



## Espaço Discente

### PROCESSO ARBITRAL FICTÍCIO – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – MEMORIAL DA REQUERIDA

BRUNA BARLETTA

FELIPE KACHAN

FELIPE SANTANA NOVAIS

INGRYD DANIELLE JESUS

JULIA SCHULZ

MARCELLA CENTOFANTI

MARCELLA MASSAROTTO

VIVIANE TOZZI MORO



*I. Breve relato dos fatos. II. Da impossibilidade de a matéria em discussão ser submetida ao juízo arbitral: II.1 Esclarecimento inicial: da aplicação limitada do princípio da “compétence-compétence” no presente caso: A) A presente controvérsia não pode ser submetida a juízo arbitral: A.I) Do desrespeito ao princípio da legalidade; A.II) Da indisponibilidade do interesse público; A.III) Da afronta ao princípio da publicidade; B) A pendência do processo administrativo referente à intervenção obsta o recurso à arbitragem; C) Da invalidade do termo aditivo que nomeia a CAMARB; D) Da aptidão do Árbitro Dr. Ezequiel Escobar para atuar na presente arbitragem; E) Conclusão e pedido. Bibliografia.*

#### **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP**

Na segunda edição da Competição Brasileira de Arbitragem, realizada em outubro de 2011, 16 equipes formadas por estudantes de direito e jovens advogados se reuniram em Belo Horizonte para as rodadas orais de um procedimento arbitral fictício. No evento, as peças escritas também foram avaliadas pelos árbitros.

O caso tratava de uma parceria público-privada referente à construção e gestão de um complexo prisional. No contrato, ficou estipulado que a remuneração por detento se basearia em avaliações dos serviços prestados. A partir de um relatório que classificou a qualidade da alimentação como “ruim”, o Estado interveio no complexo presidiário e reduziu o montante pago à concessionária. Em resposta, esta iniciou procedimento arbitral perante a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), alegando violação das



disposições do contrato de concessão pelo ente estatal.

O trabalho a seguir, de autoria de alunos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), foi premiado pela comissão julgadora da II Competição Brasileira de Arbitragem como melhor memorial por parte requerida.

*Orientadores:* CLÁUDIO FINKELSTEIN, MARCO ANTÔNIO JORGE, NAPOLEÃO CASADO FILHO, THIAGO MARINHO NUNES, TIAGO ADÃO BORGES.

Para: *O Tribunal Arbitral*

Dra. Capitu Santiago

Dr. Bento Casmurro

Dr. Ezequiel Escobar

C.c.: *Advogados da requerente e Secretaria-Geral da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), Sr. Felipe Ferreira M. Moraes – Rua Paraíba, n. 1.000, 16º andar – Belo Horizonte/MG.*

Ref. *Procedimento Arbitral n. 06/2011*

Bacamaso Gestão Prisional S/A X Estado de Vila Rica

*Ilustríssimo Tribunal Arbitral*

O Requerido, ESTADO DE VILA RICA (“ESTADO”), já qualificado neste Procedimento Arbitral em que é Requerente BACAMASO GESTÃO PRISIONAL S/A (“BACAMASO”), por seus advogados que esta subscrevem, vem, em atenção às disposições do Termo de Arbitragem (Anexo 15), apresentar suas ALEGAÇÕES INICIAIS, com base nos argumentos de fato e de direito que passa a expor.

### ***I. Breve relato dos fatos***

1. Em janeiro de 2006, o ESTADO decidiu implantar uma Parceria Público-Privada (“PPP”) para a construção de um complexo

prisional no município de Córrego das Chuvas. Em 14 de março de 2006, foi lançado o edital de licitação, tendo como vencedor o Consórcio BACAMASO, com uma proposta de custo máximo de R\$ 2.240,00 (dois mil duzentos e quarenta reais) por detento ao mês, quantia que contemplava o valor de implementação e operação do complexo prisional.

