contrato 32/98, com base em que o contrato substituto teria alterado as condições da proposta feita durante a licitação (doc. C-39, pg.11) e a decisão do Ministro de Estado de Transportes, que ordenou por duas vezes a sustação de tratativas entre as Partes que alteravam as bases contratuais, desviando-se das condições da proposta (docs. C-70 e C-74).

⁵⁴ "CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA QUARTA - DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

Este Contrato regular-se-á pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de direito privado.

Parágrafo Único

O Contrato de Arrendamento deve ser fielmente executado pelas partes, respondendo, cada uma, pelas consequências de sua inexecução parcial ou total."

624. No âmbito judicial, destaca três decisões contrárias ao pleito de reequilíbrio das Requerentes e à aplicação da *exceptio*⁵⁵. Lembra, ainda, que a jurisprudência do TCU é pacífica sobre a possibilidade de repactuação do contrato por desequilíbrio, desde que comprovada, mas não admite a suspensão unilateral das obrigações contratuais pelo particular⁵⁶.

625. Em Réplica, ressalta que tais sentenças foram confirmadas em segunda instância, julgando-se integralmente improcedentes os pleitos das Requerentes, eis que inexistente qualquer descumprimento contratual pela CODESP ou eventos supervenientes e imprevisíveis aptos a justificar, *in casu*, a exceção do contrato não cumprido ou a revisão contratual (doc. C-131).

626. Registra que a cláusula 12ª da minuta contratual, invocada por Libra, não foi integralmente reproduzida no Contrato T-35, em razão da carência zero por ela proposta. Assim, a cláusula 12ª do Contrato T-35 previu, apenas, o início dos pagamentos a partir da comunicação da disponibilidade da área pela CODESP – o que teria ocorrido em 25.6.1998 (doc. C-124). Aponta que este, inclusive, foi um dos motivos que teria levado o TCU a anular o Contrato 48/98 (doc. C-39, pg. 39/40).

627. Anota, ainda, que a medida liminar referida por Libra não fixou os valores supostamente devidos pelo arrendamento, mas tão-somente determinou que a CODESP se abstinhasse de "*praticar qualquer ato que dificulte, prejudique ou impeça a execução do Contrato de Arrendamento do Terminal 34/35 do Porto de Santos*", enquanto pendente de julgamento as ações judiciais em questão (doc. C-26). Além disso, indica que outra decisão judicial, de 15.8.2000, reduziu os

⁵⁵ A primeira teria sido a decisão do TJSP cassando a liminar que havia reduzido os pagamentos pactuados no Contrato. A segunda e a terceira teriam sido as sentenças que julgaram improcedentes as ações cautelares e ordinárias ajuizadas pelas Requerentes visando à declaração do direito de aplicação da cláusula de execução do contrato não cumprido, cf. § 144, das Alegações Iniciais da CODESP.

⁵⁶ A jurisprudência do TCU permite a alteração do contrato, motivada pelo desequilíbrio econômico-financeiro, em situações excepcionais, nunca se posicionando pela suspensão da sua execução (Acórdãos 1563/2004-TCU-Plenário; 3495/2012-TCU-Plenário; 926/2011-TCU-2ª Câmara; 7/2007-TCU-1ª Câmara; 2861/2009-TCU-1ª Câmara; 3024/2013-TCU-Plenário; 3393/2013-Plenário; 1466/2013-Plenário; 2164/2015-TCU-Plenário), cf. § 145 e nota de rodapé 111, das Alegações Iniciais da CODESP.

preços do arrendamento para R\$ 1,43/m² e R\$ 8,00/contêiner movimentado. Tal decisão vigorou por apenas 2 meses, tendo sido revogada pelo TJSP em 25.10.2000.

628. Reitera a ineficácia do Aditamento/2005, a ausência de qualquer descumprimento contratual por parte da CODESP e a inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido na espécie, ainda que fosse ela autorizada, de modo amplo, em contratos administrativos.

629. Frisa que o Contrato T-35 foi expresso, na cláusula 44^a, em estabelecer a aplicação às Partes e ao contrato dos preceitos e regras de direito público, sendo as de direito privado aplicáveis apenas de modo supletivo. De igual modo, o art. 66 da Lei nº 12.815/13 (Lei dos Portos) é claro ao dispor sobre a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, em sintonia com o entendimento do TCU sobre o regime de exploração do serviço portuário (doc. U-20).

630. Aponta que o STF decidiu ser a CODESP ente incumbido da prestação de "típico serviço público", o que afasta, também por esse aspecto, a aplicação da *exceptio* invocada por Libra. Conforme apontado no Parecer do Professor Anderson Schreiber (doc. C-117), tratando-se de contrato administrativo, regido pelo direito público, o instituto tem aplicação restrita.

631. Deste modo, reforça que, de um lado, a regra prevista no art. 476 do Código Civil não poderia ser invocada em desfavor da CODESP e, de outro, os incisos XIV e XV do art. 78, da Lei nº 8.666/93 seriam inaplicáveis ao caso concreto.

632. Ademais, no contexto dos contratos administrativos, por força do princípio da legalidade estrita e para garantir a continuidade do serviço público prestado pela CODESP, o silêncio da Lei 8.666/93 – e também o da Lei 8.987/95 e o da Resolução nº 2240 da ANTAQ – traduziria verdadeira vedação à suspensão unilateral, pelas Requerentes, de suas obrigações contratuais.

633. Em relação à cláusula 33ª do Contrato T-35, alega que não se produziu qualquer “fato da administração” que justificasse a inexecução do Contrato. De todo modo, a Libra não se desincumbiu do ônus de comprovar sua ocorrência, como exigido pela referida cláusula, e nem poderia fazê-lo, dado que a CODESP cumpriu integralmente com as obrigações editalícias, contratuais e legais que lhe cabiam.

634. Por fim, ressalta que a Libra era a única responsável pelas projeções e dados que embasaram a sua proposta (cf. cláusula 23ª do Contrato T-35 e itens 73 e 100, “2”, do Edital 12/97 e Parecer do Prof. Carlos Ari Sundfeld doc. C-125).

635. Diante do exposto, ressalta que as Requerentes vêm descumprindo o dever de pagar integralmente o arrendamento objeto do Contrato T-35 nos últimos 20 (vinte) anos. Assim, requer a condenação das Requerentes ao pagamento de todo o saldo devedor em aberto, calculado com base nos valores de arrendamento fixados no Contrato, acrescidos de juros e correção até a data do efetivo pagamento, sendo apenas descontadas as parcelas já pagas pelas Requerentes. Pede, também, sejam elas condenadas ao pagamento de multa por descumprimento contratual, em percentual a ser fixado pelo Tribunal Arbitral, incidente sobre cada uma das parcelas inadimplidas, nos termos da cláusula 34ª do Contrato 32/98.

636. Ressalta que a multa contratual prevista na referida cláusula é de até 2% (dois por cento) do valor anual da remuneração vigente na ocasião do inadimplemento, em razão de “*infração ou não atendimento de qualquer dispositivo ou exigência contratual*”, motivo pelo qual a CODESP requer a fixação do percentual devido, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e a sua incidência sobre cada uma das parcelas inadimplidas.

Alegações da União

637. Primeiramente, a União explica a natureza e as regras aplicáveis aos contratos firmados com a Administração Pública e destaca que os de arrendamento portuário constituem contratos administrativos típicos, regidos pelo direito público.

638. Afirma que os contratos de arrendamento de instalações portuárias, como é o caso dos Contratos objeto desta Arbitragem, deveriam ser considerados como uma espécie do gênero "contrato de concessão de serviços públicos" (docs. U-20 e U-22/25), regidos pelas normas de direito público, entre elas a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 8.666/1993, além da legislação setorial.

639. Sendo assim, os contratos de arrendamento se submetem a um regime jurídico próprio, de direito público, em que seus termos são definidos pela Administração Pública no respectivo edital de licitação, em conjunto com a proposta ofertada pelo licitante vencedor. É isso que define a relação entre encargos e vantagens das partes, a perdurar por toda a relação contratual.

640. Em seguida, a União trata do alegado crédito da CODESP. Aduz que, logo após a celebração do Contrato 32/98, a Libra teria começado a descumprir de forma reiterada as obrigações pecuniárias que assumira e que montam a valores relevantes, conforme planilha de cálculo apresentada (doc. U-28).

641. Lembra que, nos termos da cláusula 12ª do Contrato 32/98 (doc. U-6), a Libra deveria pagar a "remuneração do arrendamento" até o 5º dia útil a partir da apresentação das faturas pela CODESP. No caso de atraso no pagamento, o §7º da referida cláusula contratual estabelece que "*o débito apurado será acrescido do valor correspondente à variação TR 'pro-rata', mais juros de 1% (um por cento) ao mês, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo das demais penalidades previstas*".

