



IX COMPETIÇÃO BRASILEIRA DE ARBITRAGEM – PETRÔNIO MUNIZ

EQUIPE Nº 146

Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB)

Procedimento Arbitral nº 00/2018

B3P Mining S.A. (“B3P”)

Requerida/Reconvinte

- vs. -

Santa Lourdes Participações S.A. (“SLP”)

Requerente/Reconvinda

Memorial da Requerida

9 de setembro de 2018

SUMÁRIO

ÍNDICE NORMATIVO.....	3
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	4
ÍNDICE DE JULGADOS.....	8
I. SINOPSE FÁTICA.....	9
II. OBJEÇÕES PRELIMINARES.....	11
II-A. Desnecessária prestação de garantia das custas.....	12
(i) Não há qualquer prova de que a B3P enfrenta dificuldades financeiras.....	12
(ii) <i>ad argumentandum tantum</i> : a alegada falta de recursos de uma das partes não é suficiente para fundamentar a concessão de <i>security for costs</i>	14
II-B. A inclusão da Bacamaso na disputa é incabível.....	17
(i) O consentimento não pode ser fabricado.....	19
(ii) A SLP não exige a Bacamaso como parte do Contrato.....	22
III. MÉRITO.....	23
III-A. Não há necessidade de garantias ao cumprimento das obrigações assumidas.....	23
(i) Remoto risco da modulação de efeitos.....	23
(ii) Desnecessidade de prestação de garantia.....	27
III-B. A repactuação do Contrato é medida imperativa.....	28
(i) Legítima expectativa de viabilidade de mineração em área de FLONA.....	28
(ii) Onerosidade superveniente que não se pode ignorar.....	30
IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS.....	33

ÍNDICE NORMATIVO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 5 de out. 1988.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 16 de março de 2015.

BRASIL. **Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 24 set. 1996.

BRASIL. **Regulamento de Arbitragem da CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL**. Disponível em: <http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/>

BRASIL. **Lei nº. 10.256, de 9 de julho de 2001**. Altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 10 jul. 2001.

BRASIL. **Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 11 nov. 1999.

BRASIL. **Lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União: Distrito Federal, 19 jul. 2000.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Referências

- ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais Pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2009.
- BERGER, Klaus Peter. *Arbitration Interactive: A Case Study for Students and Practitioners*. Frankfurt: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2002.
- BLACKABY, NIGEL, PARTASIDES, Constantine, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*, 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.
- CIARB Guidelines
CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *International Arbitration Practice Guideline: Application for Security for Costs, 2016*.

CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo;
DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER,
Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São
Paulo: Malheiros, 2011.

DINAMARCO

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem
na teoria geral do processo*. São Paulo: Ed.
Malheiros, 2006.

FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD,
Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard,
Gaillard, Goldman on International
Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law
International, 1999.

GU

GU, Weixia. *Security for Costs in
International Commercial Arbitration*. In:
Rev. Int'l Arb. 167, 190, No. 3, 2005.

HANOTIAU

HANOTIAU, Bernard. *Back to basics. Or why
the group of companies doctrine should be
disregarded once and for all*. In:
WAUTELET, P.; KRUGER, T.; COPPENS, G.
(eds.). *The practice of arbitration. Essays in
honour of Hans Van Houtte*. Oxford: Hart
Publishing, 2012.

ICCA Reports No. 4

INTERNATIONAL COUNCIL FOR
COMMERCIAL ARBITRATION. *International
Council for Commercial Arbitration Report
of the ICCA-Queen Mary task force on Third-
Party Funding in International Arbitration*.
The ICCA Reports no. 4, 2018.

KROLL, LEW, MISTELIS

KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian D.M. *Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International*, 2003.

KARRER, DESAX

KARRER, Pierre A.; DESAX, Marcus. *Security for costs in international arbitration: why, when, and what if...* In: BRINER, Robert(ed.). *Law of international business and dispute settlement in the 21st century*. Colony: Carl Heymanns, 2001.

MATTIETTO

MATTIETTO, Leonardo. *O Princípio do Equilíbrio Contratual*. In: Revista de Direito Processual, nº 64, 2009, pp. 183-191.

MERKIN, FLANNERY

R. MERKIN. L. FLANNERY. *The Arbitration Act 1996*, 5th edn. Abingdon-on-Thames: Informa law (Routledge), 2014.

PARK

PARK, Willian W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*. Multiple Parties in International Arbitration. Oxford, 2009.

RUBINS

RUBINS, Noah. *In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration*. In: Rev. Int'l Arb. 307, 2000, pp. 309-376.

SCHREIBER (2017)

SCHREIBER, Anderson. *Direito dos Contratos: Dever de Negociar*. In: Jornal Carta Forense, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo>

/colunas/dever-de-renegociar/17915

SCHREIBER (2018)

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEPEDINO (2006)

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República, Vol. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO (2008)

TEPEDINO, Gustavo. *As medidas cautelares requeridas ao árbitro*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 18/2008, pp. 311-332. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

TEPEDINO (2011)

TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades*. In: Revista dos Tribunais, vol. 903/18. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

WAINCYMER

WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. In: Kluwer Law International, 2012, pp. 609-715. Haia: Kluwer Law International.

ÍNDICE DE JULGADOS

Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	<i>ICC Case No. 15218 (2008)</i>
	<i>ICC Case No. 12035 (2003)</i>
	<i>ICC Case No. 14355 (2007)</i>
	<i>ICC Case No. 14993 (2007)</i>
	<i>ICC Case No. 10032 (1999)</i>
	<i>ICC Case No. 4402 (1983)</i>
	<i>ICC Case No. 4131 (1982)</i>
	<i>ICC Case No. 10818 (2001)</i>
	<i>ICC Case No. 9517 (1998)</i>
	<i>ICC Case No. 4504 (1986)</i>
<i>ICC Case No. 2138 (1974)</i>	
Supremo Tribunal Federal	<i>Recurso Especial nº 574.706</i> , Relator: Min. Carmen Lúcia, Data do julgamento: <i>Pendente</i>
	<i>Recurso Especial nº 718.874</i> , Relator: Min. Edson Fachin, Data do julgamento: 23.05.18
	<i>Recurso Especial nº 240.785</i> , Relator: Min. Marco Aurélio, Data do julgamento: 08.10.14
	<i>Reclamação nº 30996</i> , Relator: Min. Celso de Mello, Data do julgamento: 10.08.18
Superior Tribunal de Justiça	<i>Sentença Estrangeira Contestada nº 978</i> , Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Data do julgamento: 17.12.2008
	<i>Agravo em Recurso Especial nº 433536</i> , Relator: Min. Raul Araújo, Data do julgamento: 28.04.2015

B3P MINING S.A. (“**B3P**”; “**REQUERIDA**”), já qualificada no Termo de Arbitragem Nº 00/18 do presente Procedimento Arbitral, em que é Requerida, sendo Requerente, **SANTA LOURDES PARTICIPAÇÕES S.A.** (“**SLP**”; “**REQUERENTE**”), vem, por meio dos seus advogados, à presença desse respeitável Tribunal Arbitral (“**TRIBUNAL**”), com a devida vênua, apresentar seu **MEMORIAL**, o que faz nos termos a seguir.