2. O contrato de Concessão Administrativa (“CONTRATO”)<sup>1</sup> foi assinado em 28 de novembro de 2006. Em 12 de abril de 2007, o ESTADO e a BACAMASO firmaram o TERMO ADITIVO<sup>2</sup> ao CONTRATO, indicando a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) como instituição arbitral a reger eventual procedimento arbitral. Frise-se, entretanto, que, para tal fato, não ocorreu a necessária licitação prevista no CONTRATO,<sup>3</sup> conforme exige a Lei 8.666/1993.

3. Em fevereiro de 2010, o complexo prisional foi inaugurado com a transferência imediata de 815 presos. De acordo com o CONTRATO, a BACAMASO estaria encarregada da gestão do complexo “dos muros para dentro”,<sup>4</sup> o que significa que todas as atividades de gestão interna do complexo, como manutenção da segurança e fornecimento de serviços de saúde, educação e alimentação, estariam a cargo exclusivo da Concessionária.

4. Ficou ainda estipulado que seriam feitas avaliações bimestrais<sup>5</sup> com o objetivo de garantir o melhor desempenho dos serviços prestados. Destas avaliações resultaria o Índice Bimestral de Desempenho (“IBD”), classificando os serviços como: bom, regular ou ruim.<sup>6</sup> Esse índice estipularia o montante a ser pago à Concessionária, podendo variar

1. V. Anexo 2.

2. V. Anexo 3.

3. V. Cláusula 37.2 do Contrato (Anexo 2) e Anexo 1.

4. V. Cláusula 15.9 do Contrato (Anexo 2).

5. V. Cláusula 1 do Contrato (Anexo 2).

6. V. Cláusula 15.8 do Contrato (Anexo 2).

de 0,8 a 1, coeficiente este que, multiplicado pelo valor máximo por detento ao mês (R\$ 2.240,00), determinaria a remuneração da Concessionária.<sup>7</sup>

5. Nos primeiros meses, a BACAMASO foi remunerada ente 98% e 100%, obtendo ótima repercussão na mídia.<sup>8</sup> Entretanto, o relatório referente aos meses de setembro e outubro qualificou a prestação do serviço como “ruim”.<sup>9</sup> Diante dessa avaliação, em 9 de dezembro de 2010, a Associação dos Familiares dos Presidiários de Vila Rica (“AFARP-VR”) encaminhou uma reclamação ao jornal local *A Nação*.<sup>10</sup>

6. Em decorrência da má qualidade dos serviços de alimentação dos detentos, em 23 de dezembro de 2010, o ESTADO, por meio do Decreto 2.342,<sup>11</sup> no exercício de suas prerrogativas como ente estatal, promoveu a intervenção no complexo presidiário de Córrego das Chuvas. A partir de então, o próprio ESTADO passou a prestar diretamente o serviço de alimentação aos detentos. Logo, o percentual referente a tal serviço deixou de integrar a remuneração devida à BACAMASO, que foi reduzida de R\$ 2.240,00 para R\$ 1.870,00.

7. Em novo relatório,<sup>12</sup> referente aos meses de novembro e dezembro, foi estabelecida à BACAMASO 90% da remuneração anteriormente percebida, correspondendo a R\$ 2.016,00, dado que os resultados da avaliação relativos à alimentação permaneceram no mesmo patamar.

8. Diante da intervenção do ESTADO, a BACAMASO iniciou, em 25 de janeiro de 2011, procedimento arbitral perante a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (“CAMARB”),<sup>13</sup> alegando a ocorrência de suposta

violação das disposições do CONTRATO pelo ente estatal.

9. Em 27 de janeiro de 2011, a Auditoria-Geral do ESTADO, após regular processo administrativo, decidiu anular o TERMO ADITIVO que nomeava a CAMARB como instituição arbitral,<sup>14</sup> posto que a indicação da CAMARB para administrar eventual procedimento arbitral, decorrente do CONTRATO, se deu sem a realização do necessário processo licitatório.

