

EQUIPE Nº 136

Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB)

Procedimentos Arbitrais nºs 00/16 e 00/17

B3P ENGENHARIA S/A

(Requerente)

VS

BACAMASO ELÉTRICA S/A

(Requerida)

MEMORIAL DA REQUERIDA

Beagá, 30 de Agosto de 2017

SUMÁRIO

ÍNDICE DE REGRAS.....	4
ÍNDICE DE ABREVIACOES.....	5
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	7
ÍNDICE DE CASOS.....	9
OUTROS.....	10
BREVE RELATO DOS FATOS.....	11
I. PRELIMINARES	
I.1 O PROCEDIMENTO ARBITRAL N 00/17 DEVE SER SUSPENSO EM RAZO DA EXIGÊNCIA DE REALIZAO DE PROCEDIMENTO DE MEDIAO PRÉVIA	14
I.2 OS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS N 00/2016 E 00/2017 DEVEM SER REUNIDOS	19
II. MÉRITO	
II.1 O CONTRATO NÃO DEVE SER REPACTUADO ANTE O ACRÉSCIMO DO PREO PARA COMPRA E INSTALAO DOS AEROGERADORES.....	23
II.2 A MULTA APLICADA PELA BACAMASO  B3P EM DECORRÊNCIA DO ATRASO NA ENTREGA DO P4  DEVIDA E PODE SER CUMULADA COM PAGAMENTO EM LUCROS CESSANTES.....	29
III. CONCLUSO	34
IV. PEDIDOS	34

Para:

O TRIBUNAL ARBITRAL

Dra. Regina Falange

Dra. Chananda Bong

Dr. Draco Ramorei

C.c.:

ADVOGADOS DOS REQUERENTES

Dr. K. Bright

Dr. M Kauggman

Dr. D. Crane

**SECRETARIA GERAL DA CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL-
BRASIL**

(CAMARB)

Dra. Regina Falange

Av. do Contorno, 6.594, 3º andar, Lourdes- Belo Horizonte/ MG

Ref: Procedimentos Arbitrais nºs 00/16 e 00/17.

ÍNDICE DE REGRAS

CC	Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil Brasileiro
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/15	Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 Código de Processo Civil
CPC/73	Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 Código de Processo Civil
I Jornada de Direito Comercial	I Jornada de Direito Comercial Brasília, 23-24 de outubro de 2012 Centro de Estudos Judiciários (CEJ)
Lei de Arbitragem	Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996
Resolução nº 237/1997	Resolução CONAMA de 19 de dezembro de 1997
Resolução nº 6/1987	Resolução CONAMA de 16 de setembro de 1987

ÍNDICE DE ABREVIACÕES

§	Parágrafo
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
B3P	B3P Engenharia S/A
Bacamaso	Bacamaso Elétrica S/A
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil
Casabe	Casabe Ltda.
Caso	Caso da VIII Competição Brasileira de Arbitragem Petrônio Muniz
CC	Código Civil
CCI	Câmara de Comércio Internacional
Código de Ritos	Código de Processo Civil
Complexo	Complexo Eólico Greenwich
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
Contratada	B3P Engenharia S/A
Contratante	Bacamaso Elétrica S/A
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EPC	<i>Engineering, Procurement and Construction Agreement</i>

LCIA	<i>London Court Of International Arbitration</i>
LI	Licença de Instalação
p.	Página/ Páginas
P1	Primeiro Parque Eólico do Complexo Eólico Greenwich
P2	Segundo Parque Eólico do Complexo Eólico Greenwich
P3	Terceiro Parque Eólico do Complexo Eólico Greenwich
P4	Quarto Parque Eólico do Complexo Eólico Greenwich
P5	Quinto Parque Eólico do Complexo Eólico Greenwich
Partes	Bacamaso Elétrica S/A e B3P Engenharia S/A
Procedimento	Procedimento Arbitral
Requerente	B3P Engenharia S/A
Requerida	Bacamaso Elétrica S/A
REsp	Recurso Especial
Semad/VR	Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Vila Rica
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Arbitral	Tribunal Arbitral constituído nos presentes procedimentos pelos árbitros Dra. Regina F., Dra. Chananda B. e Dr. Draco R.
Unagi	Unagi Co.
VS.	<i>Versus</i> (contra)

ÍNDICE DE AUTORIDADES

<i>Bueno, 2016</i>	BUENO, Cassio Scarpinella. <i>Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.</i>	§47
<i>Brandt, 2009</i>	BRANDT, Caroline Botsman. Riscos no Contrato EPC (<i>Engineering, Procurement and Construction</i>). Dissertação de Mestrado na PUC/SP, 2009.	§§ 71, 74, 108
<i>Coelho, 2005</i>	COELHO, Fábio Ulhôa. <i>Curso de Direito Civil. V. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005</i>	§ 71
<i>Enei, 2007</i>	ENEI, José Virgílio Lopes. <i>Project Finance. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.</i>	§ 71
<i>Levy, 2013</i>	LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. <i>Cláusulas Escalonadas: A mediação comercial no contexto da Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.</i>	§§ 21, 22, 24
<i>Nery Junior, 2000</i>	NERY JUNIOR, Nelson. <i>Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2000.</i>	§ 31
<i>Neves, 2016</i>	NEVES, Daniel Amorim Assumpção. <i>Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm 2016.</i>	§§ 35, 47, 56, 59
<i>Caivano, 2011</i>	CAIVANO, Roque J, “Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos en Tratado de Derecho arbitral Tomo I” Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá: 2011	§ 25
<i>File, 2013</i>	FILE, D Jason , “United States: multi-step dispute resolution clauses”. En: IBA Legal Practice Division, Mediation Committee 5 Newsletter, Julio del 2007, En: Consulta: 21 de marzo de 2013	§ 27

Lopez Anton, 1985 LOPEZ ANTON, Félix, “Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (La aplicación del Convenio de Nueva York)”. En: Diario La Ley, Tomo 2, 1985. En: <http://www.wke.es/salaprensa/White/white_2.html> § 27

Gonçalves, 2014 GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil brasileiro, §§ volume 2: teoria geral das obrigações, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. 130, 131

Nery Junior, 2013 NERY JUNIOR, Nelson, Código Civil comentado, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. §§ 130, 131

ÍNDICE DE CASOS

STJ

REsp 1.278.218	Recurso Especial n.º 1.278.217/ Minas Gerais. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 29 de março de 2012.	§59
REsp 1.226.016	Recurso Especial n.º 1.226.016/ Rio de Janeiro. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 25 de março de 2001.	§59
AREsp 691.530	Agravo em Recurso Especial n.º 691.530/ Rio de Janeiro. Terceira Turma. Relator Min. Presidente do STJ, Francisco Falcão, julgado em 26 de maio de 2015.	§59
REsp 1.326.595	Recurso Especial n.º 1.316.595/ São Paulo. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10 de novembro de 2016.	§87
REsp 1.518.605	Recurso Especial n.º 1.518.605/ Mato Grosso. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15 de fevereiro de 2016.	§89
REsp 1.321.614	Recurso Especial n.º 1.321.614/ São Paulo. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16 de dezembro de 2014.	§89
AREsp 1.096.407	Agravo em Recurso Especial n.º 1.096.407/ Distrito Federal. Terceira Turma. Relator Min. Moura Ribeiro, julgado em 25 de maio de 2017.	§112
AREsp 847.358	Agravo em Recurso Especial n.º 847.358/ Minas Gerais. Terceira Turma. Relator Min. Moura Ribeiro,	§129

julgado em 29 de fevereiro de 2016.