I – SINOPSE FÁTICA

1. Em meados de 2017, a B3P, cuja acionista majoritária é a Bacamaso Participações S.A (“**BACAMASO**”), observava com interesse uma antiga fazenda de 2 mil hectares, situada entre os municípios de Mato Alto e Valquíria, no Estado de Vila Rica (“**FAZENDA SOLAR**”). Essas terras, ricas em potássio, compunham exclusivamente o patrimônio da Vila Rica Potássio (“**VRP**”), subsidiária integral da SLP.

2. Diante da alta do mercado de potássio, a REQUERIDA enxergou na aquisição da VRP uma excelente oportunidade de negócios, já que era controladora da SubATech Soluções Químicas Industriais (“**SQI**”), uma das únicas companhias capazes de desenvolver um processo químico mais eficaz para a extração do mineral abundante na FAZENDA SOLAR.

3. Após tratativas, em 21.01.2017, B3P e SLP assinaram uma *Letter of Intent* (“**LoI**”) (*Anexo I*), cujo objeto consistia em prever **(i)** a avaliação de pesquisas geológicas para mineração de potássio na Fazenda Solar; **(ii)** a análise da documentação da VRP no âmbito de procedimento de *due diligence*; e **(iii)** a exclusividade de 6 meses para negociação da compra da companhia.

4. Como a *due diligence* não revelou quaisquer riscos econômico-financeiros incomuns e as pesquisas geológicas confirmaram as expectativas da B3P, as partes logo iniciaram negociações para a alienação da VRP, culminando na assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações (“**CONTRATO**”), em 20.04.17. Vale notar que a BACAMASO não exerceu nenhum papel ao longo desse processo.

5. O documento (*Anexo III*) estipulava a alienação de 80% (oitenta por cento) das ações da VRP por um total de R\$ 100 milhões. Em contrapartida, a B3P se comprometeu a transferir 20% das ações da SQI para a SLP por R\$ 9 milhões, além de finalizar a

construção e operacionalização do Projeto Fazenda Solar em até 2 anos da assinatura do instrumento.

6. Nos termos do CONTRATO, a REQUERIDA pagou R\$ 20 milhões à REQUERENTE no ato da assinatura, e na sequência transferiu à SLP a quantidade estipulada de ações da SGI. Por sua vez, a REQUERENTE transferiu à REQUERIDA 40% das ações da VRP, certo de que os 40% restantes seriam transferidos quando transcorridos dois anos e meio da assinatura do instrumento ou quando do início da operação da mina; mediante o pagamento de mais R\$ 71 milhões pela B3P.

7. Premida pelo tempo, a B3P, atuando em nome da VRP, contratou a construtora Sertões e Veredas Engenharia S.A ("SERTÕES E VEREDAS") ao final de maio de 2017, delegando à companhia todas as tarefas necessárias para a efetiva implementação da mina. O Projeto Fazenda Solar corria conforme o planejado.

8. Qual não foi a surpresa da SERTÕES E VEREDAS quando, em setembro do mesmo ano, o Conselho Municipal de Meio Ambiente de Valquíria a comunicou de que, mesmo já existindo uma portaria de outorga de lavra da VRP, não iria deferir a licença de instalação da mina nos 780 hectares da FAZENDA SOLAR situados no município de Valquírias (!).

9. Em que pesem os melhores esforços da REQUERIDA em adimplir as obrigações contraídas por ocasião da celebração do CONTRATO, a postura intransigente do Conselho de Valquíria não apenas ocasionou um inevitável atraso na execução das obras de terraplanagem, como implicou na onerosidade superveniente das obrigações contratuais assumidas pela B3P.

10. Registre-se que o fato coincidiu com a oposição de embargos de declaração pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face de acórdão proferido nos autos de recurso extraordinário, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal ("STF"), no qual se discute a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ("RE"), precedente este que, cabe dizer, lastreara a estratégia processual da B3P em demanda tributária transitada em julgado a seu favor.

11. Seja por ignorância ou má-fé, a SLP optou por concluir, precipitadamente – e por óbvio, equivocadamente – que a REQUERIDA teria sofrido um desfalque patrimonial

capaz de frustrar o cumprimento de suas obrigações contratuais. A conclusão, contudo, desafia a lógica, conforme se passará a expor.

12. Em razão da negativa inesperada apresentada pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente de Valquíria (“CMAV”), em 01.01.18, a REQUERIDA solicitou a repactuação do CONTRATO mediante procedimento de mediação, como autorizado na Cláusula 9.1 do CONTRATO.

13. Para a surpresa da B3P, entretanto, a SLP procedeu à instauração do presente procedimento arbitral à revelia do que dispunha a Cláusula 9.1; pleiteando a prestação de garantias à execução do CONTRATO ou, alternativamente, sua dissolução cumulada com a condenação da REQUERIDA ao pagamento de indenização.

14. Na ocasião, chegou a solicitar a inclusão da BACAMASO no polo passivo da disputa, sociedade não signatária da cláusula compromissória e que, ao contrário do que a REQUERENTE afirma, nem ao menos participou das tratativas do CONTRATO (*Anexo VII*).

15. Não bastasse isso, a SLP pretende também compelir a REQUERIDA a prestar uma garantia de custas para que possa exercer seu direito de defesa no âmbito de um procedimento que sequer optou por iniciar e que, conforme dito, ignorou a literalidade da Cláusula 9 (*Anexo XIII*).

16. Conforme a REQUERIDA demonstrará nos parágrafos seguintes, as alegações trazidas à baila pela REQUERENTE são absolutamente infundadas, devendo, portanto, ser sumariamente rejeitadas. Além disso, como adiantado, os fatos supervenientes e inevitáveis recentemente experimentados pela B3P na execução do CONTRATO, dão causa à repactuação por desequilíbrio econômico-financeiro, conforme se requer em sede de pleito reconvenicional.

II – OBJEÇÕES PRELIMINARES

17. Em sede preliminar, a REQUERIDA (**II-A**) pugna pela rejeição do desarrazoado pleito de garantia de custas apresentado pela REQUERENTE; bem como (**II-B**) reitera sua

discordância expressa com a inclusão da BACAMASO neste procedimento arbitral, oriundo de cláusula compromissória da qual jamais foi signatária.

(II-A) – DESNECESSÁRIA PRESTAÇÃO DE GARANTIA DAS CUSTAS

18. Diante das circunstâncias fáticas e legais que cercam a lide, a REQUERIDA se opõe à alegada necessidade de caucionar-se o pagamento dos custos do procedimento arbitral. A uma, porque **(i)** a B3P não enfrenta dificuldades financeiras que possam comprometer a execução de uma sentença de custas. A duas, **(ii)** pois ainda que a saúde financeira da REQUERIDA estivesse debilitada, esse requisito não seria suficiente, por si só, para compelir a B3P a prestar caução.

NÃO HÁ QUALQUER PROVA DE QUE A B3P ENFRENTA DIFICULDADES FINANCEIRAS

19. A saúde financeira da B3P não está debilitada e a REQUERENTE é incapaz de provar o contrário.

20. A garantia de custas (*security for costs*) é, para todos os efeitos, uma “*garantia bancária que as partes podem ser obrigadas a fornecer para assegurar o reembolso das despesas da arbitragem*” (TEPEDINO, 2008, p. 5).

21. Trata-se de um instrumento de natureza excepcionalíssima – e até mesmo indesejado – no âmbito de uma arbitragem, pois em geral reduz as vantagens inerentes ao procedimento acordado pelas partes, tornando-o mais oneroso e demorado (RUBINS, p. 357; KROLL, LEW, MISTELIS, p. 601).