10. No dia 28 de janeiro de 2011, a CAMARB enviou cópia da solicitação de arbitragem realizada pela BACAMASO.<sup>15</sup> Em seguida, a Secretaria-Geral intimou as partes para que indicassem os árbitros que atuariam no procedimento.<sup>16</sup>

11. O ESTADO, por seu turno, apresentou, em 1º de fevereiro de 2011, sua resposta,<sup>17</sup> contestando a jurisdição do Juízo Arbitral para resolver a disputa. A BACAMASO indicou o Dr. Bento Casmurro, enquanto o ESTADO – apesar do protesto quanto a inexistência de jurisdição do Tribunal Arbitral – nomeou para atuar como árbitro o Dr. Ezequiel Escobar,<sup>18</sup> renomado professor e autor de diversos livros e artigos acadêmicos sobre Administração Pública.

12. Aberto o prazo de manifestação sobre a imparcialidade e a independência dos árbitros pela Secretaria-Geral da CAMARB, a BACAMASO contestou a nomeação do Dr. Ezequiel Escobar como árbitro,<sup>19</sup> sob o fundamento de que este não figurava na lista de árbitros da CAMARB, fato este, ressaltado desde já, não exigido pelo regulamento da própria Câmara de Arbitragem ou mesmo pela Lei Federal 9.307/1996.

13. Após deliberação sobre a questão levantada pela BACAMASO, a Diretoria da

7. V. Cláusula 1 do Contrato (Anexo 2).

8. V. Anexo 4.

9. V. § 8, Anexo 5.

10. V. Anexo 6.

11. V. Anexo 7.

12. V. Anexo 16, item 9.

13. V. Anexo 8.

14. V. Anexo 9.

15. V. Anexo 10.

16. V. Anexo 10.

17. V. Anexo 11.

18. V. Anexo 12.

19. V. Anexo 13.

CAMARB, apoiando-se no art. 3.8 do Regulamento da referida instituição, entendeu que caberia ao próprio Tribunal Arbitral, uma vez constituído, decidir sobre sua competência.<sup>20</sup> Os árbitros indicados pelas partes nomearam a Dra. Capitu Santiago, integrante da lista de árbitros da CAMARB, como árbitro presidente.

14. O ESTADO demonstrará no presente memorial (i) que esse I. Tribunal Arbitral não possui jurisdição para solucionar este conflito; (ii) que o TERMO ADITIVO que nomeia esse Tribunal Arbitral não é válido; e (iii) que a pendência de procedimento administrativo referente à intervenção do ESTADO nos serviços objeto do CONTRATO obsta o prosseguimento da presente arbitragem. Por fim, será demonstrado (iv) que, caso se admita a jurisdição deste Tribunal, o Dr. Ezequiel Escobar é apto para atuar como árbitro no presente procedimento arbitral.

## II. Da impossibilidade de a matéria em discussão ser submetida ao juízo arbitral

### II.1 Esclarecimento inicial: da aplicação limitada do princípio da “*compétence-compétence*” no presente caso

15. Antes de demonstrar por que o caso em tela não pode ser submetido ao juízo arbitral, é necessário atentar para a inobservância do princípio da *compétence-compétence*. Apesar de a Lei Brasileira de Arbitragem ter incorporado esse princípio em seu art. 8º, tal sistema legal não visa estabelecer o árbitro como o único apto a julgar a existência e a validade da cláusula compromissória. Nesse sentido é o entendimento da abalizada doutrina de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman: “Até mesmo hoje, o princípio da *compétence-compétence* é por demais interpretado como aquele que confere

20. V. Anexo 14.

aos árbitros poderes para serem os únicos juizes de sua jurisdição. Isto não seria lógico nem aceitável. Aliás, o verdadeiro propósito dessa regra é que de forma nenhuma a questão da competência arbitral seja deixada somente nas mãos dos árbitros. Ao contrário, sua jurisdição deve ser revista pelos tribunais no caso de uma ação ser iniciada a fim de reformar ou executar a sentença arbitral”.<sup>21</sup>

16. Desta forma, conclui-se que o árbitro não é o único capaz de julgar todas as hipóteses de existência e validade das cláusulas compromissórias, bem como que há previsão legal que estabelece a utilização de ações judiciais para resolver controvérsias relativas ao procedimento arbitral.