AREsp 1.036.849 Agravo em Recurso Especial nº 1.036.849/ São Paulo. Terceira turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 1º de fevereiro de 2017. §129

OUTROS

Estatísticas do Departamento de Justiça Americano Acessado em 11/06/2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice>> § 36

Estrutura dos Contratos de EPC Acessado em 10/07/2017. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/19/estrutura-de-contratos-epc-as-caracteristicas-e-modalidades-dos-267580-1.aspx>> § 70

Banco Central – Conversão do Dólar Acessado em 02/08/2017. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>> § 88

Riscos no Contrato de EPC Acessado em 02/08/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/pareceres/52096/a-transferencia-do-risco-nos-contratos-de-empreitada-epc-turn-key-e-os-impactos-tecnicos-e-comerciais-breves-consideracoes>> § 108

ILUSTRÍSSIMOS MEMBROS DO TRIBUNAL ARBITRAL

A BACAMASO ELÉTRICA S.A [“requerida” ou “Bacamaso”], parte nesse Procedimento Arbitral, do qual é requerente B3P ENGENHARIA S.A [“requerente” ou “B3P”], por seus advogados, vem, atendendo ao disposto no Termo de Arbitragem [Caso, p. 48], apresentar seu Memorial, com base nos argumentos de fato e de direito a seguir expostos.

BREVE RELATO DOS FATOS

1. A Bacamaso Elétrica S.A é reconhecida pela sua intensa atuação no setor de geração de energia elétrica e por ter sido pioneira na exploração de fontes renováveis no Brasil. Nos últimos tempos adentrou no ramo das fontes eólicas de produção de energia, tornando-se líder no referido mercado.
2. Impõe-se destacar, como forma de melhor evidenciar a relação comercial estabelecida entre os contratantes, a consolidada parceria que firmaram para a execução de projetos anteriores ao que ensejou o presente litígio.
3. Ao longo dos anos 2000 a Bacamaso empreendeu um de seus maiores projetos, a Construção do Complexo Eólico de Greenwich, composto por três parques eólicos. Tal Complexo é o maior da América Latina em potencial de geração de energia de fonte eólica, estando situado no Estado de Vila Rica. No tocante à construção do empreendimento, a B3P assumiu a liderança dos trabalhos.
4. Considerando o próspero desenvolvimento de seus negócios desde o início da operação do Complexo Eólico de Greenwich, a diretoria da Bacamaso autorizou, em setembro de 2014, a adição de dois parques eólicos ao Complexo, dando início imediatamente aos procedimentos necessários para a obtenção das licenças prévias referentes ao empreendimento. Ato contínuo, contactou a B3P solicitando elaboração de

proposta para a construção dos dois novos parques eólicos (“P4” e “P5”), levando-se em conta que seriam utilizados os mesmos padrões contratuais estabelecidos para o primeiro empreendimento (Complexo Eólico de Greenwich), qual seja, modelo contratual de *Engineering, Procurement and Construction Agreement* (“EPC”). [Caso, p. 7]

5. A seu turno, a B3P realizou as deliberações necessárias no que tange à cotação dos aerogeradores no mercado, elaborando sua proposta com base nos modelos fornecidos pela Unagi, companhia cuja sede é no Japão. Os primeiros parques eólicos do Complexo Eólico de Greenwich foram construídos com a utilização de aerogeradores fabricados pela Unagi.
6. Neste passo, estabelecidas as bases do negócio, no dia 11 de fevereiro de 2015, a B3P e a Bacamaso firmaram o Contrato de EPC. Nesse acordo ficaram estipuladas as datas de 1º de janeiro de 2017 e 1º de dezembro de 2017 para a entrega do quarto e quinto parques (“P4” e “P5”), respectivamente.
7. Desde logo, em março, conforme o cronograma contratual, a B3P deu início aos procedimentos necessários para a obtenção da Licença de Instalação perante a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Vila Rica (“SEMAD/VR”). No entanto, devido a apontamentos feitos pela SEMAD/VR a respeito de exigências complementares para o andamento do procedimento, somados à greve deflagrada pelos funcionários da SEMAD/VR em 5 de agosto de 2015, o processo para obtenção de Licença de Instalação sofreu atrasos.
8. Superadas as indefinições relativas à obtenção da referida licença, a B3P entrou em contato com o fornecedor previamente contatado (Unagi), objetivando a efetiva compra dos aerogeradores.
9. Contudo, a Unagi respondeu negativamente. Afirmou que estaria impossibilitada de fornecer os aerogeradores devido ao encerramento de suas atividades, acarretado pelos efeitos da crise econômica mundial [Caso, p. 32]. A B3P procurou, então, outras fabricantes que pudessem suprir a necessidade de fornecimento dos aerogeradores, optando pela proposta oferecida pela Casabe Ltda. [Caso, p. 33]. Todavia, ainda que a

empresa pudesse fornecer os aerogeradores em tempo hábil, uma vez que sua sede é no Brasil, os custos para a B3P ampliaram-se em relação àqueles previstos quando do orçamento com a Unagi.

10. Assim, considerando o aumento dos custos, a B3P pleiteou junto à requerida a repactuação do valor total do contrato. Porém, a Bacamaso se recusou a aceitar o Aditivo ofertado pela B3P [*Caso, p. 35*]. Em 10 de maio de 2016 a requerente comunicou à Secretaria da CAMARB sua intenção de instaurar procedimento de mediação nos termos do Contrato. Entretanto, as negociações foram infrutíferas. Em razão disso, em 9 de julho de 2016 a B3P remeteu à CAMARB solicitação de instauração de procedimento arbitral, por meio do qual pleiteia a repactuação do valor contrato. A tal procedimento foi atribuída a numeração 00/2016.
11. Após a instauração do Procedimento Arbitral nº 00/2016, em 13 de janeiro de 2017, expirado o prazo para a entrega do P4, a Bacamaso notificou a B3P a respeito da aplicação de multa prevista na Cláusula 8.4 do Contrato [*Caso, p. 53*]. Por e-mail, a B3P solicitou à Bacamaso que reconsiderasse sua decisão a respeito da aplicação da multa, argumentando que o atraso seria devido a fatos que fugiam do controle da empresa. Desse modo, não poderia ser a ela atribuída a culpa pelo atraso na entrega do P4 [*Caso, p. 54*]. A Bacamaso, no entanto, manteve seu posicionamento.
12. Pautados na alegação de que o atraso seria devido aos adiamentos constantes por parte da SEMAD/VR para a emissão da Licença de Instalação, em 18 de janeiro de 2017, a B3P ajuizou perante a Justiça Estadual de Vila Rica pedido de tutela de urgência antecedente, requerendo a suspensão da aplicação da multa aplicada pela Bacamaso [*Caso, p. 55*]. Deferida a tutela provisória em 24 de janeiro de 2017, a Bacamaso recorreu da decisão, não tendo, contudo, o Tribunal de Justiça de Vila Rica concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento, o qual ainda se encontra pendente de julgamento.
13. Pretendendo conservar os efeitos da tutela, a B3P manifestou, em 23 de fevereiro de 2017, a intenção de instalar novo procedimento arbitral perante à CAMARB, por meio do qual espera que a multa a ela imputada

pelo atraso na entrega do P4 seja declarada era indevida. O referido procedimento recebeu a numeração 00/2017. Simultaneamente, requereu a reunião dos Procedimentos Arbitrais nº 00/2016 e nº 00/2017.