22. Não por outra razão, a melhor prática arbitral revela que o ponto de partida de qualquer tribunal, diante de um pedido de *security for costs*, deve ser avaliar se há, ao menos, provas a sugerir que uma das partes não será capaz de arcar com uma eventual condenação em custas procedimentais, para que, então, o tribunal possa fazer um julgamento *prima facie* (ICCA Reports No. 4, p. 168; BERGER, p. 123).

23. Ocorre que, como dito, a B3P não enfrenta dificuldades financeiras de qualquer ordem, inexistindo motivo razoável capaz de levar a REQUERENTE a questionar sua

capacidade de cumprir com as obrigações contratuais assumidas. Tanto é esse o caso que a SLP não consegue arcar com o ônus de demonstrar o alegado desfalque patrimonial da B3P.

24. Visto com olhos de ver, o pedido da REQUERENTE (*Anexo XIII*) carece de quaisquer elementos que autorizem este julgamento *prima facie* sobre a necessidade da medida. Por conseguinte, não há que se falar em compelir a B3P a arcar com uma garantia de custas cuja necessidade não é sequer demonstrada pela SLP.

25. Em verdade, a REQUERENTE tenta fazer crer que o fato de a REQUERIDA ter solicitado o parcelamento dos honorários devidos aos árbitros (*Anexo XII*) constituiria, de alguma forma, uma espécie de declaração de hipossuficiência. Nada mais absurdo.

26. O referido pedido de parcelamento é tão somente uma discricionariedade exercida pela B3P no pagamento do TRIBUNAL; a qual não prejudica de forma alguma o cronograma de desembolso dos honorários dos árbitros, estipulado na minuta do Termo de arbitragem (*Anexo XII*). Exatamente por isso, o TRIBUNAL acertadamente não apresentou ressalvas ao acolher o pedido da REQUERIDA (*Anexo XIV, 9.1.4*).

27. Além do mais, o pedido aprovado pelo TRIBUNAL, por si só, não se presta a formar a convicção do julgador a respeito da ocorrência dos fatos controvertidos (*DINAMARCO, CINTRA, GRINOVER, p. 377*), *i.e.*, não leva a crer razoavelmente em uma suposta escassez de recursos financeiros da B3P.

28. Ora, conforme se depreende de uma série de julgados da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI” ou “ICC”) sobre a matéria, nem mesmo a hipotética abertura de um procedimento falimentar em face da REQUERIDA seria motivo suficiente para se presumir a necessidade de *security for costs* – que dirá então um mero pedido de parcelamento de honorários:

*Manifest insolvency may not be readily assumed. **The opening of bankruptcy would not be sufficient grounds as long as the estate of the bankrupt party has sufficient realizable assets in order to finance the arbitration and to honour a future cost award issued against it.***¹

¹ Procedural Order July 2008, ICC Case No. 15218 (Extract). Disponível em: Special Supplement 2014, Procedural Decisions in ICC Arbitration Reference, p. 79. No mesmo sentido, cf. ICC Case No. 12035, n 8; ICC

29. No mesmo sentido, veja-se o rigor com o qual os renomados arbitralistas PIERRE A. KARRER e MARCUS DESAX (p. 373) descrevem a prova de insolvência no âmbito da garantia de custas:

The requesting party may provide specific accounting data on its opponent, both with respect to the opponent's condition at the time when the basic agreement was entered into and at the present time to enable the arbitral tribunal to determine whether there has been a substantial impairment of that party's financial situation.

30. Frise-se, ainda, que a SLP violou frontalmente a cláusula escalonada contida no CONTRATO (*Cláusula 9*), ao instaurar uma arbitragem antes de sequer iniciada a fase de mediação prevista. Com efeito, o pedido de parcelamento da B3P é resultado de um rotineiro ajuste de fluxo de caixa da companhia, confrontado com uma prematura e vultosa despesa com os honorários dos árbitros (R\$ 524.317,50). Em outras palavras, **nem mesmo a mais criativa das interpretações desse ato conduziria à conclusão de que a B3P é, em alguma medida, insolvente.**

31. Em outros termos, o fato apontado pela REQUERENTE para justificar seu pleito de *security for costs* diz muito sobre sua própria incapacidade de adimplir o que fora pactuado pelas partes, e nada sobre a capacidade financeira da REQUERIDA de arcar com uma improvável sentença em seu desfavor. Afinal, ao organizar suas finanças, a B3P não poderia antever o desrespeito de sua contraparte pelo negócio jurídico ajustado.

AD ARGUMENTANDUM TANTUM:

A ALEGADA FALTA DE RECURSOS DE UMA DAS PARTES NÃO É SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR A CONCESSÃO DE SECURITY FOR COSTS

32. Ainda que o patrimônio da B3P estivesse prejudicado – o que de fato não está – e a REQUERENTE fosse capaz de comprovar essa suposta falta de recursos, isto não seria

Case No. 14355 (Procedural Order January 2007); ICC Case 14993 (Procedural Order December 2007). Disponíveis em: ICC Bulletin (2014), vol. 24, pp. 24-25 e 72, respectivamente.

suficiente para compelir a REQUERIDA a caucionar os custos do procedimento, em patente desrespeito ao CONTRATO firmado pelas partes:

*We suggest that the low number of cases reflects the principle that **an order should be made only in the most exceptional of circumstances, and not just because there is a likelihood (even a strong likelihood) that the claimant will not be able to meet any costs order.** (MERKIN, FLANERY, p. 147)*

33. Nessa linha, a incapacidade de uma das partes de arcar com uma potencial sentença condenando-a ao pagamento de custas é requisito necessário para uma ordem de *security for costs*, **mas, de forma alguma, o único**. Devem ser observados também outros requisitos – já sedimentados pela doutrina, prática arbitral e *soft law*² – os quais, em conjunto com a alegada incapacidade financeira, poderão revelar a necessidade ou não da medida (RUBINS, p. 373, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, p. 158).

34. Quando o pleito reconvenicional da REQUERIDA aparenta meritório, e não uma mera tentativa de importunar a outra parte com pedidos supérfluos, por exemplo, os tribunais arbitrais tendem a não exigir a prestação de uma garantia de custas que, além de desnecessária, pode muito bem acabar minando um direito legítimo e até mesmo atentando contra o direito fundamental do acesso à justiça (CIARB Guidelines, Article 2; RUBINS, pp. 369-370).

35. *In casu*, **a probabilidade do direito da REQUERIDA é evidente**: seu pedido reconvenicional é consequência lógica de circunstâncias extraordinárias que ensejaram a diminuição na capacidade produtiva da Fazenda Solar (Caso, §15), alterando uma das premissas do CONTRATO.

36. Os pleitos da REQUERENTE, por outro lado, não se baseiam em nenhuma violação contratual específica, além de partirem de suposições absolutamente equivocadas, conforme adiantado no capítulo anterior. Não há, portanto, qualquer sombra de dúvida a macular o resultado útil deste procedimento.

² Cf. “Applications for security for costs” (2016), Chartered Institute of Arbitrators. Cf. também “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration” (2018), The International Council for Commercial Arbitration Reports No. 4.

