



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSISTÊNCIA DE ARBITRAGENS

Procedimento Arbitral 26772/PFF/RLS

Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio
Internacional ("CCI")

CONSTRUCAP CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A.
SOCIEDAD ANÓNIMA DE OBRAS Y SERVICIOS COPASA
CONSÓRCIO CONSTRUCAP-COPASA SP-088

Requerentes

vs.

**DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO
PAULO – DER/SP**

Requerido

RESPOSTA AOS MEMORIAIS DOS REQUERENTES
RELATIVOS A QUESTÕES PRELIMINARES

M-RQDO-2 - 04 de novembro de 2022

AO TRIBUNAL ARBITRAL

Drs. Pedro Antônio Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemes e Irene Patrícia Nohara

Por correio eletrônico



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ILUSTRÍSSIMO TRIBUNAL ARBITRAL

O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER/SP (“DER/SP”), já qualificado, vem, respeitosamente, ao tempo determinado na Ata de Missão, assinada em 03 de outubro de 2022, encaminhar sua **RESPOSTA AOS MEMORIAIS DOS REQUERENTES RELATIVOS A QUESTÕES PRELIMINARES**, conforme fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I. REGIME DE PUBLICIDADE COMO REGRA A SER APLICADA AOS ATOS E DOCUMENTOS DO PROCEDIMENTO

1. Em seus Memoriais sobre Questões Preliminares, os Requerentes defenderam que a publicidade deste procedimento deveria se restringir às informações sobre a sua existência, a data do requerimento de arbitragem e os nomes das Partes.

2. Isto seria, em sua visão, uma aplicação do princípio da publicidade “em consonância com o que foi contratado pelas Partes e em atenção ao direito do CONSÓRCIO de ter protegidos os seus segredos comerciais”.

3. Adicionalmente, o Consórcio requereu ao Tribunal que fosse o Requerido obrigado a retirar as informações sobre o procedimento que vinham sendo divulgadas no Portal de Arbitragens do website da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o que foi deferido pelo Tribunal Arbitral, em caráter provisório e de urgência, pela Ordem Processual nº 01, de 24 de outubro de 2022.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

4. No entanto, **a restrição à publicidade pleiteada pelos Requerentes não encontra respaldo no ordenamento jurídico, não podendo prevalecer nos moldes amplos em que é formulada.** Nesse sentido, é imprescindível também que o Tribunal Arbitral reveja a tutela de urgência concedida por meio da OP n° 01, preservando-se a publicidade enquanto regra neste procedimento arbitral.

5. Com efeito, como já se arguiu em manifestação anterior, o dever de publicidade se impõe à atividade da Administração Pública por imperativo constitucional, sendo densificado no âmbito da Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei federal n° 12.527/2011). Em sede estadual, tal regulamentação é especificada também pelo Decreto estadual n° 58.052 de 16 de maio de 2012.

6. Quanto às arbitragens de que a Administração paulista seja parte, é preciso considerar a previsão da Lei de Arbitragem no sentido de que os procedimentos arbitrais devem ser públicos (art. 2º, §3º, Lei federal n° 9.307/96), o que é minudenciado pelo Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo (art. 12, Decreto estadual n° 64.356/19).

7. Dentre as diretrizes que norteiam a aplicação do dever de publicidade, uma é de especial interesse para a discussão ora travada nesta arbitragem, qual seja, a de que **a publicidade dos atos do procedimento arbitral é a regra, sendo o sigilo a exceção** (art. 3º, I, LAI¹), devendo ser aplicado apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei (arts. 21ss., LAI), e de forma restrita aos atos e documentos que nestas hipóteses se enquadrem (art. 12, Decreto estadual n° 64.356/19²).