642. Sendo assim, sem considerar os valores parciais já pagos pela Libra, e considerando apenas o período de arrendamento até a celebração, em 02.09.2015, do Aditamento/2015 ao referido Contrato (doc. U-18), no qual foram fixados valores provisórios de arrendamento, a quantia devida por Libra à CODESP monta a R\$ 2.786.309.381,90 (dois bilhões setecentos e oitenta e seis milhões trezentos e nove mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa centavos), atualizada em 31.08.2017.

643. Além disso, por ter descumprido o Contrato T-35, Libra deve pagar a multa prevista na cláusula 34ª do Contrato 32/98 (doc. U-6), segundo a qual *“a arrendatária, deixando de cumprir quaisquer cláusulas deste Instrumento Contratual ou infringindo disposições legais vigentes, estará sujeita à multa de 2% (dois por cento) do valor anual da remuneração do arrendamento, vigente na ocasião do inadimplemento (...) pela infração ou não atendimento de qualquer dispositivo ou exigência contratual”*.

644. Alega que o já mencionado Aditamento/2015 ao Contrato 32/98 estabeleceu valores provisórios de arrendamento, com base no art. 13 do Decreto 8.465/2015, os quais deveriam, por expressa previsão contratual (§2º, da cláusula 7ª, do Aditamento/2015), ser substituídos por valores definitivos com base nesta Sentença Arbitral, *“sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da decisão arbitral”*.

645. Registra que, não havendo evento pretérito à celebração do Aditamento/2015 que justifique o reequilíbrio do Contrato em favor de Libra, os valores provisórios de arrendamento, fixados com base em contratos similares, conforme determina o art. 13 do Decreto 8.456/2015, estariam aquém do que seria realmente devido pela arrendatária com base na sua proposta apresentada na licitação. Ou seja, segundo a União, a arrendatária vem pagando, desde a celebração do Aditamento/2015, valores de arrendamento (provisório) inferiores ao que deveria estar pagando com base em sua proposta vencedora da licitação.

646. Por conseguinte, a Sentença Arbitral também deve estabelecer os valores definitivos de arrendamento com base na equação econômico-financeira original do contrato, baseada nas condições editalícias e na proposta apresentada pela licitante vencedora, os quais devem retroagir à data da vigência do Aditamento/2015 (doc. U-18). Libra deve ser condenada a pagar à CODESP a diferença entre o que pagou a título provisório e o que venha a ser considerado o "valor definitivo", com base na Sentença Arbitral, acrescido de correção monetária, juros e multa conforme previsto no Contrato.

647. Em Réplica, reitera que a proposta da Libra teria sido agressiva, tendo valor global substancialmente maior que a segunda colocada, e superior a quatro vezes o valor global ofertado pelas outras três concorrentes. Diz que todas as licitantes derrotadas eram empresas experientes no ramo portuário e conhecedoras das potencialidades do Terminal 35.

648. Esclarece que os termos da PME de Libra não poderiam gerar obrigações à CODESP que já não estivessem no Edital 12/97 e que o ato administrativo de classificação da PME da Libra pela comissão de licitação não teria o condão de realocar para a CODESP o risco da não concretização das projeções ali incluídas pela licitante. Ademais, a aceitação eventual de novas condições contratuais precisaria ser incorporada ao edital para que os demais licitantes as levassem em conta, com reabertura de prazos (art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993). Essa seria a única forma de evitar o falseamento da competição decorrente da comparação entre propostas com objetos distintos.

649. Nega que ter havido qualquer confissão por parte da CODESP ou da Administração Pública. Por eventualidade, se o Tribunal Arbitral entender o contrário, invoca o art. 350 do Código de Processo Civil de 1973 ou o art. 391 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelecem que a confissão feita por um dos litisconsortes não prejudica os demais.

650. Alega que a cláusula 12ª do Contrato T-35, objeto de decisão do TCU no Acórdão 392/2002-Plenário (doc. U-08), não foi atacada por Libra em qualquer das ações judiciais que precederam a Arbitragem, tendo ocorrido, desde 2007, a prescrição quinquenal da respectiva pretensão (cf. art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932). Portanto, em virtude da prescrição, as determinações constantes deste acórdão seriam indiscutíveis no presente procedimento arbitral e as obrigações de pagamento assumidas pela Libra no Contrato T-35 seriam exigíveis desde a sua celebração.

651. A União reitera, ainda, os argumentos da CODESP sobre a “exceção do contrato não cumprido”.

652. Explica que a remuneração percebida pela Autoridade Portuária pelo arrendamento é indispensável para que cumpra suas obrigações de manutenção e aperfeiçoamento da infraestrutura portuária comum a todos os terminais. Portanto, o inadimplemento pela arrendatária ameaça a continuidade do interesse público, sobretudo na extensão significativa que teria ocorrido no T-35, estando presente, assim, a razão para afastar a alegada exceção do contrato não cumprido.

653. Ainda que assim não fosse, argumenta não ter ocorrido inadimplemento por parte da CODESP. Sendo assim, defende não haver fundamento para acolher a exceção do contrato não cumprido, e se fosse o caso, poderia a CODESP invocá-la, já que o inadimplemento da arrendatária se iniciou já no primeiro mês de vigência do Contrato T-35.

654. Diante do exposto, requer a condenação em favor da CODESP, em relação ao período de arrendamento encerrado a partir da vigência do Aditamento/2015 (doc. U-18), na quantia de R\$ 2.786.309.381,90 (dois bilhões setecentos e oitenta e seis milhões trezentos e nove mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa centavos), atualizada com juros e correção monetária até o dia 31.08.2017, e acrescida de multa a ser estabelecida pelo Tribunal Arbitral com

base na cláusula 12ª do Contrato 32/98. Deverão ser abatidos dos valores parciais já pagos por Libra, a serem apurados na fase de liquidação prevista no Termo de Arbitragem. Por fim, deve ser declarado pelo Tribunal Arbitral que, não havendo justa causa para o reequilíbrio econômico-financeiro em favor de Libra, resta mantida a equação econômico-financeira original do Contrato.

Alegações das Requerentes

655. Primeiramente, as Requerentes esclarecem que a proposta da Libra T-35 não foi agressiva ou irreal, e que as demais licitantes não teriam levado em consideração o crescimento esperado da movimentação de contêineres no Porto de Santos, concretizado no período de 1998/2015 (docs. L35-02 e 09). Dizem que a MMC proposta pela Libra-T35 era compatível com o potencial esperado para o Terminal 35 e poderia ter sido cumprida, caso a configuração e, conseqüentemente, a competitividade do Terminal fossem as indicadas no Edital 12/97 (docs. L35-09, 48 e 79).

656. Registram, mais uma vez, que, a partir de novembro de 2005, a integralidade dos valores estipulados no Aditamento/2005 foram liquidados pela Libra T-35. Explicam que a previsão de carência zero da proposta Libra T-35 não afastou a previsão da cláusula 12ª da minuta do Contrato anexa ao Edital 12/97, segundo a qual o pagamento do arrendamento só teria início quando a CODESP (i) aprovasse o Projeto Executivo definitivo; ou (ii) disponibilizasse a totalidade da área arrendada do Terminal 35 – o que por último ocorresse, que, neste caso, teria sido a aprovação do Projeto Executivo, em 12.11.1998.

657. Em relação aos documentos apontados como relevantes pela CODESP, alegam que: (i) o Acórdão do TCU apenas teria opinado pela impossibilidade de substituição do Contrato T-35 e, em sua obediência, foi celebrado um Aditivo ao Contrato T-35, para corrigir alguns pontos que discordavam do Edital 12/97; (ii) mesmo se o referido Acórdão tivesse julgado o mérito das matérias, essa decisão poderia, a qualquer tempo, ser revista pelo Poder Judiciário ou, no presente caso,

pelo Tribunal Arbitral; e (iii) o Grupo Libra e a CODESP decidiram extinguir as ações judiciais, a fim de trazer a matéria litigiosa para julgamento por este Tribunal Arbitral; logo as sentenças apontadas pela CODESP seriam irrelevantes, até porque a Libra T-35 obteve antecipação dos efeitos da tutela recursal nas apelações interpostas contra estas sentenças no TRF da 3ª Região (doc. L35-87).

658. Nesse sentido, aludem ao Parecer do Ministro Antonio Cezar Peluso (doc. L35-86), que teria reconhecido a nulidade das referidas sentenças, e ressaltam que operaram legalmente no T-35, pagando sempre os valores incontroversos.