14. Ato contínuo, a Bacamaso, em resposta, pleiteou a suspensão do Procedimento Arbitral nº 00/2017, argumentando que, conforme o disposto no Contrato, haveria como pré-requisito à instauração do Procedimento Arbitral o exaurimento da etapa de mediação. Da mesma forma, quanto ao mérito, expressou interesse em reconvir, alegando ser devida a cobrança da multa e a cumulação de tal com a condenação da B3P ao pagamento de lucros cessantes, nos termos do Contrato [Caso, p. 21]. Sinalizando um ato de boa-fê, a Bacamso declarou, ainda, não se opor à conservação dos efeitos da tutela de urgência até a decisão por parte do Tribunal Arbitral a respeito dos pedidos formulados.
15. Em observância ao disposto no item 3.7 do Regulamento de Arbitragem da CAMARB, o Tribunal Arbitral, constituído para dirimir as controvérsias referentes ao Procedimento Arbitral nº 00/2016, avocou para si a competência para decidir a respeito da procedência do pedido de reunião dos Procedimentos Arbitrais nºs 00/2016 e 00/2017 e sobre eventual suspensão do Procedimento Arbitral nº 00/2017.
16. Isto posto, em face das razões de fato e de direito aduzidas no presente memorial, a Requerida sustenta: **a)** a imediata suspensão do Procedimento Arbitral nº 00/2017; **b)** a impossibilidade de reunião dos procedimentos arbitrais; **c)** o julgamento de improcedência dos pedidos formulados pela B3P; e **d)** a cumulação da multa imputada à B3P com sua condenação ao pagamento de lucros cessantes.

I. PRELIMINARES

17. As questões preliminares desse caso dividem-se em duas. A primeira refere-se à suspensão do Procedimento Arbitral nº 00/17 e a segunda à impossibilidade de reunião do Procedimento Arbitral nº 00/16 e do Procedimento Arbitral nº 00/17. Ambas serão a seguir demonstradas.

I.1 O PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 00/17 DEVE SER SUSPENSO EM RAZÃO DA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO PRÉVIA

18. Como se observa, o primeiro ponto preliminar é definir se o Procedimento Arbitral nº 00/17 deve ser suspenso em razão da exigência de mediação prévia.
19. A Requerida entende que sim, tendo em vista que o procedimento de mediação prévia é mandatário, como será demonstrado.
20. A Cláusula 31 do Contrato [*Caso, p. 24-25*] estabelece que qualquer controvérsia que surgir a respeito do negócio deve ser levada inicialmente ao procedimento medial e, somente se este restar infrutífero, deve ser levada ao procedimento arbitral. Esse é um clássico exemplo da chamada cláusula escalonada.
21. Essa cláusula divide-se em cheia e vazia. Cada uma com um efeito diferente. A cláusula vazia é aquela que não prevê nenhuma formalidade para a mediação, apenas prevê a realização do procedimento medial, sem nenhuma disposição que defina a forma como se dará sua execução. Já a cláusula cheia é aquela em que está previsto qual o regulamento da mediação, como serão escolhidos os mediadores e a forma de sua instituição e execução. Entende-se que qualquer cláusula escalonada possui eficácia vinculativa, em razão de sua natureza arbitral-processual, ainda mais se for uma cláusula escalonada cheia [*Levy, 2013*].
22. Assim, consoante se depreende da redação da cláusula 31 do Contrato [*Caso, p. 24-25*], se está diante de uma cláusula escalonada cheia.
23. Com o fim de demonstrar que a cláusula escalonada presente no Contrato é cheia, ou seja, com mais força vinculativa, destacam-se as seguintes cláusulas ditas como modelos pelas principais Câmaras Arbitrais do mundo:

“No caso de qualquer conflito oriundo do presente contrato ou com ele relacionado, as partes acordam submeter a questão a processo de solução amigável consoante o Regulamento ADR da CCI. Se o conflito não tiver sido solucionado segundo o referido Regulamento, no prazo de 45 dias após o Requerimento de ADR ter sido protocolado ou dentro de outro prazo que venha a ser convencionado pelas partes, por escrito, o conflito será solucionado definitivamente através de

arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CCI, por um ou mais árbitros indicados de acordo com o referido Regulamento de Arbitragem”, Regulamento da Câmara de Comércio Internacional [Levy, 2013]

“Se surgir uma disputa em razão ou em relação a este contrato, incluindo qualquer questão em relação a sua existência, validade ou extinção, as partes deverão buscar resolver a disputa por mediação, de acordo com as Regras de Mediação da LCIA, considerando-se que passam a fazer parte integrante desta cláusula.” London Court Of International Arbitration [Levy, 2013].

24. Assim, diante da similitude entre as cláusulas, fica evidente a natureza vinculativa da cláusula med-arb presente no Contrato.
25. Destarte, possuindo natureza vinculativa, é necessária a observância de tal procedimento, conforme destaca a doutrina nas exatas palavras de Fernanda Rocha Lourenço Levy:

“(...) as partes ao escolherem o método escalonado, desejam que a fase de mediação seja percorrida antes da arbitral, muitas vezes, com o intuito de evita-lá.

Nesse sentido, parece-nos ser possível emprestar a força vinculativa da arbitragem à mediação, sem que isso signifique ofensa aos princípios da mediação, no que se refere ao princípio da voluntariedade. Entendemos tratar-se, assim, de cláusula arbitral que contempla duas etapas para a gestão do conflito: uma primeira que busca o consenso entre as partes e uma segunda que, diante do insucesso da primeira na obtenção do acordo, prevê a solução do conflito pela adjudicação na seara arbitral ou ainda, na hipótese das partes terem acordado em mediação, oferece sua força de título judicial por meio de sentença arbitral homologatória.” [Levy, 2013]

26. Assim, chega-se ao ponto controvertido, que se refere à celeuma decorrente da propositura do Procedimento Arbitral nº 00/17, em razão da multa aplicada pela Bacamaso à B3P no dia 13 de janeiro de 2017 (Caso, p. 53), sem a realização de mediação prévia, tendo sido cerceado o direito da Bacamaso de discutir tal controvérsia por meio da mediação.
27. A cláusula med-arb, conforme dito, possui natureza arbitral-processual, o que vincula as partes tanto no complexo contratual quanto no processual. Portanto, deve ser respeitada pelos contratantes e, além disso, não pode ser instaurado procedimento arbitral sem que o

procedimento de mediação seja previamente realizado [File, 2013; Lopez, 1985; Caivano, 2011].