37. Dito de outra forma, mesmo que hipoteticamente se exigisse apenas a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – requisitos da tutela de urgência aplicáveis no âmbito do processo civil (art. 300, CPC/15) – o pedido de garantia de custas da REQUERENTE não estaria idoneamente fundamentado, pelas razões elencadas no parágrafo acima.

38. Além disso, não se deve exigir uma garantia de custas referente a um pedido reconvenicional intrinsecamente ligado ao pleito original formulado pela REQUERENTE, sob o risco de cercear-se o próprio direito de defesa da REQUERIDA:

Where a counterclaim is by way of set-off, to diminish or extinguish the claim (for example, where the claim is for the value of goods and services provided, and the counterclaim is that the goods and services were defective), **the counterclaim is in effect a defence to the claim, and an order for security might stifle that defence.** (CIARB Guidelines, Applications for Security for costs, Commentary on Article 1, “e”)

39. Não é outro o cenário aqui. A SLP busca garantias à execução de obrigações contratuais que se tornaram mais onerosas, e **o pedido reconvenicional da B3P objetiva, justamente, a repactuação do CONTRATO diante desta onerosidade superveniente** (Anexo VIII, item IV). Neste contexto, exigir uma garantia de custas implicaria em negar à REQUERIDA o devido acesso à justiça, por motivos que não são imputáveis a ela³.

40. **A conduta das partes ao longo do procedimento arbitral também é requisito informativo da necessidade ou não de caução.** Por exemplo, quando há elementos evidenciando uma postura evasiva ou tentativas de forjar uma aparente falta de recursos, os tribunais arbitrais podem se mostrar inclinados a ordenar uma garantia de custas (RUBINS, p. 374; GU, p. 196).

41. Ocorre que a REQUERIDA já demonstrou seu máximo comprometimento com a condução eficaz e célere deste procedimento arbitral, ao pagar prontamente não apenas a taxa de administração da câmara e o adiantamento de despesas (Anexo XII), mas também arcar integralmente com as custas da mediação (Caso, § 28). Não há, a rigor, quaisquer razões para duvidar de sua boa-fé.

³ Essa hipótese foi, inclusive, mencionada expressamente pelo tribunal arbitral constituído no conhecido ICC Case No. 10032, como exemplo de um cenário que levaria à rejeição do pedido de *security for costs*.

42. Finalmente, está pacificada na doutrina a necessidade de que se ocorra, também, uma alteração substancial e imprevisível na capacidade financeira da REQUERIDA desde a pactuação da cláusula compromissória – em face da natureza eminentemente consensual da arbitragem comercial (*CIARB Guidelines, Commentary on Article 3, “b”*; *ICCA Reports No.4, p. 168*; *KARRER, DESAX, p. 347*; *WAINCYMER, p. 649*).

43. A SLP parece sugerir que os embargos opostos pela PGFN em um precedente do STF implicariam nesta “alteração substancial” no patrimônio da REQUERIDA (*Anexo VII, item 7*). Contudo, mesmo que a hipótese fosse minimamente verossímil, isso não constituiria nada além do risco do negócio associado à execução do empreendimento (*WAINCYMER, p. 651*), possibilidade já conhecida e aceita expressamente pela REQUERENTE quando da assinatura do CONTRATO (*Anexo III, 2.2.1*), mesmo porque, como se sabe, a SLP teve acesso às demonstrações financeiras dos últimos 05 anos da B3P, as quais foram devidamente auditadas por equipe especializada antes da celebração do negócio (*Anexo XVIII, Esclarecimento nº 10*).

44. Posto isso, vale lembrar que não há partes hipossuficientes aqui. Tanto a SLP quanto a B3P são *players* recorrentes em complexas negociações comerciais, que investem montantes consideráveis de dinheiro em *due diligence* e análises de risco.

45. A disponibilidade de uma ferramenta excepcional para a salvaguarda de direitos é uma coisa. Sua adequação diante das circunstâncias concretas da lide, outra completamente diferente. **O pleito de *security for costs* formulado pela SLP não está respaldado em quaisquer dos requisitos habitualmente utilizados na prática arbitral, e, por conseguinte, deve ser rejeitado sumariamente por este TRIBUNAL.**

(II-B) – A INCLUSÃO DA BACAMASO NA DISPUTA É INCABÍVEL

46. Em linhas rasas, **o presente procedimento arbitral nada mais é do que uma tentativa de obrigar a BACAMASO a participar de uma arbitragem oriunda de cláusula compromissória da qual não é signatária.** Alega a SLP que a BACAMASO estaria

vinculada ao presente procedimento arbitral meramente porque faria parte do grupo econômico da B3P – em frontal violação ao princípio da autonomia da vontade das partes.

47. O fato de pertencerem ao mesmo grupo econômico não é uma presunção absoluta da concordância do não signatário, "mas de simples indício de submissão (...), que pode ser afastado por outras circunstâncias" (TEPEDINO, 2011, p. 5). Nesse sentido, **a mera existência de sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico das contratantes não tem como consequência lógica a assunção de que, todas elas, anuíram com a via arbitral** (FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, p. 283; DINAMARCO, p. 102). Não haveria que se falar, portanto, em consentimento inequívoco das partes.

48. Por mais que façam parte de um mesmo grupo econômico, as sociedades não se tornaram uma só, mantendo a titularidade das relações obrigacionais. Isso, somado ao fato de que o consentimento das partes quando da redação da cláusula compromissória deve ser expresso, afasta a possibilidade de extensão de seus efeitos.

49. A extensão subjetiva da cláusula compromissória é medida excepcionalíssima, apenas autorizada sob determinadas circunstâncias, as quais, importante dizer, não se encontram presentes, *in casu*. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA (p. 82-83), ao analisar o precedente *Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical* (ICC Case No. 4131), entende acertadamente que o consentimento das partes deve ser inequívoco:

*Não creio que, no Brasil, tal solução seja satisfatória. A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. **O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial.***

50. Na prática internacional, destaca-se a sentença proferida pelo tribunal arbitral constituído no ICC Case No. 4402. Naquele caso, o tribunal arbitral se declarou incompetente com relação a um terceiro não-signatário devido ao fato de que: **(i)** arbitragem constitui jurisdição especial fundada na autonomia da vontade das partes; **(ii)** não se pode presumir o consentimento de uma parte que não anuiu, por escrito, quando da celebração da convenção de arbitragem; **(iii)** as sociedades são entidades jurídicas

autônomas; **(iv)** não houve comprovação de que a conduta do terceiro a vincularia, de alguma forma, à cláusula compromissória; e **(v)** finalmente, se o requerente desejasse incluir o terceiro no acordo, poderia ter insistido na inclusão durante as tratativas para a celebração do CONTRATO, mas não o fez.

51. Isto posto, tem-se que: **(i)** a SLP não foi capaz de provar que a conduta da BACAMASO durante a execução do CONTRATO a vincularia à cláusula compromissória; **(ii)** a SLP anuiu com o fato de que a BACAMASO não fizesse parte do CONTRATO; e **(iii)** por ter o condão de afastar a jurisdição estatal, a cláusula compromissória precisa ter a forma escrita e gozar de inequívoca anuência de seus signatários..