### A) A presente controvérsia não pode ser submetida a juízo arbitral

17. Conforme se passará a demonstrar, a cláusula compromissória estabelecida no CONTRATO firmado entre o ESTADO e a BACAMASO é nula, tendo em vista que a matéria objeto desta controvérsia diz respeito a interesse público indisponível, que não admite, pois, a resolução por meio de procedimento arbitral.

18. A submissão de conflito dele decorrente ao juízo arbitral, como o presente caso, implica necessariamente violação de princípios basilares de Direito Público, quais sejam: (I) a violação ao princípio da legalidade; (II) a violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público; e (III) a violação ao princípio da publicidade.

21. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, *International Commercial Arbitration*, p. 40 (tradução livre: “Even today, the competence-competence principle is all too often interpreted as empowering the arbitrators to be the sole judges of their jurisdiction. That would be neither logical nor acceptable. In fact, the real purpose of the rule is in no way to leave the question of the arbitrators jurisdiction in the hands of the arbitrators alone. Their jurisdiction must instead be reviewed by the courts if an action is brought to set aside or to enforce the award”).

*A.I) Do desrespeito ao princípio da legalidade*

**19.** Como princípio nuclear do Direito Administrativo está o da legalidade, segundo o qual a Administração deve sempre atuar em conformidade com o expressamente previsto em disposições legais a ela aplicáveis. A Administração Pública, vale dizer, deve sempre atuar segundo a lei (*secundum legem*), nunca contra a lei (*contra legem*) ou mesmo além do quanto previsto na lei (*praeter legem*).

**20.** Quando se fala em princípio da legalidade, referência se faz à legalidade estrita, de forma que a arbitragem só poderá ser realizada com autorização legislativa expressa, e não por meio de mera autorização genérica. A Lei n. 9.307/1996 não dispõe explicitamente sobre a possibilidade de o Estado submeter eventuais conflitos à arbitragem.

**21.** Por outro lado, apesar de a Lei Estadual n. 4.016/2011 possibilitar, em seu art. 2º, que o Estado seja parte de um procedimento arbitral, esta não pode ser considerada constitucional, uma vez que trata de matéria de competência exclusiva da União. Logo, tendo em vista o princípio da legalidade, pelo qual cabe ao Estado agir somente de acordo com o disposto em lei, pode-se concluir pela impossibilidade de submissão da lide à arbitragem.<sup>22</sup>

22. Nesse sentido, v. decisão do Tribunal de Contas da União, Sessão de 15.7.1993, Decisão 286/1993, Plenário: "(...) conhecer, como consulta, o expediente do Aviso n. 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que o *juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)*" (grifos nossos). V. também Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., p. 121: "É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constituciona-

**22.** Além disso, a realização de arbitragem em contratos administrativos seria inclusive uma afronta ao art. 55, § 2º, da Lei 8.666/1993, que exige a eleição do foro da Administração Pública, exclusivamente, para dirimir eventuais controvérsias relativas a contratos oriundos de procedimentos licitatórios.<sup>23</sup> A esse respeito, assim se manifesta Luís Roberto Barroso: "(...) por força do princípio da legalidade é necessária autorização legal para que a Administração possa pactuar em seus ajustes a cláusula de arbitragem. Mais que isso, o art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 veda logicamente a arbitragem, de modo que só será possível estabelecer cláusula compromissória se alguma norma afastasse sua incidência"<sup>24</sup> (grifo nosso).

**23.** Desse modo, ainda que haja eventual disposição que faculte ao Estado a adoção de procedimento arbitral, havendo em vigor uma

lide delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como importará à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis".

23. "§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, *deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual*, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei" (grifos nossos).

24. Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, t. II. No sentido de frisar que a regra do art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, seria de competência absoluta da Justiça Comum, v. a explicação de Jessé Torres Pereira Junior (*Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, pp. 337-338): "*O § 2º do art. 55 fixa a regra de competência absoluta em favor da Administração Pública, pelo fato de tratar-se de Administração Pública. Ou seja, reitera a competência racione personae, inderrogável e improrrogável que o direito brasileiro acolhe relativamente a entes públicos, que gozam de foro especial e privativo para demandar ou serem demandados em Juízo. A norma é de ordem pública e, pois cogente (inafastável pela vontade dos contraentes). O foro competente para conhecer e julgar questões decorrentes dos contratos da Administração Pública será, sempre, o da sede do ente da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou da entidade da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), que haja firmado o contrato"* (grifo nosso).

norma que fixa a competência absoluta em favor do foro da sede da Administração Pública e sendo esta uma norma cogente, deve-se sobrepor às demais, logicamente, quando for aplicável ao caso concreto a referida Lei.