8. Ora, se é verdade que, como argumentam os Requerentes, a proteção aos segredos comerciais é uma hipótese autorizadora da aplicação do sigilo sobre

¹ Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

² Art. 12. Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

atos processuais que os envolvam, inclusive na esfera da jurisdição estatal (art. 206 Lei federal nº 9.279/96³), também é cediço que a mera invocação genérica de uma potencial violação a tais segredos não é suficiente para afastar *in totum* a regra constitucional da publicidade.

9. A verdade é que a Requerente **não logrou indicar, de forma específica, sequer um segredo comercial que estaria sendo revelado** pela publicização da discussão travada neste procedimento arbitral. Ao revés, limitou-se a argumentar que tais segredos seriam inerentes às discussões envolvendo contratos de construção, por dizerem respeito a “análises de projetos, execução da obra pelo CONSÓRCIO, práticas comerciais, dentre outros temas que configuram verdadeiros segredos do negócio que devem ser protegidos” (§21 da Manifestação sobre Questões Preliminares da Requerente).

10. Ora, Ilmas. Coárbitras e Ilmo. Árbitro Presidente, **os detalhes da execução do contrato ora discutido jamais poderiam ser considerados segredos comerciais, uma vez que se está tratando de uma obra pública.**

11. No momento em que uma firma ou consórcio aceita contratar com a Administração, está ciente de que todos os produtos decorrentes daquela contratação passarão a ser de interesse público, a eles devendo ser dada ampla transparência para que se possa permitir a inspeção de órgãos de controle e de todos os cidadãos. Nesse contexto, há uma especial relevância na divulgação dos litígios que decorram de falhas ou problemas na execução contratual – como se dá no presente caso –, eventos que podem ensejar, inclusive, consequências sancionatórias para a empresa transgressora e/ou para agentes públicos envolvidos, a serem apuradas e aplicadas em diferentes esferas de controle (administrativa, controladora, criminal etc.).

³ Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se revelem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

12. Não por menos, o desenrolar da contratação e da execução contratual foi amplamente documentada em processos administrativos autuados pelo DER/SP, que envolve, dentre outras informações, a proposta comercial vencedora, os detalhes da execução da obra e o registro de todo o contencioso administrativo que precedeu a instauração desta arbitragem. Vale ressaltar que, até o momento, não se tem notícia de pedido do Consórcio para aplicação de qualquer espécie de sigilo sobre esses processos, ou mesmo a documentos específicos ali inseridos, não obstante tenham sido e continuem sendo públicos, estando disponíveis para conhecimento por parte de qualquer cidadão interessado mediante os procedimentos da Lei de Acesso à Informação (art. 7º, LAI).

13. Assim como não houve durante a fase administrativa, agora também não há nenhum respaldo legal à restrição à publicidade sobre os detalhes da execução do contrato ora discutido, sendo imprescindível que toda a discussão travada neste procedimento permaneça pública e transparente, projetando-se à seara arbitral o regime de transparência inerente aos negócios do Estado. Nesse sentido a doutrina de Carlos Alberto de Salles⁴:

À arbitragem, tendo por objeto negócios do Estado, evidentemente, se projeta essa obrigação de publicidade, não sendo possível concebê-la como um campo isento aos controles próprios da Administração Pública. Resta saber qual o significado concreto a ser dado a essa garantia, isto é, quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a essa exigência, de maneira a não descaracterizar esse mecanismo com a imposição de formalidades incomuns e impróprias ao seu desenvolvimento.

(...)

Para garantir o **efeito de controle desejado pela própria Constituição**, e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental à convenção arbitral administrativa – e correspondente instrumento convocatório da licitação que a antecede, como se tem sustentado – **garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral**. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe serviram de base.

⁴ SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 284.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

14. Contudo, caso efetivamente se verifique a apresentação de algum documento que revele segredos comerciais de alguma das empresas consorciadas, caberá aos Requerentes argui-lo, de forma fundamentada, específica e restrita ao mencionado documento, para que lhe seja aplicado o sigilo, de acordo com o regime de exceção prescrito pela Lei de Acesso à Informação.