O CONSENTIMENTO NÃO PODE SER FABRICADO

52. Observa-se que o ônus de provar eventual extensão da cláusula é da SLP. Por esse ângulo, a REQUERIDA irá demonstrar, de antemão, que nenhum ato praticado pela BACAMASO teria força para superar a ausência de consentimento e vinculá-la ao procedimento arbitral. Nessa lógica, BERNARD HANOTIAU (pp. 125-132), após a análise da jurisprudência francesa, conclui:

Indeed, the key question is whether a non-signatory company has manifested, other than by signing, its will to be bound by the agreement and the arbitration clause contained therein, and whether the signatories of the agreement have accepted that will.

53. Assim, de início, será evidenciada a ausência de anuência quanto à inclusão da BACAMASO. Em comentário ao caso ICC No. 10818, a extensão foi negada pois a contratante A, ao travar diferentes relações jurídicas com as sociedades B e C, tinha ciência de que se relacionava com sociedades distintas e não com o grupo. Justamente o que ocorre no presente caso, haja vista que a própria SLP, em correspondência, afirma: “*sentimos falta de uma garantia corporativa da Bacamaso quanto ao pagamento dos valores em dinheiro*” (Anexo II, p. 16), dando conta de que tinha absoluta ciência quanto à não participação desta.

54. Assim, a hipótese de eventual aplicação da “*teoria da aparência*” é eliminada nessa troca de *e-mails* do dia 01 de março de 2017 (Anexo II, p. 16), posto que a REQUERIDA

declara estar ciente da não participação da BACAMASO e a REQUERENTE, em resposta, confirma que sim, ela não seria parte do CONTRATO. Por essa razão, não há nem nunca houve dúvida sobre quem são as partes do CONTRATO.

55. E nem se diga que haveria, por qualquer razão, alguma hipossuficiência técnica da REQUERENTE, já que, mais uma vez, ambas as partes são sofisticadas e experientes sociedades, com igualmente experientes representantes legais.

56. É fundamental, ainda, ressaltar que de acordo com os artigos 3 e 4 da Lei de Arbitragem Brasileira ("LA"), para que exista um procedimento arbitral, ele deve ser fundamentado em um acordo de arbitragem válido e exequível, devidamente assinado pelas partes envolvidas na controvérsia. Esta presunção lógica é tão cara à LA que sua violação pode levar à anulação ou até mesmo ao não reconhecimento de uma sentença arbitral, conforme os artigos 32 e 38 da LA e o artigo V da Convenção de Nova York. Nesse sentido, NIGEL BLACKABY e CONSTANTINE PARTASIDES (pp. 71-154):

*An arbitration agreement confers a mandate upon an arbitral tribunal to decide any and all of the disputes that come within the ambit of that agreement. **It is important that an arbitrator should not go beyond this mandate. If he or she does so, there is a risk that his or her award will be refused recognition and enforcement under the provisions of the New York Convention. (...)***

57. Adentrando na questão da apuração de vontades, não é porque a BACAMASO está copiada na corrente de *e-mails* que estaria vinculada a este procedimento arbitral. Como já dito, é preciso que eventual comportamento demonstre a inequívoca intenção de se vincular à cláusula compromissória⁴. No precedente ICC Case No. 4504, por exemplo, recusou-se a extensão porque as provas não eram suficientes para evidenciar a concordância da parte não signatária. Além disso, apesar de a parte signatária e a não signatária terem representante comum, as manifestações eram feitas em nome, exclusivamente, da signatária.

⁴ Nesse sentido tem-se o ICC Case No. 9517, no qual a extensão foi negada pois as sociedades não signatárias, integrantes do mesmo grupo, somente podem ser atraídas se tiverem participado efetivamente da negociação e execução do contrato.

58. De igual modo, a BACAMASO não deve ser incluída neste procedimento arbitral sob o argumento de que o Sr. C. Severino – ex-CFO da BACAMASO – teria negociado em nome de um “grupo”, haja vista que ele nada declarou sobre os termos do CONTRATO e sequer negociou, contratou ou exigiu preços e condições. Na verdade, seu papel se restringiu a auxiliar unicamente na realização da *due diligence*, deixando o Sr. J. Ramiro, representante da B3P (!), contratar e representar a REQUERIDA (*Anexo II, p. 13*).

59. Como se sabe, a BACAMASO jamais assinou qualquer instrumento relacionado à operação, o que, por óbvio, a torna estranha à convenção de arbitragem lá celebrada. Assim destaca CARLOS ALBERTO CARMONA (*p. 83*):

*(...) mesmo que o árbitro perceba confusão patrimonial entre a sociedade do mesmo grupo, **não creio possível a inclusão na arbitragem de sociedade que não tenha celebrado o compromisso arbitral**.*

60. O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), em decisão prolatada nos autos da Sentença Estrangeira Contestada (“SEC”) nº 978, entende que na ausência de:

*(...) inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto **afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes** por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais à arbitragem.*

61. Percebe-se, então, que, para a doutrina, mesmo na situação extrema de “*confusão patrimonial*”, não se estende a cláusula arbitral mediante consentimento duvidoso. Ademais, a jurisprudência corrobora tal entendimento, acrescentando ser uma “*ofensa à ordem pública*”.

62. E nem se diga que a adoção da expressão “*Grupo Bacamaso*” teria qualquer relevância para eventual comprovação de consentimento. Isso porque, na *Letter of Intent* (*Anexo I, p. 9*), a expressão consta das considerações iniciais, mencionando, unicamente, que a VRP passará a integrar o referido grupo. Ora, isso é lógico, uma vez que ela será adquirida pela REQUERIDA, que é parte do mesmo. Logo, isso não pode configurar qualquer tipo de consentimento.

63. No CONTRATO, a expressão consta apenas na cláusula primeira, item 1.6 (*Anexo III, p. 20*) que possibilita a REQUERIDA a “*redirecionar a transferência das ações da VRP a quaisquer das sociedades que compõem o Grupo Bacamaso*”, o que de modo algum pode configurar a anuência da BACAMASO à cláusula compromissória.

64. Diante do exposto, resta evidente que **a BACAMASO não pode, sob qualquer hipótese, ser obrigada a integrar o presente procedimento arbitral, visto que, em momento algum, teve qualquer ingerência na elaboração dos termos contratuais e, muito menos, anuiu com a celebração da convenção de arbitragem.**

65. Como o Professor WILLIAN W. PARK bem cita: “*like consummated romance, arbitration rests on consent*” (*PARK, p.1*), consentimento este que, conforme demonstrado, não pode ser encontrado no presente caso.

A SLP NÃO EXIGE A BACAMASO COMO PARTE DO CONTRATO

66. A doutrina aponta que, segundo o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros⁵.

67. No precedente ICC No. 2138, o Tribunal Arbitral debruçou-se sobre a sua competência para decidir sobre litígio relacionado à sociedade não signatária da cláusula compromissória, mas que havia participado na elaboração do contrato em que ela estava inserida. À vista disso, declarou-se incompetente, pois “*constatou-se que (a sociedade X) não é nem signatária nem parte do contrato*” e:

*embora resultem dos elementos dos autos que a negociação da transação e sua conclusão acerca dos termos essenciais foram conduzidas pela sociedade X, **não ficou de forma alguma estabelecido que, se ela própria tivesse assinado o contrato, teria aceito a cláusula compromissória.***

Para a jurisdição arbitral:

⁵ Nesse sentido, Orlando Gomes aduz que: “*princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia (...) o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros*” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.)

as cláusulas compromissórias são de interpretação restritiva e (...) o tribunal não poderia, nessas condições, sem que excedesse a sua competência, manter a sociedade X como parte do presente procedimento.