659. Sobre o desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato T-35, fazem remissão às suas alegações e provas discutidas acima em relação aos seus próprios pleitos.

660. Defendem que o desequilíbrio resultante de alegados descumprimentos da CODESP teria sido ainda mais nocivo à Libra T-35, caso não reconhecida, em seu favor, a "exceção do contrato não cumprido". Isso obrigaria a Libra a efetuar o pagamento de 100% (cem por cento) do preço de arrendamento a despeito do seu direito à revisão do contrato, em razão do desequilíbrio.

661. Acrescentam que a CODESP, no âmbito do Contrato T-35, age como sociedade privada, e não poderia receber tratamento diferenciado em relação às obrigações contratuais que ajustou. Neste sentido, fazem referência ao art. 173, §1º, II, da Constituição Federal e citam doutrina. Sendo assim, sustentam que a CODESP não goza de prerrogativas ou privilégios que justifiquem exigir, no caso de inadimplemento seu ou de desequilíbrio do Contrato, o cumprimento integral das obrigações da Libra T-35.

662. Neste cenário, defendem que o princípio de exceção do contrato não cumprido estaria acolhido pelo art. 78, incisos XIV e XV, da Lei nº 8.666/93,

sendo obstada apenas a interrupção da prestação de serviço pela arrendatária, o que não teria ocorrido no caso. Este seria o entendimento da melhor doutrina.

663. Ademais, afirmam que, à luz do entendimento da doutrina, os arts. 39 da Lei 8.987/95 e 31 da Resolução nº 2240 da ANTAQ não vedam a aplicação da *exceptio* ao presente caso.

664. Destacam que o art. 14 da Resolução nº 2240 da ANTAQ estabelece a aplicação supletiva da "*teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado*", o que constitui razão adicional para aceitar a *exceptio*. A mesma previsão encontra-se na cláusula 44ª do Contrato T-35 e no art. 4º do Decreto 4.391/2002.

665. Notam que a Libra T-35 não interrompeu a prestação de serviços, mantendo-a na medida das possibilidades existentes no Terminal T-35, o que, a seus olhos, viabiliza a aplicação da *exceptio*.

666. Finalmente, alegam que os acórdãos do TCU não se aplicam nesta Arbitragem, pois lidam com situações diversas. Além disso, a cláusula 33ª do Contrato T-35 exoneraria a Libra T-35 de qualquer responsabilidade pelo atraso no cumprimento dos cronogramas físicos de execução das obras ou serviços, se a inexecução fosse resultante de "fato da administração".

667. Diante do exposto, afirmam não haver fundamento jurídico a desautorizar a aplicação da "exceção de contrato não cumprido" e requerem seja rejeitada a pretensão da CODESP, inclusive a aplicação de multa por descumprimento contratual.

668. Subsidiariamente, aduzem que tal penalidade deveria se ater à disposição da cláusula 34ª do Contrato T-35, ou seja, ao limite de 2% (dois por cento), não havendo fundamento para sua fixação em montante superior. Em qualquer hipótese, ressalta que o Tribunal Arbitral deve atentar para a norma do

art. 413 do Código Civil, levando-se em consideração o cumprimento da obrigação por Libra T-35, assim como o caráter manifestamente excessivo resultante da aplicação da multa.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

669. É incontroverso que Libra deixou de realizar o pagamento da integralidade do preço ajustado durante toda a vigência do Contrato. Para tanto, invocou, em diversas ações judiciais, os alegados descumprimentos de CODESP e as situações de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Bem por isso, a defesa de Libra é fundada na aplicação da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil.

670. O Tribunal Arbitral entendeu, nesta Sentença Arbitral, ao analisar os pedidos principais: (i) que não houve qualquer descumprimento do Contrato por parte da CODESP, (ii) que não se caracterizou o desequilíbrio econômico-financeiro do arrendamento e (iii) que a relação contratual entre as Partes é integralmente regida pelos termos do Contrato 32/98, ao menos até a assinatura do Aditamento/2015 (doc. U-18), pois o Aditamento/2005 não gerou efeitos.

671. Sendo assim, afigura-se forçoso reconhecer: (i) a obrigação de Libra de cumprir suas obrigações pecuniárias tal como ajustadas originalmente; (ii) o inadimplemento da obrigação de pagamento a cargo de Libra; e (iii) que, independentemente de ser invocável ou não, em tese, a exceção de contrato não cumprido em contratos administrativos, não estão presentes os requisitos para a sua aplicação no caso concreto.

672. Desse modo, Libra deve pagar à CODESP a diferença entre o que era devido por força do Contrato e o que foi adimplido, com os devidos acréscimos contratuais e legais. A obrigação se estende desde o início da vigência do Contrato 32/98.

673. No período posterior ao Aditamento/2015, a diferença é entre os valores provisórios lá fixados e os valores correspondentes ao preço efetivamente devido.

674. A Sentença Arbitral definitiva deverá indicar o valor devido do arrendamento a partir da unificação contratual promovida com o Aditamento/2015. Ora, considerando que o Tribunal Arbitral rejeitou todos os pedidos de reequilíbrio contratual das Requerentes, daí decorre que o preço do arrendamento do Terminal 35 deve permanecer o mesmo do Contrato original, com as correções e atualizações devidas de acordo com a própria contratação.

675. Como não há motivo para a modificação, adaptação ou reequilíbrio do Contrato, devem ser mantidas as condições de preço da proposta original, refletidas no Contrato 32/98. Assim, a despeito da unificação contratual, os preços relativos à operação do Terminal 35 devem ser os mesmos previstos no Contrato 32/98, devidamente atualizados, tudo como vier a ser apurado na fase subsequente da Arbitragem.

676. O pedido de condenação solidária da Libra Terminais também deve ser acolhido. No Aditamento/2015 (doc. L35-20), a Libra Terminais, então arrendatária do Terminal 37, assumiu a responsabilidade também pelas eventuais dívidas passadas do Terminal 35. Neste ponto, veja-se o que dispôs o referido Aditamento/2015, em sua cláusula 2ª:

CLÁUSULA SEGUNDA – UNIFICAÇÃO CONTRATUAL

Os contratos DP/019.2000 e PRES 11/95 passam a integrar o CONTRATO PRES 032/98, ou CONTRATO UNIFICADO, que incorporará as áreas e instalações daqueles contratos, mediante procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, mantendo-se todas as demais disposições do CONTRATO PRES 032/98, no que não conflitar com o presente Termo Aditivo.

Parágrafo Primeiro

A LIBRA TERMINAIS assumirá a titularidade do CONTRATO UNIFICADO, adquirindo, neste ato, todos os direitos e obrigações, passadas e futuras, decorrentes dos contratos PRES 032/98, PRES 11/95 e DP/019.2000, incluindo eventuais obrigações decorrentes do COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo.

677. Para o cálculo do montante devido, devem-se observar as equações constantes do Contrato e abaixo reproduzidas:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DOS PREÇOS

Por força do presente Contrato, a ARRENDATÁRIA pagará à CODESP, observado o disposto na Cláusula Décima Terceira - Do Reajuste, os preços a seguir estipulados, que têm como data base o mês de abril/97, data de apresentação da PROPOSTA:

I) pelo arrendamento objeto do presente Contrato, parcelas mensais de:

$$R = aA + bX$$

onde:

R - valor da remuneração mensal do arrendamento, expresso em número inteiro, desprezadas as frações inferiores à unidade;

a - parâmetro igual a R\$ 5,00 (cinco reais) por metro quadrado e por mês ou fração;

A - área do terreno ocupada pelas instalações, em metros quadrados;

b - parâmetro em função da movimentação, que será de R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais) por contêiner;

X - movimentação mensal, em contêineres, conforme disposto na Cláusula Quinta deste Contrato;

II) pela utilização da infra-estrutura terrestre (Tabela II), considerada como IPUPE - INSTALAÇÃO PORTUÁRIA DE USO PÚBLICO ESPECIAL, incluindo cais, e os da infra-estrutura portuária (Tabela I), caso a ARRENDATÁRIA seja a requerente, bem como pela utilização dos demais serviços colocados, pela CODESP, à disposição da ARRENDATÁRIA, os itens constantes da Tarifa Portuária vigente à época, devidamente homologada pelo CAP - Conselho de Autoridade Portuária -, acrescidos dos respectivos adicionais, e de acordo com as normas da CODESP.

III) pelo ressarcimento das condições da área encontrarem-se superiores às de "Sítio Padrão", parcelas trimestrais de valor $W = R\$ 256.604,90$ (duzentos e cinquenta e seis mil, seiscentos e quatro reais e noventa centavos).