28. Não sendo respeitada a cláusula med-arb prevista no Contrato, gera-se insegurança jurídica, visto que, se uma cláusula contratual com força vinculativa não é respeitada, o princípio do pacta sunt servanda e a segurança jurídica, principalmente pelo seu alicerce da previsibilidade das ações, são frontalmente violados.
29. Ademais, tudo o que está presente no Contrato foi amplamente discutido entre as partes. Isso significa que não se trata de um contrato de adesão, o que torna clara a submissão de ambas as partes ao que foi livremente pactuado [Caso, p. 70].
30. Desse modo, a B3P acordou pela realização prévia de mediação quando do surgimento de qualquer controvérsia a respeito do Contrato e, posteriormente, quando da propositura do Procedimento Arbitral nº 00/17, não cumpriu o acordado.
31. Trata-se, portanto, de descumprimento contratual que gera, também, violação ao devido processo legal, à quebra da força vinculativa dos contratos e à cláusula escalonada de natureza arbitral-processual.
32. O devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. De acordo com Nelson Nery Júnior, o devido processo legal, sob a ótica processual, “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível” [Nery Junior, 2000, p. 41].
33. Dessa maneira, observa-se que a Requerente mitiga o princípio do devido processo legal, retirando da Bacamaso o direito de discutir a matéria referente à multa perante um procedimento de mediação.
34. Falta, ainda, de interesse de agir.
35. O interesse de agir está presente como requisito no artigo 17 do Código de Processo Civil.
36. O interesse de agir divide-se em necessidade e utilidade. Ou seja, para que se proponha uma ação é preciso que a tutela jurisdicional pretendida seja necessária, isto é, que não haja outro meio de se obter o bem da vida desejado a não ser pela ação proposta, e útil, assim entendido o

provimento jurisdicional que trará o direito pretendido da maneira menos maléfica possível [Neves, 2016].

37. Assim, verifica-se que o Procedimento nº 00/17 não é necessário ou útil, visto que não há necessidade ou utilidade na demanda arbitral, já que se suprimiu a fase prévia que poderia facilmente resolver a celeuma, consoante se percebe do estudo realizado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em que se observa que 52% dos casos que envolvem conflitos empresariais são resolvidos pela mediação, o que revela a importância que esse método de resolução de conflitos possui nos dias atuais (*Estatísticas do Departamento de Justiça Americano*).
38. Ressalte-se, ainda, que há terceiro elemento do interesse de agir não unânime na doutrina, mas de amplo reconhecimento, a adequação. Esse elemento é configurado quando a demanda é proposta visando tutelar da maneira correta o bem da vida pretendido.
39. Ora, o Procedimento Arbitral nº 00/17 não é o meio adequado, uma vez que, como defendido, a mediação, que em razão da força vinculativa da cláusula escalonada med-arb, deveria ter sido realizada, é o meio correto para resolução do caso, como feito em contratos anteriores entre as partes [*Caso, p. 73-74*].
40. Além disso, o procedimento de mediação deve ser tratado como mandatório [*Caso, p. 4*], visto que, como delineado, é momento necessário para a instauração da arbitragem.
41. Dessa forma, não cabe a Requerente optar se deseja ou não que o procedimento de mediação seja realizado, visto que é imperativa a realização da mediação.
42. Na mediação realizada no ano de 2016 [*Caso, p. 36-39*] discutiu-se somente o suposto desequilíbrio do Contrato frente à necessidade da B3P de contratar com a Casabe, tendo em vista a falência da Unagi [*Caso, p. 37*].
43. Considerando a Súmula das Pretensões do Procedimento Arbitral nº 00/16, fica claro que a objeto de tal procedimento foi a simples repactuação do valor total do Contrato, não sendo discutida a multa aplicada pela Bacamaso à B3P.

44. Além do mais, a multa não poderia ter sido tratada em tal procedimento medial, visto que o fato que levou à aplicação da multa é posterior ao fato que levou à suposta onerosidade do Contrato. Detalha-se: a aplicação da multa em razão do atraso na entrega do P4 ocorreu em 13 de janeiro de 2017 [*Caso, p. 53*] e o fato que levou à suposta onerosidade no contrato ocorreu 11 meses antes, em 5 de fevereiro de 2016 [*Caso, p. 33*], com o procedimento medial desta celeuma sido realizado em 15 de junho de 2016 [*Caso, p. 41*], 6 meses antes da aplicação da multa.
45. Desse modo, diante do exposto, a Bacamaso entende pela necessidade de suspensão imediata do Procedimento Arbitral n° 00/17, considerando a natureza jurídica da cláusula med-arb, a sua obrigatoriedade, o devido processo legal, a falta de uma das condições da ação e a impossibilidade de uma das partes dispor sobre o que foi previamente acordado.
46. Passa-se ao segundo ponto preliminar.

I.2 OS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS N° 00/2016 E 00/2017 DEVEM SER REUNIDOS

47. A segunda questão preliminar é definir se os Procedimentos Arbitrais propostos pela B3P devem ser reunidos.
48. A requerida entende que não, visto que, como será demonstrado, a causa de pedir é diversa, assim como os pedidos, o que afasta qualquer conexão ou continência.
49. A causa de pedir, consoante doutrina processualista civil [*Neves, 2016; Bueno, 2016*], divide-se em causa de pedir próxima e causa de pedir remota. A causa de pedir próxima são os fatos que originaram a demanda. Já a causa de pedir remota é o liame entre os fatos e os fundamentos jurídicos, ou seja, é a subsunção do fato à norma para que se demonstre o direito da parte no que se alega.
50. Em síntese, a causa de pedir é o fundamento do pedido.
51. Definido o que é causa de pedir e suas espécies, passa-se a demonstrar a diferença entre as causas de pedir presentes nos Procedimentos Arbitrais n° 00/16 e n° 00/17.

52. O pedido, no caso do Procedimento Arbitral nº 00/16, é a “repactuação do Contrato, a fim de reequilibrá-lo com base nas premissas nas quais as Partes se fundaram para firmá-lo e na diferença entre os custos efetivamente incorridos para aquisição e instalação dos aerogeradores obtidos da Casabe Ltda e aqueles previstos na proposta”. Em que pese parecer amplo o pedido, a demanda se restringe ao que foi colocado em juízo nos fundamentos da inicial, no caso, do Procedimento nº 00/16. Assim, com base no princípio da estabilização e da congruência, previstos nos arts. 329, II, e 492 do CPC, respectivamente, demonstrar-se-á que a causa de pedir desse procedimento não é a repactuação do contrato como um todo, mas apenas o valor do Contrato com base na aquisição de outros aerogeradores que não os previstos inicialmente.
53. Como dito, a causa de pedir é o fundamento do pedido. No Procedimento nº 00/16 o motivo do pedido é o suposto valor a maior gasto na aquisição de aerogeradores. A B3P é clara ao delimitar suas pretensões ao expor na sua exordial o que se segue:

2. Desde a proposta para celebração do Contrato, a Requerente levou em consideração que os aerogeradores do P4 e do P5 seriam adquiridos da Unagi Co., companhia sediada em Tóquio, da mesma forma que havia sido feito nas contratações passadas entre as Partes. Os aerogeradores seriam adquiridos da Unagi Co. por USD 3.120.000,00 cada, correspondente, à data do pagamento, a R\$ 7.645.248,00.

3. Ocorre que, quando a Requerente procurou a Unagi Co. para oficializar o pedido de compra, foi comunicada de que esta fornecedora, abalada pelos efeitos da crise econômica mundial, encerraria suas atividades e não poderia realizar a entrega.

4. A fim de evitar atrasos na execução da obra, a Requerente procurou imediatamente outros fornecedores, desta vez no mercado nacional, que oferecessem aerogeradores compatíveis com as especificações técnicas previstas no Contrato, culminando na contratação da Casabe Ltda. O preço unitário foi fixado em R\$ 13.500.000,00.

