

PROCEDIMENTO ARBITRAL Nº 82/2020/SEC7

REQUERENTE: Concessionária do Monotrilho Linha 18 –
Bronze S.A

REQUERIDO: Estado de São Paulo

ORDEM PROCESSUAL Nº 11

O Tribunal Arbitral responsável por dirimir as controvérsias objeto do Procedimento Arbitral nº 82/2020/SEC7, em curso no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“**CAM-CCBC**”),

EMITE esta Ordem Processual nº 11 (“**OP 11**”), nos termos abaixo descritos e tendo em conta o seguinte objeto:

OBJETO: decisão do Tribunal Arbitral sobre impugnação da empresa Perita e outros temas

CONSIDERANDO a impugnação suscitada pelo Requerido em face da empresa Perita, tendo como base, em síntese, a tomada de conhecimento sobre relatório técnico elaborado e apresentado pela mesma empresa no contexto de assessoramento econômico da concessionária Inova Saúde São Paulo SPE, em pleito de reequilíbrio econômico-financeiro contra o Estado de São Paulo, aliada com a supostamente indevida ausência de revelação por parte da equipe pericial;

CONSIDERANDO que, por meio da OP 09, o Tribunal Arbitral concedeu prazo que a equipe pericial, sob a liderança do Sr. Adriano Pinho, apresentasse resposta à impugnação suscitada pelo Requerido até 20.01.2023;

CONSIDERANDO que, na data aprazada, a equipe pericial apresentou sua resposta à impugnação, juntamente com suas considerações sobre controvérsia pontual no procedimento de perícia acerca da ordem nas respostas dos pedidos de esclarecimentos das Partes ao Laudo Pericial;

CONSIDERANDO as razões apresentadas pela equipe pericial quanto ao tema da impugnação, no sentido de que: (i) o trabalho que realizou na ocasião apontada pelo Requerido em sua impugnação teria caráter eminentemente técnico e desprovido de juízo de valor; (ii) a intenção do Requerido seria na verdade atacar o próprio trabalho pericial; (iii) a equipe pericial vem cumprindo seu dever de revelação, tendo inclusive comunicado às Partes sobre sua atuação em caso envolvendo o escritório de advogados que patrocina a Requerente, sem que houvesse impugnação ou objeção do Requerido; (iv) o sr. Matheus Ejima, apontado pelo Requerido como subscritor do relatório técnico de assessoramento à Inova Saúde São Paulo SPE, seria um profissional expoente na área técnica objeto da perícia; (v) ao contrário do quanto alegado pelo Requerido, a situação impugnada não seria semelhante a hipóteses da Lista Laranja (IBA Guidelines), mas sim da Lista Verde, nos itens referentes a “4.1. Pareceres Jurídicos”, com a ressalva de que no caso vertente o parecer representaria uma opinião eminentemente técnica e sem carga valorativa – situação menos grave que uma opinião de cunho jurídico; (vi) por fim, invocou o Enunciado 110-CNJ da II Jornada – Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, segundo a qual “a omissão do árbitro em revelar às partes fato que possa denotar dúvida quanto à sua imparcialidade e independência não significa, por si só, que esse árbitro seja parcial ou lhe

falte independência, devendo o juiz avaliar a relevância do fato não revelado para decidir ação anulatória”.

CONSIDERANDO a situação relatada pela equipe pericial sobre as discussões travadas acerca do Plano de Trabalho inicial e o posterior lapso na comunicação entre a Requerente e a equipe pericial, que fez com que esta, inadvertida da existência de pedido de esclarecimentos da parte Requerente, enviasse e-mail ao Requerido informando que as respostas ao seu pedido de esclarecimentos ao Laudo Pericial seriam encaminhadas no dia 20.01.2023 (data anteriormente definida para as Partes responderem ao pedido de esclarecimentos uma da outra) – resultando, por sua vez, em novas tentativas por parte da equipe pericial de reestabelecer ordem nas apresentações, que restaram frustradas diante da divergência de posicionamentos entre as Partes.