Parágrafo Terceiro

As Movimentações Mínimas Contratuais anuais - MMCs são as estabelecidas no "caput" da Cláusula Quinta, conforme carência definida na letra "e" da Cláusula Primeira deste Contrato, contadas a partir da data de disponibilização da área.

Parágrafo Quarto

A remuneração pelo arrendamento terá como base a fórmula prevista no "caput" desta Cláusula e será aplicada, observadas as respectivas etapas, da seguinte forma:

- I. Caso a movimentação da ARRENDATÁRIA esteja compreendida entre "0" (zero) e "1,0" (uma) MMC, inclusive:

$$R = (\text{_____ m}^2 \times a) + (MMC_m \times b)$$

- II. Caso a movimentação da ARRENDATÁRIA esteja compreendida entre a "1,0" (uma) MMC e "3,0" (três) MMC, inclusive:

$$R = (\text{_____ m}^2 \times a) + \frac{(-0,5M^2 + 3M - 0,5)}{2} \times MMC_m \times b$$

- III. Caso a ARRENDATÁRIA movimente quantidade superior a "3,0" (três) MMC:

$$R = (\text{_____ m}^2 \times a) + (2MMC_m \times b)$$

sendo:

a = preço a ser pago, mensalmente, por metro quadrado, conforme o disposto no inciso I do "caput" desta Cláusula;

MMC = movimentações mínimas contratuais anuais, conforme definidas no "caput" da Cláusula Quinta, observadas as etapas e anos de vigência do Contrato;

MMC_m = movimentações mínimas contratuais mensais, equivalentes a 1/12 (um doze avos) da MMC;

R = montante a ser pago, no mês em questão, pela ARRENDATÁRIA;

b = preço a ser pago por tonelada movimentada, conforme o disposto no inciso "I", do "caput" desta Cláusula;

M = número de movimentações mínimas contratuais realizadas no período.

$$M = \frac{Y}{MMC_m}$$

onde:

Y = movimentação média mensal verificada nos 12 (doze) meses compreendidos entre o 2º (segundo) e o 13º (décimo terceiro) meses anteriores ao mês em questão - constante ao longo do mês. Para os 12 (doze) primeiros meses após o término do período de carência, "Y" será igual à movimentação efetivamente realizada no mês em questão.

Parágrafo Quinto

As cargas baldeadas não serão contabilizadas para fins de remuneração do Arrendamento e nem para efeito de consecução da meta de Movimentação Mínima Contratual - MMC, incidindo sobre elas, uma única vez, as tarifas portuárias relativas à utilização da infra-estrutura aquaviária.

678. Os valores devem ser reajustados anualmente pelo IGP-M, nos termos da previsão de reajuste da cláusula 13ª do Contrato:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - DO REAJUSTE

Os valores indicados ou citados neste instrumento, serão reajustados:

1 - O da remuneração à CODESP, relativo ao arrendamento objeto deste Contrato, obedecida a legislação vigente, será reajustado de acordo com a variação do Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M), calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), pela aplicação da fórmula abaixo, com periodicidade igual a mínima definida na legislação:

$$V = R \frac{I - I_0}{I_0}$$

onde:

- V - o valor do reajustamento procurado;
- R - é o valor da remuneração do arrendamento, conforme PROPOSTA COMERCIAL da ARRENDATÁRIA;
- I₀ - é o índice inicial, correspondente ao mês da apresentação da PROPOSTA;
- I - é o índice relativo ao mês de reajuste.

2 - Os que remuneram os demais serviços prestados pela CODESP, inciso "II" da Cláusula Décima Primeira, nos mesmos índices aplicados à Tarifa Portuária e nas mesmas datas.

3 - O da parcela trimestral W, inciso "III" da Cláusula Décima Primeira, pela TJLP - Taxa de Juros de Longo Prazo, nos termos da Resolução Federal n.º 2.121, de 30-11-94, e suas alterações, do Banco Central do Brasil, com periodicidade igual à mínima definida na legislação.

Parágrafo Primeiro

Para os fins dos reajustes de que trata o "caput" desta Cláusula, são adotadas as seguintes definições:

- a) periodicidade: é o intervalo de tempo para aplicação do reajuste do valor do arrendamento;
- b) índice relativo ao mês de reajuste: é o IGP-M, calculado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, para o mês em questão;
- c) índice inicial: é o índice definido na alínea anterior, para efeito da fixação da data-base dos reajustes;
- d) data-base: é a data inicial para o cálculo da variação do índice de reajuste, ou seja, a data de apresentação da PROPOSTA.

679. Obtidos os valores devidos à época do respectivo vencimento, devem passar a incidir, na mesma data-base do vencimento, os encargos moratórios. No caso de atraso no pagamento, a cláusula 12ª, parágrafo segundo, do Contrato estabeleceu a aplicação da variação da taxa TR e juros de mora de 1% ao mês:

Parágrafo Segundo

Ocorrendo atraso na liquidação de qualquer obrigação pecuniária estabelecida neste Contrato, o débito apurado será acrescido do valor correspondente à variação da TR "pro-rata", mais juros de 1% (um por cento) ao mês, nos termos da legislação vigente, sem prejuízo das demais penalidades previstas neste Instrumento.

680. Além disso, a cláusula 34ª do Contrato previu a incidência de multa, em valor não superior a 2% (dois por cento) do valor do Contrato, em caso de infração contratual:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA - DAS PENALIDADES

A ARRENDATÁRIA, deixando de cumprir quaisquer cláusulas deste Instrumento Contratual ou infringindo disposições legais vigentes, estará sujeita à multa de até 2% (dois por cento) do valor anual da remuneração do arrendamento, vigente na ocasião do inadimplemento:

- a) por dia de atraso no prazo para a apresentação do projeto executivo e respectivas especificações técnicas à apreciação da CODESP;
- b) por dia de atraso no prazo para a conclusão das obras e entrada em serviço;
- c) pela infração ou não atendimento de qualquer dispositivo ou exigência contratual.

681. Ao ver do Tribunal, a multa no percentual de 2% (dois por cento) sobre os débitos inadimplidos mostra-se adequada à função da penalidade moratória, tendo em vista que a obrigação principal do Contrato foi reiteradamente descumprida por Libra, que opera no Terminal 35 há mais de 20 (vinte) anos e nunca pagou a integralidade do arrendamento segundo a proposta por ela mesma formulada.

682. Ademais, o Contrato permite a penalização de até 2% (dois por cento) do valor anual do arrendamento, e o Tribunal Arbitral está concedendo apenas 2% (dois por cento) sobre o saldo inadimplido, o que modula a multa com razoabilidade.

683. Sendo assim, deve ser apurada a diferença entre os valores devidos e aqueles que foram pagos, mês a mês, desde o início do Contrato até a vigência do Aditamento/2015. Sobre os montantes não pagos incidirá a variação da TR "pro rata" e juros de 1% (um por cento) ao mês, desde o momento em que cada parcela era devida e até o efetivo pagamento. Sobre o valor total será acrescida a multa de 2% (dois por cento). Os cálculos devem observar as cláusulas que estipulam o preço do arrendamento, antes reproduzidas. As Requerentes são solidariamente responsáveis pelo pagamento da condenação.

684. Desse modo, o Tribunal Arbitral julga o pedido da CODESP procedente para impor às Requerentes a condenação solidária no pagamento do preço, cujo valor será objeto de liquidação em fase posterior desta Arbitragem.

Da obrigação de prestar garantias⁵⁷

Alegações da CODESP

685. A CODESP expõe que as Requerentes também estariam inadimplentes em relação à obrigação de prestar caução, prevista na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98. Revela ajuizou execução da aludida obrigação, que foi embargada pelas Requerentes e, posteriormente, extinta em razão da celebração do Termo de Compromisso.

⁵⁷ Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 39/40, das Alegações Iniciais da CODESP; nas págs. 26/27 da Resposta das Requerentes T-35; e nas págs. 29/34 da Réplica da CODESP.

686. Ressalta que o oferecimento de caução pela arrendatária constitui condição precípua da manutenção da vigência do Contrato, representando o seu descumprimento falta grave capaz de ensejar a aplicação da multa prevista na cláusula 34ª do Contrato 32/98. Ademais, indica que tal obrigação persistiria, em razão do disposto na cláusula 14ª do Aditamento/2015 do Contrato 32/98,⁵⁸ datado de 02.09.2015 (doc. L37-95).