5. Assim, a Requerente, que já sofria os efeitos da crise no setor da construção, passou a arcar com valores superiores aos previstos originalmente no Contrato para compra e instalação dos aerogeradores. Apesar da tentativa da Requerente, a Requerida negou-se a repactuar a avença.
[Caso, p. 44]

54. Desse modo, da simples leitura dos motivos colocados pela requerente em sua peça inicial percebe-se que em momento algum se busca a repactuação do contrato como um todo, mas apenas do valor contratual em razão da alteração do preço dos aerogeradores. Portanto, não há menção alguma à repactuação de qualquer cláusula contratual que não seja a 11.1 [Caso, p. 21], que define o valor do Contrato.
55. Destarte, não podemos confundir o pedido genérico feito e as razões do pedido, que são o que de fato vinculam a demanda. Assim, conforme artigo 141 do CPC/2015, o julgador não poderá conhecer de questões não suscitadas pelas partes. Assim, não foi suscitado, nos fundamentos do Procedimento nº 00/16, nenhum argumento que leve a crer na necessidade de repactuação do contrato como um todo, ainda mais em razão dele ter sido amplamente discutido e acordado pelas partes [Caso, p. 70-71].
56. Estabelecida a abrangência da causa de pedir do Procedimento nº 00/16, passa-se à definição da causa de pedir do Procedimento nº 00/17.
57. O pedido da B3P no Procedimento nº 00/17 é para que se “*declare que a multa a ela imputada por meio da notificação enviada pela requerida em 13 de janeiro de 2016 não é devida*” [Caso, p.60]. O porquê de tal pedido é o atraso na obtenção da Licença de Instalação e a greve ocorrida na SEMAD/VR, conforme parágrafo terceiro da exordial do Procedimento nº 00/17 [Caso, p. 59]. Portanto, a causa de pedir aqui tratada em nada se aproxima da causa de pedir prevista no Procedimento nº 00/16, uma vez que a multa não decorre do valor dos aerogeradores e o valor dos aerogeradores não decorre do atraso na obtenção da LI ou da greve dos servidores da SEMAD/VR.
58. Portanto, havendo divergência quanto às causas de pedir e os pedidos, não é possível a utilização da conexão, que está prevista no art. 55 do CPC/2015, e requerer similitude entre as causas de pedir e os pedidos [Neves, 2016]. Como não é possível a reunião pela conexão, muito

menos será pela continência que exige idêntica causa de pedir, de acordo com o art. 56 do CPC/2015 [Neves, 2016].

59. Importante mencionar que não é possível se falar em identidade de objeto como argumento para justificar eventual reunião, visto que o CPC/2015 alterou a redação do artigo que trata da conexão em comparação com o CPC/1973. Nesse era utilizada a seguinte redação: “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o **objeto** ou a causa de pedir” (art. 103 do CPC/1973). Já o CPC/2015 alterou a redação e substituiu a palavra objeto por pedido, passando a dispor da seguinte forma: “reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o **pedido** ou a causa de pedir” (art. 55 do CPC/2015). Desse modo, percebe-se que não há como defender o mesmo objeto, alegando que tal seja o Contrato, visto que o Código de Ritos atual é muito claro ao estabelecer como requisito para a conexão a semelhança de pedidos, que como demonstrado são completamente diferentes no caso em tela [Instituto de Direito Contemporâneo].
60. Ademais, ressalte-se que, como defendido no primeiro ponto da preliminar, o Procedimento nº 00/17 encontra-se em fase pré-processual, o que leva a distinção de fases entre esse e o Procedimento Arbitral nº 00/16, que se encontra na fase instrutória. Portanto, utilizando a interpretação analógica com o art. 55, §1º, do CPC/2015, que trata da impossibilidade de conexão entre processos que estejam em fases diferentes, os Procedimentos Arbitrais ora em debate não podem ser conexos por estarem em momentos distintos.
61. Ressalte-se, também, que, ainda que se entenda pela conexão, não há obrigatoriedade na reunião dos procedimentos, visto que a conexão é mera faculdade do julgador, não um dever [Neves, 2016; STJ, REsp 1.278.217; STJ, REsp 1.226.016; STJ, AREsp 691.530].
62. Por fim, observa-se que a requerente atenta gravemente contra um dos princípios de maior importância do direito, o princípio da vedação aos atos contraditórios. Esse princípio busca tutelar a segurança jurídica, a boa-fé, a lealdade e a confiança.

63. Pelo mencionado princípio, o direito não pode acolher atos contraditórios, sob pena de não se ter alicerce algum para a segurança jurídica, que é calcada, principalmente, na previsibilidade das decisões e dos atos.
64. No presente caso não é possível que se alegue, após a propositura do Procedimento nº 00/17, a reunião desse com o Procedimento nº 00/16, visto que era possível que se atravessasse petição no Procedimento nº 00/16 pedindo a tutela provisória antecedente requerida no Poder Judiciário e que originou o Procedimento nº 00/17.
65. O artigo 22-B, parágrafo único, da Lei 9.307/96 dispõe que, se já instituída a arbitragem, a cautelar deverá ser requerida aos próprios árbitros. No presente caso, a B3P decidiu entrar no Judiciário para depois propor outro Procedimento, o que evidencia o entendimento da própria requerente de não abrangência do primeiro procedimento (nº 00/16) pelo segundo (nº 00/17).
66. Ressalte-se, ainda, que no parágrafo 8º da inicial do Procedimento nº 00/17 a requerente é muito clara ao dispor que solicita a instauração de nova arbitragem [*Caso, p. 60*].
67. Portanto, observa-se que o ato da requerente em ajuizar novo procedimento arbitral, quando já existente demanda arbitral por ela proposta, e, posteriormente, em novo ato, requerer a reunião dos feitos, é contraditório, visto que, se se entendesse por semelhantes as causas de pedir, poderia ter peticionado no Procedimento nº 00/16 e requerido a tutela provisória que originou o Procedimento nº 00/17.
68. Desse modo, ante o acima exposto, a Bacamaso entende ser impossível a reunião dos procedimentos arbitrais tendo em vista a diferença entre as causas de pedir, os pedidos, as fases processuais, e a violação ao princípio da vedação aos atos contraditórios.
69. Ante o exposto, caso não sejam acolhidas as questões preliminares, passa-se ao mérito das demandas.

II. MÉRITO

70. Quanto ao mérito, a requerida entende que o acréscimo no preço para compra dos aerogeradores não configura condição suficiente para que haja repactuação do valor previamente acordado pelas partes para a execução do empreendimento. Acredita, também, ser possível a cumulação da multa imposta com lucros cessantes em razão da diferença na natureza jurídica dos institutos. Esses são os pontos meritórios que serão defendidos.

II.1 O CONTRATO NÃO DEVE SER REPACTUADO ANTE O ACRÉSCIMO DO PREÇO PARA COMPRA E INSTALAÇÃO DOS AEROGERADORES

71. Quanto ao primeiro ponto de mérito, importante analisar o tipo do contrato em discussão.

72. Trata-se de uma espécie de contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), que, especificamente, enquadra-se na categoria dos contratos de EPC *Turnkey Lump Sum* [Caso, p. 9-17]. Esse contrato caracteriza-se como aquele em que

a empresa possui um contrato para o empreendimento como um todo, de acordo com o qual a contratada será responsável pela implantação do projeto, a preço fixo e prazo determinado, de forma que este seja entregue "chave na mão". Nesse caso, há menor flexibilidade da contratante, já que esta negocia com uma parte só e eventualmente deixa de obter benefícios que seriam possíveis em negociações individuais com diversas partes. Por outro lado, a demanda na organização interna da contratante é menor e há uma mitigação maior de problemas e riscos que podem surgir nas diversas interfaces que existem na primeira alternativa acima. [Estruturas dos Contratos de EPC].