15. Observe-se que, assim como no Estado de São Paulo, a União também adotou a solução de aplicar o sigilo de forma parcial e excepcional, restringindo-a a determinadas informações sensíveis cuja confidencialidade é protegida por lei⁵, o que também é encorajado pela doutrina especializada:

Assim, é possível decretar o sigilo de todo o processo arbitral ou **apenas de informações específicas em determinadas circunstâncias**. Algumas dessas hipóteses serão vistas nos itens seguintes, mas adianta-se que uma delas é se o **processo envolver dados sensíveis, cuja divulgação poderia trazer prejuízo a uma ou ambas as partes**, como as relacionadas a segredos comerciais e aquelas cuja confidencialidade é prevista por lei, como dados bancários (Lei Complementar nº 105/2001), informações sobre a intimidade das partes (artigo 5º, LX, da CF), e informações relacionadas à segurança da sociedade e do Estado (artigo 5º, XXXIII, da CF)⁶.

16. Com efeito, o que **não se pode admitir é que os Requerentes se furtem ao seu ônus argumentativo específico de justificar a aplicação do sigilo para querer transformar a exceção em regra**, como pretendem mediante a sua proposta de limitar a publicização às informações sobre a existência do procedimento, a data do requerimento de arbitragem e os nomes das Partes.

17. Ora, tampouco cabe arguir a existência de cláusula contratual que supostamente teria o condão de restringir a publicidade das informações sobre a execução contratual⁷, como pretendeu o Consórcio, por dois motivos.

⁵ Decreto federal nº 10.025/2019, Art. 3º: “A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) IV – as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.

⁶ HADDAD, Ana Olivia Antunes. *Transparência no processo arbitral*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 258.

⁷ “1.12. Contrato.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

18. Primeiro, porque o próprio dispositivo contratual excepciona a confidencialidade dos detalhes contratuais quando a parte houver de divulgá-los para cumprir com suas obrigações legais, como é o caso dos deveres de publicidade ativa e passiva impostos ao DER pela Lei de Acesso à Informação.

19. Segundo, ainda que se entenda que a permissão para divulgação não decorre de uma interpretação textual da cláusula, é preciso **interpretá-la em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro⁸, dela não extraindo eficácia que contrarie comandos cogentes determinados pela Constituição e pela lei**. Do contrário, não haverá outra solução senão a de se reconhecer a sua nulidade⁹.

20. Portanto, é imprescindível que o Tribunal Arbitral **preserve a aplicação da regra constitucional da publicidade a este procedimento, inclusive sob a sua forma ativa**, como exige a Lei de Acesso à Informação¹⁰ e detalha o Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo¹¹, podendo-se excepcioná-la tão somente no que diz respeito à divulgação de eventuais documentos específicos, em relação aos quais se

O Pessoal do Empreiteiro e do Contratante divulgará todas essas informações confidenciais e outras informações quando for devidamente necessário para verificar a conformidade com o Contrato e permitir sua devida implementação.

Cada um deles tratará dos detalhes do Contrato como privado e confidencial, **salvo na medida em que for necessário realizar suas respectivas obrigações estipuladas no Contrato ou cumprir com as Leis aplicáveis**. Nenhum deles publicará ou divulgará particularidades das Obras preparadas pela outra Parte sem o prévio acordo da outra Parte. Contudo, o Empreiteiro terá permissão para divulgar quaisquer informações disponibilizadas ao público ou informações de outro modo necessárias para estabelecer suas qualificações para concorrer para outros projetos.”

⁸ O Contrato reconhece expressamente a regência pela lei brasileira e a necessidade de compatibilização com as suas prescrições (Cláusula 1.4, Condições Gerais e Condições Particulares).

⁹ **Código Civil:**

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”

“Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”

¹⁰ Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a **divulgação em local de fácil acesso**, no âmbito de suas competências, **de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas**. (...) § 2º. Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

¹¹ Art. 12, §2º, Decreto estadual nº 64.356/2019: “A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores”.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

justifique e comprove a existência de segredos comerciais ou outras hipóteses de sigilo admitidas em lei.

II. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DOS REQUERENTES QUANTO AO ADIANTAMENTO DE CUSTAS

21. Em Memoriais, os Requerentes insistem em um provimento arbitral que determine a divisão da provisão de custos com a arbitragem com o Requerido, em partes iguais.

22. Ocorre que, como já se colocou, o **Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo regulamenta de forma cogente a temática das despesas da arbitragem**, e é plenamente aplicável a este procedimento, ainda que tenha sido publicado após a celebração do Contrato.

23. E isso se deve por previsão expressa do artigo 16 do referido ato normativo, ao dispor que *“as disposições deste decreto se aplicam aos instrumentos obrigacionais celebrados com cláusula compromissória antes de sua vigência, no que couber”*.

24. Com efeito, a partir da publicação do Decreto nº 64.356/2019, foi extinta qualquer atribuição de discricionariedade às partes contratuais para transigirem sobre o tema e a solução jurídica cabível é uma só: a imputação da responsabilidade pela provisão às Requerentes.

25. Reforça-se a aplicabilidade do mencionado artigo 16, justamente por haver uma lacuna contratual na convenção arbitral quanto ao regime de provisão de custos com a arbitragem.

26. Desta forma, é necessário que o adiantamento das despesas seja suportado de forma integral pelas Requerentes da arbitragem, como estipulado pelo referido ato normativo, sem prejuízo de eventual reembolso ao final do procedimento, de acordo com o êxito de cada parte.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

27. Diante do exposto, não é possível atribuir ao Requerido a responsabilidade pela provisão de custas, dado se tratar de tema com expressa regulamentação pelo ordenamento jurídico. Qualquer tentativa de imputar ao Requerido responsabilidade pelo pagamento antecipado de custas com o processo arbitral poderia dar ensejo à realização forçada de pagamento sem previsão orçamentária gerando responsabilização por quem ordenar a despesa, uma vez que o artigo 60 da Lei federal nº 4.320 de 17 de março de 1964 (Normas Gerais de Direito Financeiro) determina ser vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

III. CONCLUSÃO

28. Pelo exposto, o DER/SP reitera o quanto requerido em seus Memoriais apresentados no dia 21 de outubro de 2022, para fins de que:

(i) Aplique-se ao presente procedimento **a regra da publicidade, inclusive sob a sua forma ativa**, devendo-se excepcioná-la tão somente no que diz respeito à divulgação de eventuais documentos específicos, em relação aos quais se justifique e comprove a existência de segredos comerciais ou outras hipóteses de sigilo admitidas em lei, conforme determinam a Constituição, a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Arbitragem e o Decreto de Arbitragem do Estado de São Paulo.

(ii) Seja mantida a **responsabilidade das Requerentes pela provisão inicial dos custos com o procedimento arbitral**, sem prejuízo de que tais valores possam estar sujeitos a reembolso (do vencido ao vencedor), de acordo com a sucumbência dos pleitos ao final do processo.

Com o que pede e espera deferimento.

São Paulo, 04 de novembro de 2022.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA
Procurador do Estado
OAB/SP 286.447

CLAUDIO HENRIQUE RIBEIRO DIAS
Procurador do Estado
OAB/SP 242.099

IAGO OLIVEIRA FERREIRA
Procurador do Estado
OAB/SP 430.336

BRUNO LOPES MEGNA
Procurador do Estado
OAB/SP 313.982

TATIANA SARMENTO LEITE MELAMED
Procuradora do Estado
OAB/SP 430.736



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

LISTA CONSOLIDADA DE ANEXOS

Nº	Conteúdo
RQDO-1	Designações dos integrantes da Assistência de Arbitragens, publicada no DOE.
RQDO-2	Decreto estadual nº 64.356 de 31-7-2019
RQDO-3	Currículo da coárbitra indicada

**Não há anexos na presente manifestação.*