687. Sendo assim, pleiteia que as Requerentes sejam obrigadas a satisfazer imediatamente a obrigação estabelecida na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, tomando-se por base os Valores Provisórios estabelecidos no *caput*, das cláusulas 7ª⁵⁹ e 12ª⁶⁰, ambas do Aditamento/2015. Posteriormente, com a prolação da Sentença Arbitral Final, requer que o valor devido a título de caução seja reajustado, a fim de refletir os valores definitivamente fixados pelo Tribunal Arbitral, nos termos das cláusulas 7ª, parágrafo segundo⁶¹, e 10ª, parágrafo segundo,⁶² do Aditamento/2015.

688. Em Réplica, a CODESP pondera que, não obstante a Libra tenha prestado a caução a que alude a cláusula 42ª em relação ao período abrangido

⁵⁸ "CLÁUSULA DÉCIMA-QUARTA – RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e condições do CONTRATO PRES 32/98, e de seus respectivos instrumentos aditivos, no que não conflitarem com o presente Termo Aditivo e com as disposições legais vigentes."

⁵⁹ "CLÁUSULA SÉTIMA – VALOR DE ARRENDAMENTO

A ARRENDATÁRIA pagará à CODESP, em relação ao CONTRATO UNIFICADO, os seguintes valores de arrendamento: R\$ 4,39/m² (quatro reais e trinta e nove centavos por metro quadrado) e R\$ 32,64/contêiner (trinta e dois reais e sessenta e quatro centavos por contêiner movimentado), com data-base de junho de 2015."

⁶⁰ "CLÁUSULA DÉCIMA-SEGUNDA – DO VALOR DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

Atribui-se ao presente contrato o valor global estimado de R\$ 11.594.147.782,65 (onze bilhões, quinhentos e noventa e quatro milhões, cento e quarenta e sete mil setecentos e oitenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), valor com data base de junho de 2014, correspondente ao somatório de receita bruta da ARRENDATÁRIA estimado no EVTEA aprovado em 24 de agosto de 2015."

⁶¹ "Parágrafo Segundo

Considerando que as partes resolveram celebrar o COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo, para a solução de litígios relativos aos contratos PRES nº 32/98 e PRES/11.95, os valores de arrendamento indicados no caput desta cláusula foram fixados com base no § 6º do art. 13 do Decreto nº 8.465/2015, e possuem caráter provisório, devendo ser substituídos pelos valores definitivos, a serem estabelecidos na respectiva sentença arbitral, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral."

⁶² "Parágrafo Segundo

Os valores da MMC estabelecidos neste Termo Aditivo estão sujeitos a alteração, com base na sentença arbitral referente ao compromisso de que trata o item 16 do Preâmbulo deste Termo Aditivo."

pelo Aditamento/2015, o fez de modo equivocado no que concerne ao valor do arrendamento previsto. Tal valor constitui a base de cálculo para a obrigação prevista na cláusula 42^a, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, justificando-se, assim, o pedido liminar para a sua complementação, no valor de R\$ 3.880.412,55 (três milhões, oitocentos e oitenta mil, quatrocentos e doze reais e cinquenta e cinco centavos).

689. No que tange ao período anterior à assinatura do Aditamento/2015, afirma que teria restado descumprida a obrigação, também relativamente à referida alínea "a". Havia débitos remanescentes oriundos do Contrato, que são objeto da presente Arbitragem, que, de acordo com a CODESP, precisariam ser caucionados, a teor da cláusula 42^a, parágrafo segundo, do Contrato 32/98, no montante de R\$ 35.588.624,42 (trinta e cinco milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, seiscentos e vinte e quatro reais e quarenta e dois centavos).

690. Lembra que a obrigação de prestar caução não decorre apenas do Contrato, mas de exigência legal, o que justifica o pedido formulado também com relação a esse período pretérito, visando garantir eventual indenização pelo descumprimento das obrigações objeto do Contrato.

691. Por fim, a CODESP nota que seu pedido se lastreia em cláusula contratual válida que estabelece tal obrigação.

Alegações das Requerentes

692. As Requerentes argumentam que, desde o momento da renovação do arrendamento em 2015, a Libra T-35, em atendimento à referida cláusula 42^a do Contrato 32/98, prestaram seguro-garantia (doc. L35-89) e, posteriormente, caução em dinheiro, sendo o último valor de caução de R\$2.262.783,63, tudo para garantir "*o fiel cumprimento das cláusulas e condições do Contrato de Arrendamento PRES 032.98*" (doc. L35-90). Neste sentido, destacam as trocas de

correspondências (doc. L35-91), o comprovante de depósito (doc. L-90) e a sua capacidade financeira para continuar cumprindo o Contrato.

693. Argumentam, em síntese, que a caução prevista no Contrato T-35 já teria sido prestada, desde outubro de 2016, sem qualquer objeção por parte da CODESP, pedem a rejeição do requerimento e a consequente condenação da Requerida no ressarcimento de todos os custos incorridos com a discussão do tema na presente Arbitragem.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

694. As Partes controvertem sobre o valor da caução prevista na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, bem como sobre sua exigibilidade relativamente ao período anterior ao Aditamento/2015.

695. Em sede cautelar, o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 08, por meio da qual decidiu, por unanimidade, indeferir o pedido formulado pela CODESP. Isto porque, aos olhos do Tribunal Arbitral, não havia urgência à época, para o deferimento do pleito.

696. No mérito, porém, entende o Tribunal Arbitral que assiste razão à CODESP, em parte.

697. A caução reclamada pela CODESP, associada ao arrendamento do Terminal 35, encontra-se disciplinada na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98.

698. Conforme pactuado, a garantia, correspondente a três vezes o valor mensal do arrendamento, havia de ser prestada ao início da relação contratual e atualizada nas mesmas condições em que ocorressem as atualizações do Contrato:

*“Cláusula Quadragésima Segunda - Dos seguros e das garantias
A ARRENDATÁRIA se obriga ao pagamento dos prêmios e a manter em vigor, a partir da data de assinatura deste Contrato, as apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva cobertura para todos os riscos inerentes ao arrendamento – bens e pessoas –, inclusive contra terceiros, devidamente atualizadas, de acordo com a legislação aplicável.
Parágrafo Primeiro.*

Para garantia do fiel cumprimento das cláusulas e condições deste Contrato de Arrendamento, a ARRENDATÁRIA presta caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, ou fiança bancária, cujo valor será atualizado nas mesmas condições em que ocorrerem as atualizações deste Contrato, da seguinte forma:

a) com relação à utilização do imóvel:

o correspondente a três vezes o valor mensal do arrendamento da área, devendo ser depositado pela ARRENDATÁRIA na Tesouraria da CODESP, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data da competente convocação da CODESP, sob pena de decair do direito à contratação.”

699. Na alínea “b”, a estipulação prevê caução calculada com base na movimentação de mercadorias. Em seu parágrafo segundo, dispõe que a CODESP apenas não fará jus à retenção da garantia após o término da relação contratual

“b) com relação à movimentação de mercadorias:

a ARRENDATÁRIA prestará antes do início de cada operação, caução de garantia no valor correspondente ao volume a ser movimentado, a preços atualizados.

Parágrafo Segundo. O montante caucionado, conforme letra ‘a’ do Parágrafo Primeiro, somente será devolvido ou liberado após o término ou a rescisão deste Contrato e depois de liquidados eventuais débitos dele oriundos, tudo sem responsabilidade da CODESP por qualquer compensação pela mora da devolução.”

700. Cumpre observar que tais obrigações subsistem com a celebração do Aditamento/2015, cuja cláusula 14ª ratificou todas as demais cláusulas do Contrato 32/98 por ele não modificadas:

“Cláusula Décima-Quarta – Ratificação

Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e condições do Contrato PRES 32/98, e de seus respectivos instrumentos aditivos, no que não conflitarem com o presente Termo Aditivo e com as disposições legais vigentes.”

701. No que concerne ao montante da caução, a questão reside, essencialmente, em saber se o cálculo da parcela prevista na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, correspondente a "três vezes o valor mensal do arrendamento da área", (a) toma por base apenas o valor devido por metro quadrado, ou (b) se inclui também o valor relativo à movimentação de contêineres, segundo prevê a cláusula 11ª do Contrato 32/98. Libra sustenta que a consideração do valor integral do arrendamento implicaria *bis in idem*, pois a parcela prevista na cláusula 42ª, parágrafo primeiro, alínea "b", já se refere à movimentação de mercadorias.