68. A decisão supracitada deixa claro que em nada importa quem conduziu a elaboração do contrato. Isso porque não há qualquer comando legal ou princípio de Direito que vincule aquele que meramente assistiu na redação de um negócio jurídico. A REQUERIDA meramente transcreveu os termos já bem delineados em tratativas anteriores entre a B3P e a SLP (*Anexo II, p.17*). Repise-se à exaustão que mera transcrição não configura relação obrigacional de qualquer tipo.

69. É preciso, no fim, respeitar o *pacta sunt servanda*. **Os termos do CONTRATO só são extensíveis às partes assinantes.** Essa obviedade, por si só, já desconstitui por completo o pleito da REQUERENTE, que aceitou assinar o CONTRATO sem a prestação de qualquer garantia por parte da BACAMASO. É evidente que o ativo objeto da negociação foi precificado levando em consideração essa realidade. Caso o Tribunal Arbitral entenda de forma diversa estará interferindo em um processo de livre formação de preços articulado entre partes privadas.

III - MÉRITO

70. Superada a discussão preliminar, a REQUERIDA demonstrará ao longo deste capítulo **(III-A)** a inexistência de riscos concretos ao cumprimento das obrigações assumidas por força do CONTRATO, cenário tal que torna supérfluo o pleito da REQUERENTE por garantias adicionais. Não só isso, como também **(III-B)** comprovará de forma cristalina a necessidade de uma efetiva repactuação do CONTRATO, cuja onerosidade superveniente não pode ser imputada à B3P.

(III-A) - DESNECESSÁRIA GARANTIA AO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

REMOTO RISCO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

71. Conforme exposto pela REQUERENTE nos §6 e 7 da Solicitação de Arbitragem “a REQUERENTE não insistiu em garantias ao pagamento da última parcela” pois, ao analisar as demonstrações financeiras da REQUERIDA, concluiu pela solidez de seu patrimônio (*Anexo VII*).

72. No desenvolver da sua própria – e criativa – versão dos fatos, a REQUERENTE relaciona com uma suposta evidência de insolvência, a seu ver, uma superveniente complicação enfrentada pela REQUERIDA com a oposição de embargos de declaração pela PGFN nos autos do RE, julgado em sede de repercussão geral no STF⁶, por meio do qual se requereu a modulação dos efeitos do acórdão, visando a aplicabilidade da decisão a partir da sua publicação.

73. A relação acima exposta, construída pela REQUERENTE, se fundamenta pela matéria discutida no RE ser idêntica àquela da ação **transitada em julgado** da REQUERIDA, que resultou na constituição dos seus créditos tributários, qual seja, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

74. Ora, senhores árbitros, nos ditames do princípio da segurança jurídica, uma vez que já declarada em sentença o direito da REQUERIDA, **em processo judicial transitado em julgado**, há de se reconhecer que os créditos tributários ora citados, observados e reconhecidos pela REQUERENTE (*Anexo III, 2.2.1*), não eram passíveis de qualquer risco.

75. Para endossar a certeza na solidez dos créditos tributários constituídos como ativos, há, inclusive, afirmação da própria REQUERENTE acerca da desnecessidade de apresentação de garantias para o cumprimento da última parcela do CONTRATO (*Anexo VII, §6*).

76. Em síntese, a REQUERENTE pleiteia apresentação de garantia pela REQUERIDA tão somente em razão do “efeito impactante” da oposição de embargos pela PGFN no RE, pressupondo o risco de que o STF venha a decidir favoravelmente à modulação de efeitos, o

⁶ CRFB/88 - Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Acrescentado pela EC nº 45, de 2004).

que prejudicaria a ação que deu origem aos créditos tributários da REQUERIDA, conduzindo a sua insolvência, em um quadro de conjecturas sustentado por hipótese de cunho midiático e atécnico.

77. Ao observar, primeiramente, o instituto da modulação de efeitos, encontramos como delineador o Código de Processo Civil (CPC/15), que a disciplinou em seu artigo 927, § 3º, no qual estabelece quando é devida a modulação de efeitos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (...)

*§ 3º - Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal** e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração **no interesse social e no da segurança jurídica.***” (grifou-se)

78. No mesmo sentido, a Lei 9.868/99, em seu art. 27, traz a previsão da modulação dos efeitos nas duas seguintes hipóteses: quando necessária para proteção **(i)** da segurança jurídica e **(ii)** do excepcional interesse social.

79. Por óbvio, não é possível antever concretamente o resultado do julgamento dos referidos embargos, devendo-se considerar, portanto, a análise dos dois principais aspectos decisivos para elucidar a questão: **(i)** a legislação em vigor e **(ii)** o entendimento jurisprudencial da Corte em relação ao instituto de modulação de efeitos.

80. Desta feita, é possível observar a análise dos quesitos referidos no art. 927 do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99 – alteração jurisprudencial, interesse social e no da segurança jurídica - em julgado de matéria tributária recente no STF, realizado no dia 23.05.2018, do RE 718.874, em que foram rejeitados pelo Plenário os embargos de declaração opostos contra decisão que declarou constitucional a cobrança da contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001 (FUNRURAL)⁷. Nas palavras do ministro relator, Alexandre de Moraes, “*uma eventual modulação feriria de forma absurda a boa-fé e segurança jurídica daqueles que há 17 anos vem contribuindo e cumprindo a lei.*”

⁷ Informativo nº 903 do STF.

81. Pelo exposto, dos quesitos necessários, destaca-se a necessidade de mudança de jurisprudência da Corte para que a modulação de efeitos possa ser deliberada, o que, de fato, **não é o caso**, pois é possível encontrar julgados sobre a matéria em questão no STF há mais de três anos, uma vez que o STF já a deliberou no julgamento do RE nº 240.785, no qual julgou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, finalizado em 08.10.2014, por 7 votos contra 2. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes elucidou seu entendimento⁸:

*Não constitui demais reiterar a advertência de que **a prerrogativa de tributar não outorga o poder de suprimir ou inviabilizar direitos constitucionais assegurados ao contribuinte**. Este dispõe de um sistema de proteção destinado não a exonerá-lo do dever de pagar tributos, mas destinado a ampará-lo quanto a eventuais excessos ou ilicitudes cometidas pelo poder tributante.*

82. Alternativamente, em relação ao argumento da violação aos princípios da segurança jurídica e boa-fé objetiva a ensejar a modulação dos efeitos, não há respaldo para sua aplicação no presente caso, pois, em que pese o julgamento do RE nº 240.785 tenha resultado na declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, tal desfecho vinha sendo anunciado desde agosto de 2006.

83. Em outras palavras, o risco aos cofres públicos, conforme argumento trazido pela PGFN, não se configura, uma vez que o entendimento já vinha sendo anunciado, ficando o contribuinte ciente do reconhecimento de inconstitucionalidade quanto à matéria, bem como a União ciente de que, por entendimento dos Ministros do STF, estavam onerando o contribuinte com impostos inconstitucionais.

84. Desconstruídas as possibilidades de modulação por alteração jurisprudencial ou risco à segurança jurídica, resta analisar o “excepcional interesse social”, que, conforme entende a doutrina majoritária, diz respeito aos governados, não ao governo. ANA PAULA ÁVILA (pp. 164-166) assim assinalou sobre a questão:

É interessante observar que o legislador pátrio preferiu o termo excepcional interesse social a excepcional interesse público. De plano é de se inferir que, se esta parte do dispositivo for considerada válida, através do seu uso deverá ter prevalência o interesse

⁸ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277026>

da sociedade – por suposto: a soma dos interesses individuais -, quando contraposto aos interesses do próprio Estado.