73. Esse tipo de contrato envolve peculiaridades referentes a outros contratos-tipo abarcados pela legislação pátria, tal qual o contrato de empreitada global, o contrato de prestação de serviços e outros, a depender do objeto da contratação [Enei, 2007; Coelho, 2005; Brandt, 2009].

74. Inobstante o reconhecimento por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras e a similitude com institutos que regem as categorias contratuais supracitadas, o contrato de EPC *Turnkey* guarda complexas particularidades, as quais agregam à sua essência caráter

personalíssimo, pautado pelo alto nível de confiança atribuído à negociação.

75. É importante assinalar que, convencionado o contrato de EPC *Turnkey*, a parte contratante (neste pleito representada pela requerida Bacamaso) transfere à parte contratada (requerente, B3P) os riscos inerentes à realização do empreendimento, pactuando-se o valor, que abarcará qualquer risco, o qual será assumido integralmente pela empreiteira, no caso, a B3P. O que torna aplicável ao caso o Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial, que assim dispõe: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada” [*Centro de Estudos Judiciários – CEJ*].
76. Impende ressaltar que em contratos de EPC *Turnkey* não se busca somente a realização do empreendimento, mas o desenvolvimento responsável e equilibrado de todas as fases de sua execução, responsabilidade esta atribuída à contratada mediante pagamento por parte da contratante [*Brandt, 2009*].
77. Entende-se por desenvolvimento responsável e equilibrado a correta alocação de custos e esforços, a prudente escolha de parcerias necessárias à efetivação do projeto e a diligência da empresa contratada quando da execução do empreendimento em relação aos materiais e bens a serem utilizados na obra.
78. No presente caso, a B3P ao não considerar eventuais variações do dólar e não manter alternativas à parceria com a Unagi, não pode, de maneira alguma, atribuir à Bacamaso a responsabilidade pela sua falta de cuidado com a consecução da obra que se obrigou a entregar por meio do contrato de EPC *TurnKey*.
79. A requerida, de boa-fé, pactuou com a B3P a construção de dois parques eólicos, confiando na capacidade da requerente de por em prática projeto de tamanha magnitude e importância para a contratante.
80. Registre-se, ainda, que todo o setor de construção tem enfrentado severa crise, fato notório veiculado mediante notícia publicada pelo Diário

de Vila Rica [*Caso*, p. 29], o que faz com que os lucros auferidos pelas construtoras sejam 24% menores que as médias anteriores.

81. Neste mercado estão situados os empreendimentos realizados pela empresa B3P, que não pode almejar manter os mesmos lucros que teria antes da atual crise.
82. Não se pode olvidar que a consulta realizada pela B3P à Unagi deu-se por meio de e-mail [*Caso*, p. 14], o que caracterizaria a consulta como proposta entre ausentes, cujo prazo não será pré-determinado, mas observado de acordo com certa razoabilidade, objetivando a manutenção de seus efeitos.
83. Configura-se o que a doutrina [*Gonçalves, 2012; Tartuce, 2014*] chama de prazo moral, isto é, aquele que, consideradas as circunstâncias do caso será analisado pelo juízo competente sob a égide dos princípios morais e da equidade entre as partes.
84. Frise-se que o primeiro contato entre a B3P e a Unagi, realizado por e-mail, deu-se no dia 22 de setembro de 2014, quando, na oportunidade, a Unagi confirmou disponibilidade para o fornecimento dos aerogeradores solicitados.
85. A Unagi apresentou, por sua vez, estimativa de valor levando em conta as circunstâncias econômicas e plano de fundo financeiro mundial daquele momento.
86. Não se pode perder de vista que o novo contato feito pela B3P à Unagi para efetivação da proposta foi apenas em 25 de janeiro de 2016, momento em que a Unagi revelou enfrentar problemas financeiros e a impossibilidade de entrega dos aerogeradores.
87. Ora, é sabido que mediante o lapso temporal estabelecido entre o primeiro contato entre as empresas e o último, precisamente de 1 ano e 4 meses, a economia mundial enfrentou grave crise, da qual ainda não se recuperou integralmente [*Caso*, p. 72].
88. Assim, não há justificativa para o suposto caráter vinculante da consulta, tendo em vista o longo prazo decorrido entre os contatos. Desse modo, não é possível considerar tal lapso temporal como prazo moral, de acordo com o caráter da proposta, realizado entre ausentes. Destarte, não

é possível sustentar que a proposta inicialmente feita pela Unagi se manteria, muito menos que se usaria o valor do dólar daquele momento [STJ, REsp 1.316.595].

89. Nesse sentido, ainda que se fosse fechado o negócio com a Unagi, o valor do dólar em 5 de fevereiro de 2016 era 3,89 reais [Banco Central – Conversão do Dólar]. Assim, levando-se em conta que os aerogeradores seriam adquiridos em dólar, pelo valor de USD 3.120.000,00, conforme feito na proposta original da Unagi, cada aerogerador sairia por volta de R\$ 12.158.328,00. Desse modo, o preço a ser pago pelos aerogeradores, caso fossem adquiridos pela Unagi, seria de apenas R\$ 1.341.672,00 menor em relação aos adquiridos pela Casabe. Não há, portanto, a disparidade alegada pela B3P.
90. Assinale-se ainda que tal fato não pode ser trazido pela requerente como fato imprevisível, pois a jurisprudência possui sólida orientação no sentido de não entender como fato imprevisível a variação do dólar [STJ, REsp 1.518.605; STJ, REsp 1.321.614].
91. Importante destacar a cláusula 29.2(d) do Contrato [Caso, p. 24], que traz expressamente que a dificuldade na obtenção de bens de responsabilidade da contratada, uma vez que possível a sua obtenção em outros locais, ainda que de forma mais onerosa, não seria considerada caso fortuito ou força maior.
92. Assim, não é possível que a B3P procure imputar à Bacamaso a obrigação de arcar com os valores pagos minimamente a maior pelos aerogeradores.
93. É preciso ainda insistir no fato que contratos são feitos com o objetivo de serem cumpridas as expectativas geradas pelas partes acordantes, de modo que se cumpra a função dos contratos reafirmando a segurança jurídica dos institutos legais que o regem.
94. Assim, é de se dizer que as partes devem, em conjunto, colaborar para o cumprimento do contrato e pertinentes ajustes no momento de sua execução.
95. Portanto, ressalte-se que em oportunidades anteriores, quando a Bacamaso entendeu possuir alguma obrigação, como no caso de atraso

dos parques eólicos “P1”, “P2” e “P3”, respondeu prontamente às solicitações de composição amigável para estabelecimento de novos prazos [Caso, p. 74], cumprindo seu papel para o bom encaminhamento dos ajustes contratuais.