702. Nos termos da cláusula 11ª do Contrato 32/98, o valor total do arrendamento é composto por valores relativos tanto à metragem do Terminal 35 quanto à movimentação de contêineres:

"Cláusula Décima Primeira – Dos Preços

Por força do presente Contrato, a Arrendatária pagará à CODESP, observado o disposto na Cláusula Décima Terceira - Do Reajuste, os preços a seguir estipulados, que têm como data base o mês de abril/97, data de apresentação da Proposta:

1) Pelo arrendamento objeto do presente Contrato, parcelas mensais de:

$$R=aA+bX$$

onde:

R – valor da remuneração mensal do arrendamento, expresso em número inteiro, desprezadas as frações inferiores à unidade;

a – parâmetro igual a R\$ 5,00 (cinco reais) por metro quadrado e por mês ou fração;

A – área do terreno ocupada pelas Instalações, em metros quadrados;

b – parâmetro em função da movimentação, que será de R\$ 44,00 (quarenta e quatro reais) por contêiner;

X – movimentação mensal, em contêineres, conforme disposto na Cláusula Quinta desde Contrato."

703. As cláusulas 11ª e 42ª, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, não oferecem, portanto, margem à desconsideração da movimentação de contêineres no cálculo da caução devida. O valor do arrendamento inclui os dois elementos. Não pode o Tribunal Arbitral, portanto, diferenciar naquilo que as Partes não diferenciaram, e como já se observou acima, a interpretação do Contrato não pode ignorar a literalidade de suas cláusulas.

704. A propósito do montante da caução, cumpre ainda observar que o documento L35-91, correspondência eletrônica por meio da qual, segundo Libra, CODESP teria reduzido o valor da caução relativa ao período posterior ao Aditamento/2015, não atende aos requisitos necessários ao aditamento de um contrato administrativo. Trata-se de troca de e-mails informal, por pessoas sem poder de representação, tratando de aspectos operacionais. A correspondência em questão não pode ser valorada como uma modificação do pactuado, que como já se viu, exige formalidades estritas, como a assinatura de representantes da companhia e a publicação do aditamento contratual.

705. Se, eventualmente, um funcionário da CODESP calculou de modo equivocado o valor da caução, isso não pode gerar qualquer tipo de direito em favor de Libra, que lhe autorize prestar caução em valores inferiores aos contratados.

706. Assim, com fundamento na cláusula 42^a, parágrafo primeiro, alínea "a", do Contrato 32/98, Libra é devedora de caução correspondente a três vezes o valor mensal do arrendamento da área, apurado segundo a cláusula 11^a do Contrato 32/98.

707. A caução, no entanto, refere-se à operação corrente do Terminal 35. Não se trata de garantia de dívida passada. Não se pode usar a obrigação da caução para promover uma espécie de arresto para a garantia das dívidas de períodos anteriores. Ainda que a Libra tenha permanecido inadimplente ao longo do tempo em relação à caução, como sustenta CODESP, isso não implica a cumulatividade de prestações passadas.

708. Nesse sentido, o Tribunal Arbitral entende que a caução deve ser integralmente prestada, na forma contratada, em relação ao presente e ao futuro, mas não retroativamente. Uma vez regularizada a caução, nos valores devidos no

presente, a obrigação contratual estará adimplida, pois o Contrato não prevê caução adicional ou cumulativa para cobrir débitos anteriores.

709. Por outro lado, nas Alegações Iniciais a CODESP pleiteou apenas a caução corrente, com base nos valores provisórios do Aditamento/2015 e posteriormente os definitivos a serem fixados na Sentença Arbitral Final (cf. par. 149 a 153). Apenas em Réplica a CODESP pretendeu ampliar a sua pretensão, para abarcar a caução alegadamente inadimplida anteriormente ao Aditamento/2015 (cf. par. 100 a 120). Houve, no caso, uma ampliação indevida do pedido em sede de Réplica.

710. Assim, a caução deve ser calculada e prestada nos exatos termos da citada cláusula 42ª do Contrato 32/98. É obrigação de Libra, portanto, complementar o valor da caução em relação àquele que foi prestado a menor.

711. O Tribunal Arbitral, assim, determina que a caução seja complementada desde logo, com base nos valores provisórios previstos no Aditamento/2015. Posteriormente, por ocasião da Sentença Arbitral Final, quando o valor do arrendamento for definitivamente fixado, a caução deverá ser complementada de acordo com esse valor definitivo.

712. Por fim, em razão do inadimplemento da obrigação de prestar a caução integral, incide a multa prevista na cláusula 34ª, alínea "c", do Contrato 32/98:

"Cláusula Trigésima Quarta - Das Penalidades

A Arrendatária, deixando de cumprir quaisquer cláusulas deste instrumento contratual ou infringindo disposições legais vigentes, estará sujeita a multa de até 2% (dois por cento) do valor anual da remuneração do arrendamento, vigente na ocasião do inadimplemento: [...]

c) pela infração ou não atendimento de qualquer dispositivo ou exigência contratual."

713. Por não se tratar a caução da obrigação principal do Contrato 32/98, e por ter sido cumprida em parte, o Tribunal Arbitral, nos termos da cláusula 34ª do Contrato, condena as Requerentes, solidariamente (conforme a cláusula 2ª do Aditamento/2015), ao pagamento de multa arbitrada em 1% (um por cento) do valor da remuneração do arrendamento conforme os valores provisórios do Aditamento/2015.

Das perdas e danos⁶³

Alegações da CODESP

714. Finalmente, a CODESP alega que o inadimplemento das Requerentes das obrigações assumidas no Contrato 32/98 teria afetado a sua capacidade financeira e afetado negativamente as suas atividades de Autoridade Portuária. Relata que, embora tenha emitido as faturas na forma estabelecida no Contrato, arcando com os respectivos impostos e taxas de contribuição, não recebeu a devida contrapartida das Requerentes, ou seja, os pagamentos contratualmente devidos.

715. Em razão disso, teria sido compelida a se socorrer de empréstimos bancários, a juros de mercado, no intuito de honrar os seus compromissos. A título de exemplo, cita as correspondências datadas de 13.07.2004 (docs. C-97/98).

716. Neste contexto, tais financiamentos lhe geraram custos financeiros adicionais e imprevisíveis, não contemplados originalmente no Contrato T-35 e tampouco no Edital 12/97, e que recaíram indevidamente sobre ela, CODESP.

⁶³ Os argumentos pormenorizados acerca deste tópico podem ser encontrados, especialmente, nas págs. 40/42, das Alegações Iniciais da CODESP; nas págs. 27/31 da Resposta das Requerentes T-35; nas págs. 23/27 da Réplica da CODESP; nas págs. 85/91 das Alegações Finais da CODESP; e nas págs. 46/50 e 90/92, das Alegações Finais das Requerentes.

717. Além disso, afirma ter incorrido em custos de oportunidade, pois perdeu a chance de alocar os recursos devidos pelas Requerentes em outros compromissos por ela assumidos ou de investi-los da maneira que lhe fosse mais proveitosa.

718. Em Réplica, defende que sequer haveria a necessidade de prova dos prejuízos ou de demonstração de nexo de causalidade, em decorrência dos inadimplementos de Libra ocorridos ao longo de vinte anos (doc. C-126). Mas, afirma que seus prejuízos estão demonstrados. Suas demonstrações contábeis acusam, ainda no ano de 2016, que "*o valor a receber da LIBRA Terminal 35 S/A, corresponde a 93,79% do valor do contas a receber*" de toda a Companhia (docs. 127)⁶⁴, o que evidencia o vulto e o impacto do inadimplemento da Libra perante o seu fluxo de caixa.

719. Em relação aos outros empréstimos, afirma que não afastam a conclusão de que o prolongado inadimplemento da Libra lhe gerou vultosos prejuízos, acarretando, via de consequência, seu direito à indenização⁶⁵. A título ilustrativo, aponta que a ordem de grandeza de tais valores acha-se espelhada na Nota Técnica Amaral D'Ávila/Samuel Pessoa (doc. C-126).

720. Por fim, sobre os recolhimentos tributários a despeito da falta de pagamento por Libra, ressalta que tal procedimento decorre da legislação tributária em vigor e de ordem expressa do TCU – Acórdão nº 392/2002 (doc. C-39). Explica que, muito embora o acórdão tenha se referido expressamente ao período de 25.6 a 11.11.1998, dele também teria constado a obrigação da

⁶⁴ Nota que o Relatório de Auditoria Anual de Contas da CODESP (exercício de 2016), elaborado pela Controladoria Regional da União no Estado de São Paulo em 27.9.2017, também teria ressaltado que "*a provisão para devedores duvidosos inclui como principal valor (93,79%) dívida do Grupo Libra Terminalis originados do contrato de arrendamento original (Contrato PRES/32.98)*" (doc. C-128, pg.5).