85. Não obstante, ainda que modulados os efeitos, em relação aos processos que transitaram em julgado no curso do RE, **já há entendimento difundido no sentido de inexistir óbice à aplicação do seu acórdão nos processos em curso em tribunais da primeira instância quando a sentença coincidir com o julgado pelo STF**, uma vez que o CPC/15 contempla essa possibilidade.

86. O referido entendimento foi confirmado pela decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na Reclamação 30996, no âmbito da qual a PGFN requereu o sobrestamento de ação até o trânsito em julgado do RE, uma vez que abarcava a mesma matéria. O ministro fundamentou sua decisão no sentido de que a modulação de efeitos não impede a aplicação da regra do CPC/15⁹ que autoriza aos tribunais de origem adotar o entendimento do STF em causas sobre o mesmo tema.

DESNECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA

87. Inexistindo, portanto, risco de insolvência trazido pelas razões acima expostas, **não se necessitam grandes esforços para se concluir que não há razões que justifiquem a REQUERIDA caucionar a execução do contrato**. Mesmo que parte do seu patrimônio seja composto, consideravelmente, por créditos tributários, oriundos da ação tributária já transitada em julgado, será aqui elucidado que, ainda na eventual hipótese do STF conceda a modulação dos efeitos - o que se demonstrou ser pouco provável - **o suposto impacto no patrimônio da REQUERIDA não afetará a execução do CONTRATO**.

88. Isso porque a modulação dos efeitos não deverá afetar os contribuintes que teriam acessado o Judiciário anteriormente a definição dessa disputa, ou seja, em data

⁹ CPC/15. Subseção II. Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.

anterior a 15.03.2017, como é o caso da REQUERIDA, que já havia ação proposta e teve o trânsito em julgado da sua ação antes da compra das ações da VRP, ocorrida em 20.03.2017.

89. Em outras palavras, na eventual hipótese do STF decidir pela modulação de efeitos, há precedente em matéria de inconstitucionalidade de tributo na qual determinou-se a modulação para que a decisão tivesse efeito *ex nunc*, **com exceção das ações sobre a mesma matéria já em curso com o mesmo entendimento do Plenário**, além de determinar que os contribuintes que deixaram de recolher o tributo, entendido como inconstitucional, **não seriam cobrados pelo período que deixaram de contribuir após a decisão de suas ações** (ADI 4.628 e 4.713; RE 240. – Julgados em 2014).

90. Diante disso, verifica-se que **não** é plausível se exigir da REQUERIDA a prestação de garantia para a execução do contrato, até porque **exigir a garantia diante de uma eventual possibilidade de alteração patrimonial que pudesse gerar desequilíbrio econômico do contrato é, de antemão, deliberadamente desequilibrar o contrato baseado em uma hipótese pouco provável.**

91. Ademais, há de se rememorar que a REQUERENTE teve acesso às demonstrações financeiras da REQUERIDA referentes aos últimos cinco anos, tendo sido devidamente auditadas e aprovadas (*Anexo XVIII, Esclarecimento n. 10*). Ou seja, **antes mesmo de contratar com a REQUERIDA, a REQUERENTE tinha plena ciência de que parte do seu patrimônio era formado por ativos tributários, e, mesmo sabendo do suposto risco, optou por seguir a contratação sem a inserção de uma cláusula de garantia.**

92. O suposto risco sustentado pela REQUERENTE não foi levantado durante a *due diligence*, pois não existia, bem como não existe agora, ou, melhor dizendo, era tão remoto à época quanto o é agora.

(III-B) – A REPACTUAÇÃO DO CONTRATO É MEDIDA IMPERATIVA

LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE VIABILIDADE DE MINERAÇÃO EM ÁREA DE FLONA

93. Não há que se falar em prestação de garantia por alteração das realidades fáticas do momento da contratação, **a uma** porque a REQUERIDA teve acesso a todos os

documentos, os auditou e aprovou sem ressalvas e **a duas** porque eventual modulação dos efeitos não irá alterar a capacidade da B3P de cumprir com o CONTRATO.

94. O terreno de 2.000 hectares, objeto do CONTRATO e sobre o qual a lavra seria implementada, abrange dois municípios, Mato Alto e Valquírias. As terras localizadas nesta última municipalidade, entretanto, apresentam uma peculiaridade: estão protegidas pelo regime especial de Floresta Nacional (FLONA), uma espécie de Unidade de Conservação (UC) regulamentada pela Lei 9.985/2000.

95. A B3P, empresa prestigiada e com experiência no ramo da mineração, estava atenta à questão. Durante a *due diligence*, debruçou-se acerca da possibilidade de extração mineral em área de FLONA, atentando para: **(i)** o decreto 1.298/94, em seu art. Art. 5º¹⁰, faz menção expressa a possibilidade de atividade mineral em área de FLONA; **(ii)** a Lei 9.985/2000 veda expressamente a mineração em outras espécies de UCs, como o faz no caso de Reserva Extrativista¹¹, todavia, nada menciona em relação ao regime de FLONA¹², inferindo-se, à *contrario sensu*, da possibilidade de mineração¹³; **(iii)** o fato de que atividades minerárias foram permitidas nas seguintes FLONAs: Bom Futuro (Decreto Federal 96.188/88), Carajás (Decreto 2.486/98), Amana (Decreto s/nº de 13.02.06), Amapá (Decreto 97.630/89), Crepori (Decreto s/nº de 13.02.06), Jamanxim (Decreto s/nº de 13.02.06), Tapirapé Aquiri (Decreto 97.720/89) e Saracá Taquera (Decreto 98.704/89).

96. Chegou-se assim à conclusão de que **a extração de potássio, inclusive na parte da FAZENDA SOLAR dentro da FLONA de Valquírias, era absolutamente viável.**

97. Além disso, todo o processo de licenciamento junto ao DNPM apresentado pela SLP à B3P, dentre eles a aprovação do relatório de pesquisa e o deferimento da

¹⁰ Art. 5º A cota da compensação financeira de que trata a Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, a ser aplicada em proteção ambiental, será destinada ao suporte financeiro da FLONA em que for explorado o recurso mineral.

¹¹ Art. 18, § 6º São proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional.

¹² Art. 17 da Lei 9.985/2000.

¹³ Esse também é o entendimento da Procuradoria Geral Federal: “Por argumentação *contrarii sensu*, a vedação legal expressa à mineração em RESEX confirma a possibilidade dessa atividade nas demais UCs de uso sustentável. Como observa William Freire, ‘se o legislador pretendesse limitar a exploração dos recursos minerais em todas as Unidades de Conservação de Uso Sustentável, tê-lo-ia feito expressamente, tal qual o fez com as Reservas Extrativistas’”. Parecer nº 525/2010/FM/PROGE/DNPM.

portaria da lavra do potássio, **tornaram ainda mais sólida a percepção da realidade fática no sentido de que a mineração na integralidade da área da FAZENDA SOLAR era, sim, juridicamente possível.**

ONEROSIDADE SUPERVENIENTE QUE NÃO SE PODE IGNORAR

98. Como se disse, finalizada a *due diligence*, a B3P confirmou a viabilidade do negócio. Fato este que a levou a firmar o CONTRATO com a SLP.