CONSIDERANDO os requerimentos formulados pela equipe pericial para que seja rejeitada a impugnação do Requerido, ou ainda, subsidiariamente, não sejam devolvidos os valores já recebidos, bem como que as respostas às solicitações de esclarecimentos elaborados pelos assistentes técnicos das Partes sejam divulgados conjuntamente com o Laudo Pericial;

CONSIDERANDO que, por meio da OP 10, o Tribunal concedeu prazo às Partes para se manifestarem sobre as razões apresentadas pela equipe pericial;

CONSIDERANDO a manifestação apresentada pelo Requerido, que, de outro lado, arguiu que: (i) a equipe pericial teria utilizado linguagem inapropriada e desrespeitosa em sua manifestação, o que também indicaria possível conflito de interesses; (ii) a eventual tecnicidade do relatório não afastaria o seu viés direcionado a subsidiar pleito contra o Estado; (iii) o Perito teria revelado novas circunstâncias geradoras de conflito, ao revelar que ao relatar que teria participado de avaliação de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro em tema de pavimentação contra a ARTESP e contra estatal sobre controle do Estado de São Paulo; (iv) não seria razoável exigir que todo servidor público tenha conhecimento sobre tudo que se passa no Estado, de modo a justificar o

decurso de tempo até a tomada de conhecimento sobre o relatório técnico; (v) o dever de revelação é contínuo e deve ser exercido ao longo do procedimento; (vi) os meios impugnativos não estão sujeitos a uma legalidade estrita e taxativa; no que requereu, por fim, que a empresa Perita seja advertida a se abster de apresentar manifestações de conteúdo depreciativos aos representantes do Requerido, caso acolhida sua impugnação, o trabalho pericial seja desconsiderado com a devolução dos valores ou, subsidiariamente, sejam seguidas as diretrizes do Decreto Estadual nº 40.177/95.

CONSIDERANDO ainda os argumentos do Requerido sobre a divergência no cronograma pericial, em que demonstrou a existência de declarações contraditórias por parte da equipe pericial, bem como sobre a validade e tempestividade das manifestações da Requerente, no que reiterou seus argumentos e pedidos anteriores.

CONSIDERANDO a manifestação apresentada pela Requerente, que pontuou em suma que: (i) o relatório técnico discutido seria anterior à apresentação ao laudo Pericial, o que tornaria a impugnação intempestiva; (ii) nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem, a arguição de suspeição ou impedimento deve ocorrer na primeira oportunidade em que a parte tem conhecimento do fato; (iii) o item 3.1.2 da IBA Guidelines não se referiria a “mandatários”, como traduziu o Requerido, mas a advogados (no termo inglês “counsel”); (iv) a elaboração do relatório técnico não configura hipótese de atuação contra o Poder Concedente; (v) o encaminhamento mais correto da perícia consistiria na manutenção do cronograma pericial, de modo que a equipe pericial se manifeste somente quando encerradas as manifestações das Partes;

CONSIDERANDO o posicionamento defendido pela Requerente acerca da validade e tempestividade de sua manifestação anterior, no sentido de que o Requerido teria confundido a manifestação de apresentação do Laudo Parcialmente Convergente com o próprio laudo crítico elaborado pelos assistentes técnicos da Requerente (Anexo A-114) e que é de praxe, em procedimentos arbitrais, que laudos e pareceres de assistentes técnicos sejam acompanhados de manifestações dirigidas ao Tribunal; bem como, afirmou que sua manifestação cumpriu todos os preceitos estipulados no Termo de Arbitragem, notadamente seus itens 11.2.2. e 11.2.5.; tendo pedido, ao final, o indeferimento da impugnação da empresa Perita, a manutenção do cronograma previsto no Plano de

Trabalho, permitindo-se que o Perito se manifeste subsequentemente às manifestações das Partes e que sejam rejeitados os pedidos de desentranhamento formulados pelo Requerido acerca da sua manifestação de 11.11.2022;

ENTENDE o Tribunal, como fundamento para as decisões adiante expressas, que:

(a) conflito de interesses e impugnação: o fato superveniente apontado pelo Requerido em sua manifestação não é suficiente para configurar hipótese de parcialidade ou conflito de interesse, tampouco a falta de revelação específica sobre o fato infirma essa conclusão.