**24.** Pelas razões acima expostas, a submissão da presente controvérsia ao juízo arbitral é inviável, configurando violação a diversos dispositivos legais e princípios que permeiam nosso ordenamento jurídico, principalmente o da estrita legalidade, no que tange aos atos da Administração.

*A.II) Da indisponibilidade do interesse público*

**25.** A Lei 9.307/1996 estatui, em seu art. 1º, que poderão ser submetidos ao procedimento arbitral apenas os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Desse modo, delimita o seu âmbito de atuação, afastando as controvérsias que digam respeito a atos de império da Administração, uma vez que estes, obrigatoriamente, estão relacionadas ao interesse público, o qual, por sua própria natureza, é indisponível.

**26.** Ocorre que, ante a inadequação da prestação dos serviços prestados pela BACAMASO, houve a degradação da saúde dos presos, uma vez que a alimentação fornecida não se adequava aos padrões mínimos de higiene e de qualidade,<sup>25</sup> os quais deveriam estar presentes para se assegurar o princípio constitucional da dignidade humana. Diante da situação, o ESTADO se viu obrigado a intervir na concessão, legitimado pelo poder de polícia que lhe é resguardado.

**27.** Deve-se ressaltar, assim, que a PPP em questão nem mesmo poderia ter sido firmada, pois viola o art. 4º, III, da Lei 11.079,<sup>26</sup>

25. V. Anexo 5.

26. "Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...); III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado."

de 30 de dezembro de 2004. O referido artigo dispõe acerca da observância da diretriz legal consistente na indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício de poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

**28.** Nesse sentido, conforme afirmação de José Roberto Pimenta Oliveira,<sup>27</sup> no tocante aos sistemas penitenciários, é indiscutível sua semelhança com a atividade de ordenação de direitos, abrangida pelo poder de polícia, por revelar a presença de coercibilidade sobre a liberdade de indivíduos. Ainda que a BACAMASO tenha sido a responsável pelas atividades de gestão interna do Complexo Penitenciário,<sup>28</sup> o uso de coerção pertence exclusivamente ao Estado, restando possível a sua intervenção, de acordo com a cláusula 38.2 do CONTRATO.

**29.** O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, corroborando tal entendimento, aprovou a Resolução 8, de 9 de dezembro de 2002, na qual recomenda a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro (art. 1º).

**30.** Assim, no tocante às atividades materiais de gestão, admitindo-se a possibilidade de serem executados por particulares no regime de concessão ou permissão, conforme previsto no art. 75 da Constituição Federal, faz-se mister notar que, nesses casos, o particular atua como mero substituto do Estado, e não como detentor da atividade, de modo que o estudo do serviço público está sempre ligado à figura da delegação.<sup>29</sup>

27. Discussões a respeito da proposta de privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro apresentada em jan./1992, citadas na motivação da Resolução 8/2002, comentadas na obra "Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária", de José Roberto Pimenta Oliveira, p. 430, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Parceria Público-Privada*.

28. V. Cláusula 15.9 do Contrato (Anexo 2).

29. Em consonância com tal entendimento, tão somente as atividades materiais de gestão, como a ali-

31. Ora, resta claro, diante do aludido, que a matéria objeto do CONTRATO obedece ao regime jurídico de Direito Público, estando vinculada aos princípios a ele atinentes, dentre os quais o princípio da indisponibilidade do interesse público. A sua indisponibilidade é ainda reforçada pela existência das denominadas “cláusulas exorbitantes”, estas que garantem ao Poder Público contratante a prerrogativa de, unilateralmente, alterar ou até mesmo rescindir o contrato de que é parte. A razão principal da existência das referidas cláusulas exorbitantes é, justamente, a regência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>30</sup>