99. O CONTRATO foi pactuado em virtude do grande potencial minerário da FAZENDA SOLAR para a lavra de potássio. **A extração do componente mineral era, portanto, o objetivo central da aquisição das ações pela REQUERIDA.**

100. As partes estavam especialmente entusiasmadas com o empreendimento muito porque a BP3 era acionista majoritária de uma *startup* de soluções químicas – a SQI – cuja *expertise* a tornava uma das empresas mais capacitadas para realizar o dito procedimento. À época da assinatura do CONTRATO, a VRP já havia inclusive obtido todas as licenças, alvarás e autorizações necessárias à exploração do subsolo da FAZENDA SOLAR junto ao DNPM (*Anexo III CONTRATO de compra e vendas item ii*).

101. A B3P se comprometeu em contribuir para a construção da mina na FAZENDA SOLAR na proporção de sua participação acionária na VRP, devendo a REQUERIDA finalizar a operacionalização da FAZENDA SOLAR em até 2 anos da assinatura do CONTRATO e realizar o procedimento de licenciamento ambiental, elaboração de projeto e início da terraplanagem dentro de 6 meses.

102. Para a realização desses processos, a REQUERIDA imediatamente contratou a sociedade SERTÕES E VEREDAS, dando início, assim, ao cumprimento imediato de suas obrigações contratuais.

103. Contudo, em setembro de 2017, a SERTÕES E VEREDAS foi surpreendida pela informação transmitida pelo CMAV no sentido de que, a despeito da outorga de lavra da VRP, o órgão não iria licenciar a mina na parte da FAZENDA SOLAR no município de Valquírias (Memorial, § 8º).

104. **Tal decisão mostrou-se extremamente inesperada pela REQUERIDA**, tendo em vista não só a preocupação da própria SQI em criar um processo de extração com impacto mínimo para a vegetação nativa, como também a expectativa de viabilidade do negócio obtido através do sólido processo de *due diligence*.

105. O imprevisto causou, por óbvio, um atraso no cumprimento das obrigações assumidas no CONTRATO. Afinal, **o licenciamento ambiental era extremamente necessário para o prosseguimento do empreendimento**, o qual ainda que não de todo impossibilitado pela inviabilidade de operação da mina na área de FLONA, foi prejudicado por isso, pois grande parte do investimento contava com a exploração do subsolo da FAZENDA SOLAR em Valquírias.

106. **Essa impossibilidade, por motivos alheios a vontade da REQUERIDA, da exploração planejada pelas partes causou representativo desequilíbrio contratual**. Por tal razão a REQUERIDA solicitou, na forma da Cláusula 09 do CONTRATO, a repactuação deste por meio de procedimento de mediação, valendo-se do princípio da boa-fé objetiva na forma da máxima *rebus sic stantibus*, na medida em que, sendo ele um CONTRATO a termo, fica a todo tempo subordinado ao mesmo estado de subsistência das coisas.

107. O Código Civil de 2002 versa sobre a Teoria da Imprevisibilidade em seus artigos 478¹⁴ e 479¹⁵, nos quais admite a possibilidade de resolução ou, se desejado pela parte prejudicada, repactuação do CONTRATO, se, por motivo de acontecimento superveniente e imprevisível, uma das partes se encontrar excessivamente onerada. Sobre a resolução por onerosidade excessiva, ANDERSON SCHREIBER (2017) afirma que:

*A ideia de que o instrumento contratual firmado lá na largada da relação contratual é um documento milagroso que irá oferecer resposta a todos os impactos de eventos futuros sobre a relação contratual é uma ideia falsa. Temos que substituir o método backward-looking pelo método forward-looking no direito dos contratos. E para isso é **imprescindível o reconhecimento de um dever de renegociar**, entendido não como o dever de revisar o CONTRATO extrajudicialmente ou de aceitar as condições sugeridas*

¹⁴ Art. 478. Nos Contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do Contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹⁵ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do Contrato.

pelo contratante que sofre o desequilíbrio, mas sim como um dever de ingressar em renegociação, com base na boa-fé objetiva.

108. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência de nossos tribunais. O STJ se posicionou da seguinte maneira no AREsp 433536/RS:

É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual.

109. Um contrato no qual uma das partes encontra-se excessivamente onerada por um fator alheio ao seu controle ou vontade não cumpre sua função social na medida em que é pouco expressivo da vontade das partes – uma vez que o que fora inicialmente acordado, já não poderá mais ser cumprido. Nesse sentido, cabe aqui destacar a colocação de GUSTAVO TEPEDINO (2012, p. 131):

No, entanto, considerando que a resolução por onerosidade excessiva está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, é bem possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do art. 478 sejam relidos à luz desses novos princípios, despregando-se assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da imprevisão.

110. Há ainda um terceiro princípio setorial do Direito Civil que, apesar de implícito, é amplamente reconhecido pela doutrina: o princípio do equilíbrio contratual (MATTIETTO, pp. 183-191). Segundo ANDERSON SCHREIBER (2018, p. 48), este princípio é o responsável por trazer para o campo dos contratos a efetividade dos valores constitucionais, em especial, a igualdade substancial e a solidariedade social. Ainda sobre o tema, afirma LEONARDO MATTIETTO (p. 189):

Dado que o equilíbrio contratual remete à igualdade, como princípio constitucional, a resolução ou revisão do contrato em razão da alteração de circunstâncias são expressões de uma exigência fundamental do ordenamento. O princípio da igualdade é a ratio que enseja o equilíbrio nas relações jurídicas contratuais.

111. Assim sendo, é com base na harmonização entre os clássicos princípios da autonomia privada, da relatividade e da obrigatoriedade do CONTRATO com os emergentes

princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio do CONTRATO, respectivamente, que se busca uma revisão do pacto firmado com a B3P.

112. O indeferimento do CMAV foi, justamente, a materialização do fato imprevisível superveniente. **A inviabilidade de 39% da área destinada à instalação da mina, indubitavelmente, gerou um elevado prejuízo à REQUERIDA, tornando a proporção entre as prestações patentemente desequilibrada.**

113. A B3P, por meio do procedimento de mediação – tal como autorizado pela *Cláusula 9.1* – tinha a **intenção de dirimir o presente conflito de modo que às partes pudessem, por si mesmas, definir parâmetros que tornassem novamente justo, equilibrado e equânime o CONTRATO,** tendo em vista a nova situação fática.

114. Por tais razões, fica evidente que a ocorrência do fato superveniente acima narrado impõe, como medida de preservação do equilíbrio contratual e dos princípios basilares do direito civil, a repactuação do CONTRATO que deu origem ao presente procedimento arbitral.

(IV) – CONCLUSÃO E PEDIDOS

115. Pelo quanto exposto, a B3P confia que o Tribunal Arbitral dará provimento aos seus pleitos, para:

- (i) Rejeitar o pedido de prestação de *security for costs*;
- (ii) Rejeitar a inclusão da BACAMASO no polo passivo do procedimento;
- (iii) Declarar improcedente o pedido de fornecimento de garantias à execução das obrigações contratuais assumidas pela B3P; e
- (iv) Acolher o pedido reconvenicional da REQUERIDA, a fim de que seja determinada a repactuação do CONTRATO.

116. É o que se requer.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2018

(assinaturas)