O Tribunal não ignora a existência de dever de informação da equipe pericial em relação às Partes desta arbitragem. E na ocorrência de fatos supervenientes relevantes, esse dever deverá ser cumprido pela empresa Perita conforme os ditames da boa-fé.

Sobre o tema, Judith Martins-Costa¹ estabelece alguns bons critérios para a verificação do dever de informar no caso concreto, como (i) a capacidade do suposto lesado em obter acesso à informação por conta própria; e (ii) a pertinência da informação com o objeto do contrato.

Embora seja natural o decurso de algum prazo na transmissão das informações entre diferentes departamentos do Estado, por certo é que há motivos razoáveis para se supor que este, que é parte nesta arbitragem, possuía as condições necessárias para obter acesso a relatório técnico utilizado em outro procedimento no qual também é parte. Nessa circunstância, o acesso à informação depende muito pouco de eventual

¹ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. 2ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 593.

revelação por parte da Perita e, por essa razão, a ausência de revelação não é interpretada pelo Tribunal como um indício de conflito de interesses – ainda que se possa vir a entender que a informação em questão é pertinente ao caso.

E quanto à pertinência temática do documento, o assessoramento e a produção do relatório técnico em questão não caracterizam, no entendimento deste Tribunal, uma conduta típica das hipóteses da Lista Laranja da IBA Guidelines (3.1.1 ou 3.1.2). Não houve atuação como advogado da Parte, assim como também não houve prévia prestação de serviços de consultoria à Requerente pela empresa Perita (3.1.1). O que ocorre, na verdade, é que a atuação contrária aos interesses do Estado (3.1.2) se deu em razão de assessoramento a parceiro privado distinto, em caso também distinto; quando muito, essa atuação poderia ser associada, por analogia, às hipóteses de pareceres jurídicos (Lista Verde), embora o Tribunal Arbitral reconheça que o trabalho discutido revela conteúdo predominantemente técnico e objetivo.

No contexto de pleitos de reequilíbrio financeiro em contratos de Parceria Público-Privada, eventual atuação da empresa Perita em casos similares ao que se discute nesta arbitragem somente indica que a empresa Perita possui expertise na área em apreço. O Estado de São Paulo, Requerido nesta arbitragem, é o estado federativo líder no lançamento de iniciativas na modalidade PPP². Se atuações passadas em casos similares implicassem conflito de interesses, dificilmente restariam experts disponíveis para realização destes trabalhos em procedimentos no qual o Requerido é parte. Portanto, não se sustentam fundamentos para o afastamento da empresa Perita.

² Disponível em: <http://infraroi.com.br/2023/01/30/aumentam-em-44-a-adocao-de-ppps-e-concessoes-por-estados-em-quatro-anos/>

De todo modo, o Tribunal reconhece e respeita a impugnação apresentada em contexto de representação dos interesses do Requerido. E ressalta que o Laudo Pericial será considerado como uma peça de auxílio no seu processo de tomada de decisão, conservando, porém, sua capacidade crítica na compreensão e apreensão do respectivo conteúdo. O Tribunal espera, outrossim, dialogar não apenas com a equipe pericial, mas também com os assistentes técnicos das Partes sobre o laudo produzido, de tal forma que tenham capacidade de influenciá-lo diretamente.

Não obstante a conclusão exposta acima, o Tribunal adverte a empresa perita para que, em suas manifestações futuras, se abstenha da formulação de juízos subjetivos e de qualificações desnecessárias direcionadas às partes, seus representantes, assistentes técnicos ou a qualquer outro participante deste processo arbitral, em qualquer condição, limitando as suas manifestações ao campo do múnus técnico de que foi incumbida.