32. Tendo a escolha da BACAMASO para a gestão do Complexo Penitenciário sido precedida de processo licitatório, vale salientar a existência e a aplicação de tais cláusulas no bojo da Lei 8.666/1993, a partir do conteúdo do seu art. 58: “Art. 58. O regime jurídico

mentação e a limpeza, por não se concretizarem via atos jurídicos e atos materiais coercitivos relativamente à esfera jurídica titularizada pelos presos, podem ser objeto de contratação de prestação de serviços por entes privados: “(...) incompatibilidade entre os objetivos perseguidos pela política penitenciária, em especial, os fins da pena privativa de liberdade (retribuição prevenção e ressocialização), e de outro lado, a lógica do mercado, insita à atividade negocial” (José Roberto Pimenta Oliveira, ob. cit., p. 430). Sobre o conceito de delegação, v. as palavras de Carlos Ari Sundfeld: “A delegação é o ato administrativo pelo qual a Administração transfere transitoriamente a particular o exercício do direito à exploração de serviço público. O Poder Público trespassa apenas o exercício de sua atividade, mantendo sua titularidade. Tal aspecto já prenuncia seu regime jurídico. (...) *A Empresa particular delegatária prestará o serviço sob regime jurídico de direito público, justamente por estar exercendo atividade estatal, não atividade privada*” (Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos do Direito Público*, 4ª ed., p. 83).

30. A respeito das cláusulas exorbitantes, estas podem ser conceituadas como as que excedem o direito comum, a fim de assegurar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contrato. A cláusula exorbitante não seria lícita em um contrato privado porque desiguaria as partes na execução do avençado, mas é válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, pois visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público que se sobrepõe aos interesses particulares (v. Cláusula 25.4, a, do Contrato—Anexo 2).

dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para *melhor adequação às finalidades de interesse público*, respeitados os direitos do contratado”.

33. Conquanto possa parecer que a expressão “respeitados os direitos do contratado” sirva, no presente caso, como impedimento ao uso da prerrogativa de modificar o contrato unilateralmente, fato é que, em se tratando de uma norma revestida do caráter de ordem pública, ela sobrepõe-se, naturalmente, à manifestação da vontade individual e às convenções privadas.<sup>31</sup>

34. Assim, por ser uma lei fulcrada no princípio da ordem pública, afasta-se a aplicação da cláusula compromissória, uma vez que impera o interesse público quando em oposição ao estabelecido pela convenção das partes.

35. Insta frisar, ainda, que há duas categorias de interesse público: o primário, indisponível, pois coincidente com a satisfação dos fins do Estado, e o secundário, que, por ser meramente instrumental e objetivar tão somente a satisfação do primeiro, seria disponível nos termos da lei.<sup>32</sup>

31. Nesse sentido, v. a lição de Maria Helena Diniz: “As leis de ordem pública interna, são as que, em um país, estabelecem os princípios indispensáveis à organização do Estado, sob o prisma social, político, econômico e moral, seguindo os preceitos do direito. (...) A ordem pública interna dita normas que não tenham caráter supletivo ou dispositivo por ser ‘jus cogens’, dirigindo-se a todos os cidadãos que não podem subtrair-se ao seu comando (...). Daí a lição de Miguel Reale de que as normas de ordem pública traduzem a ascendência ou primado a um interesse por ela tutelado, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contraentes ou dos indivíduos a que se destinam. (...) Serão leis de ordem pública as constitucionais (...), as administrativas, as processuais, as penais, (...) *A ordem pública é um limite ao foro ou à manifestação da vontade individual, às disposições e convenções particulares (ordem pública interna), as leis, atos e sentenças de outro país (ordem pública internacional)*” (Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, pp. 367-368).

32. Eduardo Grebler, “A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada”, *Revista Brasileira de Arbitragem* 1/60.