⁶⁵ Esclarece que o contrato firmado em 1993 com o "The Overseas Economic Cooperation Fund" não teria o condão de invalidar as assertivas expostas, porque seria anterior aos fatos objeto da lide e o aludido empréstimo teria se configurado medida inserida em política pública destinada a modernizar e alavancar projetos no Porto de Santos, quando ainda não se encontrava em vigor a antiga Lei dos Portos (nº 8.630/93). Com relação ao outro realizado 6 anos após, em 1999, teria de destinado a despesas extraordinárias relativas ao Plano de Desligamento de Funcionários, em razão de reestruturação da empresa, visando torna-la mais ágil.

CODESP de promover o faturamento nos exatos termos do Contrato T-35, o que abarcaria o futuro, e que tal comando teria sido acatado por ela.

721. Sendo assim, requer a condenação das Requerentes ao pagamento, não apenas das faturas vencidas e não pagas, com juros e correção monetária, mas também dos custos financeiros e de oportunidade arcados pela Requerida, os quais devem ser calculados em fase de perícia.

Alegações das Requerentes

722. As Requerentes defendem que, além de não haver prova de qualquer desses danos alegados, a CODESP também não demonstrou o nexo de causalidade que entre a conduta da Libra T-37 e esses supostos prejuízos.

723. Ademais, tratando-se de culpa do próprio prejudicado, acrescentam não ser crível que a "vítima" pudesse reclamar a reparação de um dano que ela mesma provocou.

724. Assim, afirmam que não se pode estabelecer qualquer relação de causa e efeito quanto aos danos alegados, pois a inadimplência não teria sido da Libra T-35, mas sim da CODESP.

725. De todo modo, apontam a teoria da causa adequada para afirmar que não se pode responsabilizar a Libra T-35 pelos financiamentos bancários contraídos pela CODESP, ou mesmo pela impossibilidade de investimento dos valores nas suas atividades, ainda que aceitas as alegações da CODESP.

726. Ademais, afirmam que a CODESP já recorreria a esse tipo de operação por razões diversas, incluindo a sua suposta ineficiência administrativa, antes mesmo do início do litígio com o Grupo Libra, conforme indicariam os seus demonstrativos financeiros.

727. Acrescem que a contestação das faturas recebidas pela Libra T-35 e a delonga do litígio não teriam ampliado as necessidades financeiras da CODESP. Ao contrário, os demonstrativos financeiros da empresa indicam que a dívida relativa a empréstimos bancários da CODESP se reduziu ao longo dos anos, o que demonstra a falta denexo causal entre a conduta da Libra T-35 e os financiamentos bancários contraídos pela CODESP no período.

728. Com efeito, os prejuízos experimentados pela CODESP adviriam de uma série de ineficiências históricas de sua gestão, identificadas pelo Tribunal de Contas da União em seguidas oportunidades e pela própria Diretoria-Executiva da CODESP.

729. Sobre os tributos pagos em virtude da emissão de faturas da forma estabelecida no Contrato, asseveram que estes tributos foram pagos indevidamente, por má gestão financeira, já que, em razão da controvérsia sobre parte dos valores devidos, a CODESP não estaria obrigada a reconhecer os valores controversos como receitas decorrentes do contrato (e conseqüentemente sujeitos à tributação). Neste sentido, destacam o Parecer de Bulhões Pedreira (doc. L35-92).

730. Observam que, fosse a Libra T-35 responsável direta pelos prejuízos que culminaram com a contratação dos empréstimos bancários, a CODESP não poderia ter, quatro anos depois – e ainda em litígio com a Libra T-35 –, zerado todas as perdas e alcançado superávit em suas contas, como informam as notícias jornalísticas do ano de 2008. Neste contexto, destacam ainda as palavras do Presidente da CODESP (doc. L35-93).

731. Quanto ao chamado “custo de oportunidade”, alegam que a CODESP não esclareceu quais perdas teriam sido essas e que a Requerida deveria ter provado o prejuízo, não sendo indenizável a mera expectativa hipotética de um ganho.

732. Diante do exposto, pedem a rejeição deste pleito da CODESP.

DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

733. A CODESP alega que os descumprimentos da Libra teriam afetado a sua capacidade financeira e causado duas ordens de danos patrimoniais. Em primeiro lugar, prejuízos decorrentes da necessidade de obter empréstimos bancários para fazer frente à privação dos recursos inadimplidos. Em segundo lugar, por ter perdido a oportunidade de alocar vantajosamente os recursos que deveria ter recebido de Libra. Segundo sustenta, nestes dois grupos estariam incluídas também as perdas decorrentes do recolhimento de tributos devidos pelas parcelas inadimplidas por Libra. CODESP não aprofunda argumentação sobre esses danos e nem apresenta documentos comprobatórios, apenas afirma que deverão ser calculados em fase de perícia, ainda nesta Arbitragem.⁶⁶ A Libra contesta todos os danos alegados.

734. Não assiste razão à CODESP.

735. O Tribunal Arbitral condenou a Libra a pagar os valores inadimplidos, com incidência de juros e correção monetária previstos na cláusula 12^a, parágrafo segundo, mais a multa prevista na cláusula 34^a, alínea "c", ambas do Contrato 32/98.

736. Dada a natureza punitiva da multa prevista na cláusula 34^a, alínea "c", do Contrato 32/98, é certo que o pedido indenizatório não encontra óbice no art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

737. A CODESP não se desincumbiu, entretanto, quer do ônus de demonstrar que os prejuízos alegados decorrem direta e imediatamente do inadimplemento do Contrato 32/98, quer do ônus de provar que tais prejuízos

⁶⁶ Cf. § 161, das Alegações Iniciais da CODESP.

não estão cobertos pelos juros pactuados na cláusula 12^a, parágrafo segundo, do Contrato 32/98, conforme exigem, respectivamente, os arts. 403 e 404, parágrafo único, do Código Civil, a saber:

"Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar."

738. Em relação aos custos financeiros, relativos a valores despendidos com empréstimos bancários, a CODESP não demonstra a relação entre o inadimplemento do Contrato 32/98 e a assunção de tais obrigações. Trata-se, antes, de alegação genérica, insuficiente a estabelecer o nexo de causalidade exigido pelo art. 403 do Código Civil.

739. Com relação ao custo de oportunidade, é até intuitivo que qualquer inadimplemento de uma obrigação de pagamento gera um déficit de receita e, conseqüentemente, um custo de oportunidade causado pela falta de disponibilidade do dinheiro que se esperava (e se devia) receber.

740. No entanto, nos termos do art. 404, parágrafo único, do Código Civil, CODESP não demonstrou que o alegado prejuízo não esteja coberto pelos juros moratórios pactuados na cláusula 12^a, parágrafo segundo, do Contrato 32/98, que já têm a função de compensar o atraso no adimplemento da obrigação.

741. Pelos motivos acima expostos, o Tribunal Arbitral julga o pedido da CODESP improcedente.

CAPÍTULO XI – CUSTOS E DESPESAS DA ARBITRAGEM

742. As Requerentes arcaram com todos os custos de administração do procedimento, despesas e honorários dos árbitros, na medida em que foram solicitados pelo CAM-CCBC, nos termos do art. 3º, VII⁶⁷, do Decreto 8.465/2015 e do item 11.1⁶⁸ do Termo de Compromisso.

743. A presente Sentença Arbitral é parcial. A questão da alocação final dos custos da arbitragem será decidida por ocasião da Sentença Arbitral Final.

PARTE III – DISPOSITIVO

744. Diante do exposto, o Tribunal Arbitral decide, por unanimidade, com relação aos pedidos das Partes formulados em sede de Alegações Iniciais (conforme item 5.1 do Termo de Arbitragem):

PEDIDOS DAS REQUERENTES:

Terminal T-35:

i. Declarar o inadimplemento da CODESP em relação às obrigações a ela impostas pela legislação, pelo EDITAL 12/97 e pelo CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35.

(i) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

⁶⁷ "Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) VII - as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento;"

⁶⁸ "Nos termos do art. 3º, VII, do Decreto nº8.465/2015, a LIBRA 35 dou a LIBRA TERMINAIS, conforme o caso, adiantarão as despesas com a realização da(s) arbitragem(ns) quando da instauração do(s) Procedimento(s) Arbitral(is), incluindo os honorários dos Árbitros e demais despesas de arbitragem, compreendendo a(s) taxa(s) de administração cobrada(s) de acordo com a tabela de custas da Câmara."

ii. Declarar, como consequência da procedência do pedido anterior, a inexigibilidade do cumprimento integral pela LIBRA T-35 das suas obrigações previstas no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35, por culpa única e exclusiva da CODESP.