(b) cronograma pericial, ordem das manifestações: após verificar as comunicações trocadas entre equipe pericial e as Partes, conforme documentos e argumentos apresentados nas últimas manifestações, conclui-se que houve de fato, por parte da equipe pericial, a prestação de informações contraditórias que geraram expectativas e inseguranças no Requerido. Nesse caso, ainda que o cronograma pericial tivesse previamente estabelecido a possibilidade de as partes manifestarem-se sobre os pedidos de esclarecimentos de sua contraparte - antes da resposta da perícia - (Etapas 7 e 8), essa organização foi, equivocadamente ou não, alterada mediante envio de e-mail em 27.12.2022, gerando legítimas expectativas ao Requerido de que a resposta aos seus esclarecimentos seria encaminhada em 20.01.2023, sem que a equipe pericial tenha acesso à

manifestação da parte contrária. O Tribunal Arbitral não discute aqui qual procedimento é o mais adequado ou mais eficiente, apenas reconhece que tais declarações implicam na geração de expectativas e, assim, na assunção de obrigações que devem ser respeitadas à luz dos ditames da boa-fé. Todavia, não enxergou prejuízo que pudesse causar qualquer macular as etapas anteriores da perícia. Isso significa, portanto, o refazimento dessa etapa, garantindo a ambas as partes igualdade de tratamento.

(c) suposta invalidade e intempestividade da manifestação da Requerente: respeitado o entendimento do Requerido, o Tribunal Arbitral não enxerga razões para desentranhar ou de qualquer outra forma desconsiderar a manifestação submetida pela Requerente. O excesso de formalidade não é característico do procedimento arbitral, e o peticionamento da Requerente, acompanhado de documento técnico elaborado por seus assistentes técnicos, cumpriu a contento as regras procedimentais previstas no Termo de Arbitragem (item 11.2.2 e 11.2.3). O foco deve ser na eficiência do procedimento e na garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e devido processo legal.

DECIDE o Tribunal Arbitral, por meio desta OP n. 11:

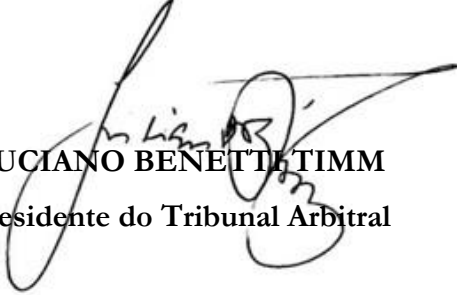
- (I) INDEFERIR** a impugnação formulada pelo Requerido à empresa Perita Vallya, com base nos fundamentos acima expostos, que, deve, portanto, retomar a perícia outrora suspensa por esse Tribunal;
- (II) ACOLHER** o pedido formulado pelo Requerido no sentido de advertir a empresa Perita Vallya Advisors, seus membros e representantes, para que se abstenham de formular juízos de ordem subjetiva em relação às partes e

a atuação de seus patronos, sob pena de aplicação de sanções por parte do Tribunal Arbitral, a seu critério;

- (III) INDEFERIR** o pedido do Requerido para que seja reconhecida a invalidade do pedido de esclarecimentos ao laudo pericial apresentado pela Requerente na mensagem eletrônica enviada pelos seus advogados em 23.12.2022 (B-77) e intempestividade do contralaudo encaminhado pelos seus assistentes técnicos (Doc. B-78);
- (IV) DETERMINAR** o fim da suspensão do cronograma pericial, que deverá ser restabelecido com a definição conjunta, entre as Partes e a equipe pericial, de nova data para que esta responda aos esclarecimentos solicitados pelo Requerido antes da manifestação da Requerente sobre os esclarecimentos do Requerido ou vice-versa, devendo, em razão do indeferimento do pedido de declaração de invalidade e intempestividade da petição e laudo técnico da Requerente, o mesmo procedimento ser realizado em relação aos esclarecimentos solicitados pela Requerente, em respeito ao princípio do contraditório e paridade de armas.
- (V) INSTAR** as partes, seus patronos, assistentes técnicos e a empresa perita que, pelo restante do procedimento, procurem manter o foco nas relevantes matérias técnicas e jurídicas em debate na causa com o fim de contribuir, **de forma objetiva e colaborativa**, para a construção da decisão, conforme é a expectativa deste Tribunal diante do elevado nível de todos os representantes e técnicos envolvidos.

Esta Ordem Processual segue isoladamente assinada pelo Árbitro Presidente, ouvidos os demais coárbitros, conforme permissivo inserido no item 9.5 do Termo de Arbitragem.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2023


LUCIANO BENETTI TIMM
Presidente do Tribunal Arbitral