96. Destarte, consoante o demonstrado, não há nexos lógicos na solicitação da reclamante quanto à repactuação do valor total do contrato, tomando por base alterações que não configuram fato imprevisível, mas tão somente infortúnios relativos à realização de contratos de longa duração e de execução diferida.
97. Ademais, vale ratificar as condições mediante as quais fora firmado o Contrato. As responsabilidades para efetivação do projeto em tela foram transferidas para a requerente. Isso é demonstrado considerando todo o processo para realização do pacto, desde a elaboração do projeto básico até a instalação de materiais, que ficaram a cargo da B3P [Caso, p. 10].
98. Admitir-se a repactuação seria, portanto, divergir frontalmente dos princípios basilares do direito contratual brasileiro, eminentemente a função social do contrato e o *pacta sunt servanda*, prejudicando de sobremaneira os negócios de uma empresa idônea como a Bacamso.
99. Desse modo, importante ressaltar que no contrato de EPC *TurnKey Lump Sum* o princípio do *pacta sunt servanda* sobrepõe-se à teoria da imprevisão. Há autores, inclusive, que defendem que nem mesmo a previsão do art. 625, II, do CC, que se refere ao contrato de empreitada, pode ser utilizado nos contratos de EPC, visto que o empreiteiro, nesses casos, possui o *know how* suficiente para diminuir a quase zero o seu risco nos empreendimentos que adere [Brandt, 2009].
100. Sublinhe-se, ainda, que não ocorreu fato imprevisível algum que enseje a aplicação da teoria da imprevisão, visto que os apontamentos feitos pela Administração Pública, quando da concessão da Licença de Instalação, são plenamente exigíveis conforme se demonstrará no próximo ponto meritório.
101. A greve, conforme também será demonstrado a seguir, não é fato imprevisível e está completamente inserida no risco da atividade. E, quanto à quebra da Unagi, a crise mundial é conhecida [Caso, p. 72] e a

situação da Unagi era motivo de preocupação no Japão [*Caso, p. 72*]. Assim, a partir do momento que a B3P escolheu a Unagi, deveria ter se mantido informada de tudo que ocorria no Japão com vistas a preservar seus interesses. Ademais, se tivesse formulado o pedido antes, e não tivesse esperado tanto, já poderia ter garantido os aerogeradores da Unagi, visto que a empresa japonesa honrou seus compromissos fechados até a segunda semana de janeiro de 2016 [*Caso, p. 72*].

102. Portanto, diante de tais esclarecimentos, não há acontecimento algum que fuja à álea natural do negócio e que possibilite qualquer repactuação, consoante dispõe o Contrato na sua cláusula 11.3(e) [*Caso, p. 22*].

103. Desse modo, com base na natureza do Contrato de EPC TurnKey firmado entre as partes, pelos princípios que regem os contratos no direito brasileiro e pela impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, seja pela ausência de fato imprevisível, seja pela sobreposição do princípio do pacta sunt servanda sobre tal teoria, não é possível a repactuação do contrato pelo acréscimo pago nos aerogeradores pela B3P.

104. Passa-se para a segunda questão de mérito.

II.2 A MULTA APLICADA PELA BACAMASO À B3P EM DECORRÊNCIA DO ATRASO NA ENTREGA DO P4 É DEVIDA E PODE SER CUMULADA COM PAGAMENTO EM LUCROS CESSANTES

105. Quanto a esse segundo ponto meritório, a requerida entende que a multa aplicada em 13 de janeiro de 2017 em razão do atraso na entrega do P4 por parte da requerente é plenamente aplicável e cumulável com lucros cessantes.

106. Inicialmente, importante destacar a previsão contratual de tal multa. A cláusula 8.4 do Contrato [*Caso, p. 21*] prevê expressamente a condenação da requerente em penalidade diária no caso de não cumprimento do prazo estabelecido na cláusula 8.1 do mesmo Contrato [*Caso, p. 20*]. Essa penalidade é expressamente autorizada pelos artigos 408 e 409 do CC.

107. O prazo para entrega do P4 era 1º/1/2017 [*Caso, p. 20*]. Contudo, a requerida não concluiu a obra na data pactuada, ou seja, quedou-se mora, nos termos do art. 397 do CC. Desse modo, seguindo o que prevê o

contrato, a B3P foi notificada sobre o seu descumprimento da cláusula nº 8.1 do Contrato [*Caso, p. 20*] e com o fim de ser constituída em mora para que se fosse exigido o cumprimento de outra cláusula contratual (8.4) que prevê a aplicação de multa por atraso [*Caso, p. 21*].

108. A ocorrência de entraves para a obtenção de licença de instalação ou de atrasos em razão de obrigações da contratada em nada influem na validade e imperatividade da cláusula 8.4. Essa previsão contratual foi pactuada por ambas as partes no exercício da livre manifestação de vontade. Ademais, a própria legislação, artigos 408 e 409 do CC, possibilita a aplicação de multa no caso de mora de algum dos contratantes, visto que o pactuado deve ser cumprido.

109. Desse modo, a imposição de tal multa visa punir um descumprimento contratual realizado pela B3P. Não é possível que se alegue supostas causas imprevisíveis como motivo para a não incidência da previsão contratual, visto que, como se trata de um contrato *de TurnKey Lump Sum*, a margem de imprevisibilidade da contratada, empresa que possui a expertise no negócio, é mínima [*Brandt, 2009; Riscos no Contrato de EPC*].

110. Assim, é inviável que a requerente indique o atraso na obtenção da licença de instalação e a greve como motivos imprevisíveis que levaram ao atraso.

111. Primeiro, a obtenção da licença de instalação, em razão do desmoronamento que ocorreu na barragem de Córrego das Chuvas [*Caso, p. 73*], seria, sabidamente, mais dificultosa. Desse modo, era esperado que se pedissem alguns estudos a mais ou até mesmo repetição de estudos ambientais já realizados.

112. Ressalte-se, ainda, que por meio da cláusula 6.1(f) do Contrato [*Caso, p. 19*] a requerente se obrigou a obter a licença de instalação, sendo de sua obrigação o cálculo do tempo que seria despendido para tanto.

113. Em segundo lugar, a greve dos servidores da SEMAD/VR, além de não ser caso fortuito ou força maior, conforme o que dispõe a cláusula 29.2(a) do Contrato [*Caso, p. 24*], não é fato imprevisível, visto que, conforme notícia veiculada no Diário de Vila Rica [*Caso, p. 29*], os servidores já haviam entrado em greve outras duas vezes em cinco anos, requerendo

reajuste nos salários. Esse também é o entendimento do STJ [*STJ, AREsp 1.096.407*].

114. Assim, possível greve dos servidores da SEMAD/VR era previsível, não podendo se alegar que a deflagração da paralização fosse algo surpreendente. Ressalte-se, ainda, que a B3P foi a empreiteira responsável pela construção do Complexo Eólico de Greenwich, o que leva o seu conhecimento sobre o funcionamento e os anseios dos funcionários da SEMAD/VR, sendo impossível que se alegue que nova greve, quando já ocorridas outras duas em 5 anos, seja fato imprevisível.

115. Outro ponto importante é o fato de que os argumentos utilizados pela requerente no Procedimento nº 00/17, como a afirmação de que a cláusula 29.1 do Contrato [*Caso, p. 59*] elide sua responsabilidade em razão dos eventos que levaram ao atraso da licença de instalação, não possuem base jurídica.

116. Reporta-se, novamente, ao que dispõe a cláusula 29.2 do Contrato [*Caso, p. 24*]. Nessa disposição contratual está elencado o que não poderá ser considerado caso fortuito ou força maior. Dentre as previsões dessa cláusula destacam-se a 29.2(a) e a 29.2(f), que dispõem respectivamente:

a ocorrência de greves e de quaisquer outras paralisações dos empregados da Contratada, de seus subcontratados ou de outras pessoas envolvidas na execução do Empreendimento, sejam provocadas por movimentos sindicais ou não;

a constatação ou modificação de demais riscos assumidos pela Contratada neste Contrato ou a ela impostos pela legislação

117. Portanto, percebe-se que a greve não pode ser alegada como meio de a contratada se eximir de suas responsabilidades, visto que a cláusula 29.2(a) é clara ao prever que greve não poderá ser considerada caso fortuito ou força maior. Nesse sentido, destaca-se, novamente, a seguinte decisão do STJ: *AREsp 1.096.407*.