(ii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

iii. Declarar que a obrigação da LIBRA T-35 de pagar quaisquer dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 iniciava apenas quando a CODESP (i) aprovasse o Projeto Executivo para implementar as obras necessárias, ou (ii) disponibilizasse a totalidade da área arrendada do TERMINAL 35, o que ocorresse por último, na forma do item 72 acima.

(iii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

iv. A partir de Novembro/2005, declarar que os valores de arrendamento do TERMINAL 35 são aqueles constantes do ADITAMENTO NOV/2005, seja em razão de sua validade e eficácia, seja porque correspondem ao acordo de vontade objeto do referido aditamento.

(iv) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

v. Em relação ao período entre o termo inicial da obrigação para pagamento dos valores previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 (cf. vier a ser decidido no item (iii) acima) e Novembro/05, declarar a necessidade de reequilíbrio do aludido contrato, em razão da existência dos fatores de desequilíbrio econômico financeiro, e a conseqüente necessidade de alteração dos seus valores de arrendamento. Apenas na hipótese do pedido (iv) acima ser julgado improcedente, declarar a existência dos fatores de desequilíbrio econômico financeiro, desde o termo inicial da obrigação para pagamento dos valores

previstos no CONTRATO DE ARRENDAMENTO T-35 (cf. vier a ser decidido no item (iii) acima), com a consequente alteração dos valores de arrendamento para seu reequilíbrio;

(v) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

vi. Declarar a compensação, mês a mês, dos valores pagos pela LIBRA T-35 à CODESP, na forma do TERMO DE COMPROMISSO; e

(vi) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

vii. Condenar a CODESP a ressarcir a LIBRA T35 por todos os prejuízos que lhe foram causados desde a assinatura do CONTRATO DE ARRENDAMENTO T35, inclusive depois da celebração do ADITIVO NOV/2005, aí englobados danos emergentes e lucros cessantes, tudo a ser apurado em uma fase posterior de liquidação, devendo o respectivo pagamento ser feito na forma das cláusulas 2.1.3 e XIV do TERMO DE COMPROMISSO.

(vii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

Terminal T-37:

Por todo o exposto, a LIBRA T-37 requer a condenação da CODESP em indenizar a LIBRA T-37 dos valores despendidos nas obras realizadas no cais fronteiro ao TERMINAL 37, em valor atualizado a contar de cada desembolso e acrescido de juros desde 10.03.99 (data em que a CODESP foi constituída em mora), a ser calculado em fase de liquidação de sentença, nos termos do item 9.2 do Termo de Arbitragem.

(viii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

Requer-se, ainda, seja a CODESP condenada ao reembolso dos custos deste procedimento de arbitragem (art. 3, VIII, do Decreto 8.465/2015), deles excluídos os honorários profissionais e dos demais assistentes técnicos (art. 3, IX, do Decreto 8.465/2015 e cláusula 11.4 do Termo de Compromisso)."

(ix) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, decide **RELEGAR** a análise desse pedido à fase subsequente desse procedimento.

PEDIDOS DA CODESP:

I. liminarmente, a determinação de que a LIBRA preste caução nos termos do Parágrafo Primeiro da Cláusula Quadragésima Segunda do Contrato 32/98, tomando-se por base, neste momento, os Valores Provisórios estabelecidos no Segundo Termo Aditivo em vigor;

(x) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** o pedido.

II. por ocasião da prolação da Sentença Parcial, prevista na Cláusula 9.2 do Termo de Arbitragem:

II.1. condenação solidária das Requerentes a arcar com a totalidade dos valores devidos pelo Contrato de Arrendamento 32/98, corrigidos monetariamente pela TR e acrescidos juros de mora de 1% ao mês, desde a data do vencimento de cada fatura até a do efetivo pagamento integral, abatidos os pagamentos parciais realizados pela LIBRA (em tesouraria ou mediante depósitos judiciais levantados pela CODESP), na forma legal.

(xi) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** o pedido de pagamento dos valores vencidos e não pagos desde a data de assinatura do Contrato 32/98.

II.1.1. os valores integrais, com seus respectivos consectários contratuais, sem abatimento dos pagamentos parciais, perfazem, em 31.8.2017, o montante apurado na nota técnica anexa.

(xii) O Tribunal Arbitral esclarece que os valores devidos serão apurados em fase de liquidação.

II.2. a condenação solidária das Requerentes ao pagamento da multa prevista na Cláusula Trigésima Quarta do Contrato 32/98, pelo inadimplemento das obrigações pecuniárias, em percentual de 2% relativamente a cada uma das parcelas inadimplidas.

(xiii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** o pedido.

II.3. a condenação solidária das Requerentes ao pagamento da multa de 2% prevista na Cláusula Trigésima Quarta do Contrato 32/98, pelo inadimplemento da obrigação de prestação de caução prevista no Parágrafo Primeiro da Cláusula Quadragésima Segunda do Contrato 32/98.

(xiv) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, para condenar as Requerentes solidariamente ao pagamento de multa arbitrada em 1% (um por cento) do valor do arrendamento de acordo com a remuneração provisória fixada por ocasião da celebração do Aditamento/2015.

II.4. a condenação solidária das Requerentes ao pagamento de indenização correspondente aos danos emergentes e lucros cessantes, incluindo-se custos de

oportunidade, suportados pela CODESP ao longo de todo o período de inadimplência;

(xv) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA IMPROCEDENTE** este pedido.

II.5. a total improcedência dos pedidos formulados pela LIBRA, pelas razões que já foram tangenciadas nestas Alegações Iniciais e que serão expostas ao longo desse procedimento, notadamente em Resposta às Alegações Iniciais da LIBRA;

(xvi) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** este pedido.

II.6. a condenação da LIBRA a arcar com a diferença entre os Valores Provisórios, pagos no curso da Arbitragem, e os Valores Definitivos, que serão apurados por ocasião da Sentença Definitiva – diferença essa que deve ser corrigida na forma da Cláusula Décima Segunda, Parágrafos Primeiro e Segundo, do Contrato 32/98 até a data do efetivo pagamento;

(xvii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** este pedido.

PEDIDOS DA UNIÃO:

a) Condene a Libra ao pagamento, com os devidos acréscimos de juros, correção monetária e multas incidentes até a data do efetivo pagamento, de toda a quantia devida à Codesp em decorrência das obrigações assumidas nos contratos de arrendamento de que se trata no presente procedimento arbitral, a ser apurada na etapa de liquidação.

(xviii) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** este pedido.

b) Declare que, não havendo justa causa para reequilíbrio econômico-financeiro em favor de Libra, seja mantida a equação econômico-financeira original do contrato, inclusive para os seguintes efeitos:

b1) Para a definição dos valores definitivos de arrendamento que deverão substituir os valores provisórios que foram estabelecidos no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/98, celebrado em 2 de setembro de 2015, com base no art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2015.

b2) Declarar a aplicação dos valores definitivos de arrendamento (item b1) retroativamente à data de celebração do 2º Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/98 (de 2015), condenando a Libra ao pagamento da diferença entre as quantias pagas a título de valor provisório de arrendamento a partir da vigência do referido Termo Aditivo e o valor que deveria ter sido pago com base na equação econômico-financeira original do contrato, definida a partir das condições previstas no edital de licitação e na proposta apresentada pela licitante vencedora, com os devidos acréscimos de juros, correção monetária e multa a serem apurados em liquidação.

(xix) O Tribunal Arbitral, por unanimidade, **JULGA PROCEDENTE** o pedido de declaração de inexistência de justa causa para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e esclarece que os valores definitivos do arrendamento e da condenação a ser paga pelas Requerentes à CODESP serão objeto de apuração da fase subsequente deste procedimento arbitral.

745. Após o decurso do prazo para os eventuais pedidos de esclarecimentos, ou da decisão destes, se forem apresentados, o Tribunal Arbitral emitirá Ordem Processual para dar início à liquidação da presente Sentença Arbitral Parcial.

746. A decisão sobre a alocação das custas e despesas do procedimento arbitral será proferida com a Sentença Arbitral Final.

[Esta Folha de Assinaturas é parte integrante e inseparável da SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL emitida na data abaixo indicada, no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7, sob a administração do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil-Canadá, entre LIBRA TERMINAIS S.A. e LIBRA TERMINAIS SANTOS S.A., de um lado, e COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO-CODESP e UNIÃO FEDERAL, de outro].

Sede de arbitragem: São Paulo, SP, Brasil.

Data: 07 DE JANEIRO DE 2019

LAURO DA GAMA E SOUZA JR.
LAURO DA GAMA E SOUZA JR.

Árbitro

CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI
CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI
Árbitro

RODRIGO GARCIA DA FONSECA
RODRIGO GARCIA DA FONSECA

Árbitro Presidente