118. Ademais, o contrato é claro ao prever, na cláusula 29.2(f), acima exposta, que a constatação ou modificações de demais riscos assumidos pela Contratada são de responsabilidade dela, não havendo caso fortuito ou força maior que a eximam de suas obrigações. Portanto, a licença de

instalação era de sua responsabilidade, o que leva à incidência direta da cláusula 29.2(f).

119. Importante mencionar, ainda, que a requerente, quando da negociação do contrato, declarou que concordava e avalizava todos os documentos que recebeu da Contratante, assim como que os recebeu com antecedência, conforme cláusula 5.1(a) do Contrato [*Caso, p. 17*]. Se não bastasse, a B3P ainda declarou que revisou e analisou todos os documentos e os considerou completos e satisfatórios, consoante cláusula 5.2(b) e 5.2(c) do Contrato [*Caso, p. 17*]. Por fim, nessa seara, importante destacar as cláusulas 5.2(f) e 5.2(g), visto que a contratada, por meio de tais previsões contratuais, declarou que conhece todas as condições, ambientais e administrativas, para a implantação do projeto, assim como afirmou já ter realizado todas as investigações que considerasse pertinente [*Caso, p. 18*].
120. Desse modo, não é possível que se alegue atraso por conta da Licença de Instalação ou pela greve, já que esta, como já dito, não é caso fortuito e aquela é ato discricionário e precário da Administração Pública, que sempre que entender pela necessidade de maiores esclarecimentos quanto ao meio-ambiente os poderá requerer, visto que o meio-ambiente equilibrado é direito difuso de terceira geração, previsto no art. 225 da CR.
121. Portanto, plenamente compreensível que o Poder Público, quando entender necessários quaisquer esclarecimentos, exija a apresentação de estudos ou requisitos formais corretos, como ocorreu no caso concreto [*Caso, p. 26-27*]. Destaque-se, também, o desmoronamento ocorrido no Córrego das Chuvas, no Estado de Vila Rica, que gerou, com razão, maior rigor na expedição de licenças ambientais [*Caso, p. 73*].
122. Ademais, consoante art. 21, VI e VII, da CR cumpre a todos os entes federados a proteção do meio-ambiente. Assim, perfeitamente aceitável que o Estado de Vila Rica, representado pela SEMAD/VR, órgão estadual, faça pedidos de esclarecimentos sobre pontos duvidosos do empreendimento.
123. Importante mencionar, em complementação à possibilidade da Administração Pública poder requerer estudos ambientais adicionais, que

a Resolução nº 237/1997 do CONAMA traz, em seu art. 10, IV e VI, a possibilidade de o órgão ambiental competente requerer a complementação, em qualquer licença, dos estudos ambientais já realizados. O art. 14 da mesma Resolução traz o mesmo entendimento do art. 10, ou seja, é possível o pedido de esclarecimento em qualquer licença a partir do seu protocolo. Já a Resolução 6/1987 do CONAMA, art. 7º, parágrafo único, traz que os órgãos ambientais, como a SEMAD/VR, podem solicitar informações complementares durante todo o licenciamento ambiental.

124. Nesse sentido, ainda, o art. 6º da Resolução 6/1987 do CONAMA é claro ao estabelecer que a licença de instalação somente será concedida após o projeto executivo, que é de competência da B3P, consoante proposta por ela oferecida [*Caso, p. 10-12*], a qual compõe o contrato firmado, conforme cláusula 2.1 do Contrato [*Caso, p. 16*].

125. Quanto à plena exigibilidade da multa, é importante destacar que a cláusula 8.1.1 do Contrato [*Caso, p. 20*] prevê que será de responsabilidade da contratada a alocação de todos os recursos necessários para cumprimento dos prazos estabelecidos na cláusula 8.1 do Contrato [*Caso, p. 20*]. Assim, como se verifica dos fatos (entrega do P4 após 1º de janeiro de 2017, prazo estabelecido na cláusula 8.1 [*Caso, p. 20*]) a contratada está em mora com suas obrigações, o que gera a imediata exigibilidade da multa por atraso a partir da sua notificação, que ocorreu dia 13 de janeiro de 2017 [*Caso, p. 4*].

126. Quanto ao último ponto meritório, cumulação da multa com lucros cessantes, é importante destacar a possibilidade de tal cumulação em razão da natureza jurídica diferente dos institutos.

127. A multa é sanção moratória em razão de descumprimento contratual, prevista nos artigos 397, 408 e 409 do CC. Portanto, possui natureza sancionatória. Já os lucros cessantes possuem natureza compensatória, ou seja, remuneram a parte naquilo que ela deixou de ganhar se pudesse usufruir do bem, conforme se depreende dos artigos 402 e 403 do CC.

128. Destarte, a multa, cláusula penal de natureza moratória, e os lucros cessantes, cláusula penal de natureza compensatória, são plenamente cumuláveis em razão da natureza jurídica distinta que possuem.
129. O STJ possui entendimento consolidado no sentido da possibilidade de cumulação se sanções com natureza diversa. Nesse sentido: AREsp 847.358/MG, AREsp 1.036.849/SP.
130. Ademais, importante ressaltar que o art. 416, parágrafo único, do CC não é impeditivo para a cumulação dos lucros cessantes e da multa contratual, uma vez que se o prejuízo decorrente da multa prevista no contrato não repara suficientemente o prejuízo do credor, é possível a cobrança de outros meios reparatórios, como lucros cessantes, perdas e danos ou danos emergentes [*Gonçalves, 2014; Nery Junior, 2013*].
131. Portanto, a cumulação da multa com outros danos é possível, visto que o prejuízo gerado, na cobrança de lucros cessantes é extracontratual, ou seja, não depende de descumprimento contratual específico, como ocorre com a multa contratual, derivada exclusivamente de descumprimento contratual específico [*Gonçalves, 2014; Nery Junior, 2013*].
132. Desse modo, conforme o explicitado, a requerida entende que a multa por atraso é sim devida e pode ser cumulada com lucros cessantes.

III – CONCLUSÃO

133. Diante de tudo o que foi dito, a requerida entende que o Procedimento Arbitral nº 00/17 carece de fase obrigatória, o que impossibilita seu prosseguimento, que os Procedimentos Arbitrais em debate não devem ser reunidos, haja vista que não possuem similitude quanto à causa de pedir ou aos pedidos. Quanto ao mérito, a Bacamaso defende que os pedidos da requerente devem ser julgados improcedentes, com a consequente manutenção do contrato e da cobrança da multa.
134. Por fim, a requerida pugna pela possibilidade de cobrança cumulada da multa imposta em razão do atraso e dos lucros cessantes, uma vez que os institutos possuem natureza jurídica diversa.

IV - PEDIDOS

135. Ante o exposto, a Requerida requer a esta Câmara Arbitral que:

- (i) preliminarmente determine a suspensão do Procedimento Arbitral nº 00/17 e, caso assim não entenda, que não reúna os feitos (Procedimentos nº 00/16 e nº 00/17); e
- (ii) julgue improcedentes os pedidos de mérito formulados pela requerente para determinar a manutenção do valor do contrato e a possibilidade de cobrança de multa; e
- (iii) que se julgue possível a cumulação de multa moratória e lucros cessantes.

Nestes termos, pede deferimento.

Beagá, 30 de agosto de 2017.

Equipe 136