36. No caso em apreço, discute-se interesse público primário, pois estritamente ligado a ato de império estatal, em que se utiliza a coerção. Afinal, o que se pretende submeter à arbitragem é a questão sobre a possibilidade de o Estado intervir ou não na concessão.<sup>33</sup>

37. Entretanto, caso assim não se entenda, o que somente se admite pelo princípio da eventualidade, nenhuma razão assiste ao argumento de que o interesse secundário do Estado é disponível. Afinal, o interesse secundário, por tratar-se do interesse do Estado enquanto entidade personalizada, só pode ser perseguido quando coincidente com o interesse primário, que é o genuíno interesse público.<sup>34</sup>

38. Faz-se necessário salientar, ainda, que a Administração Pública é obrigada por lei a cumprir certas finalidades, sob pena de desvio de poder e de finalidade. Aos seus entes e agentes são atribuídas funções que visam a atender o interesse alheio, qual seja o da coletividade. Desse modo, não há que

33. V. Anexo 8.

34. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: "Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário" (*Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 99). No mesmo sentido, v. o entendimento de Ricardo Marcondes Martins: "*Se o interesse primário é indisponível, o interesse secundário, juridicamente admitido, tem que ser indisponível, pois este deve ser coincidente com o primário*. Para ser coincidente deve ter, necessariamente, os mesmos caracteres, as mesmas qualidades, coincidência significa identidade ontológica. (...) Se essas assertivas não forem indiscutíveis para alguns, basta atentar para o fundamento da indisponibilidade. O interesse público é indisponível porque é um interesse alheio, não um interesse do agente público, que representa o Estado, nem, propriamente, da pessoa jurídica estatal, é um interesse do povo, dos administrados" (Ricardo Marcondes Martins, "Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema", *Int. Púb.* – IP 64/85).

falar em aplicação do princípio autonomia da vontade ou da liberdade, porquanto exclusivos dos entes privados em suas atividades negociais.

39. Em consonância com o sobredito, segue trecho do parecer proferido por Celso Antônio Bandeira de Mello no bojo do processo que discutiu, entre outros pontos, a validade da cláusula arbitral firmada entre a COPEL, sociedade de economia mista do Estado do Paraná, concessionária de serviço público, e a UEG Araucária Ltda.: "Não dispondo como os particulares da liberdade ampla de decidir, que é própria apenas de quem tem senhoria até para comprometer os próprios interesses, dos quais pode abrir mão se o desejar, compreende-se que *as entidades constituídas à sombra do Estado, para secundar-lhe a ação, carecem de poder para 'sponte própria', renunciarem a se socorrer desde logo do Judiciário do País. (...) Deveras, a adoção de arbitramento desengrenadamente pressupõe a possibilidade de transigência e a renúncia ao livre acesso ao Poder Judiciário. Nenhum destes dois poderes são reconhecíveis em entidade que ao invés de se governar pelo princípio da autonomia da vontade, que é o que ocorre com os particulares, governa-se pelo princípio da legalidade*, o qual, como já se anotou, é impositivo tanto para a Administração direta, como para a indireta, *ex vi*, do art. 37, *caput* da Constituição Federal".<sup>35</sup>

40. Conclui-se, ante o exposto, que a presente controvérsia, por ser concernente à questão de notável interesse público, não pode ser submetida ao juízo arbitral. Tal sujeição significaria a transigência e a renúncia do ESTADO ao livre acesso ao Judiciário, ou seja, a disposição do interesse público que busca resguardar.

35. Parecer extraído dos autos do processo movido por UEG Araucária Ltda. contra a COPEL – Companhia Paranaense de Energia Elétrica (autos do Processo n. 24.334/2003, 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR).

*A.III) Da afronta ao princípio da publicidade*

**41.** O povo, como titular do poder em um Estado Democrático, tem o direito de estar a par de todos os atos praticados pelo ente público, sendo imperativo, portanto, que a Administração Pública esteja comprometida com a irrestrita divulgação de seus atos. Trata-se de um mecanismo eficaz para controlar de perto o exercício do poder e, assim, evitar abusos por parte do Poder Público, tendo como fundamento o princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*,<sup>36</sup> do texto constitucional.

**42.** O referido princípio está confirmado, sobretudo, nos arts. 5º, LX e XXXIII, e 93, IX, da Constituição Federal. O primeiro determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Já o segundo estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Por fim, o último dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, salvo quando a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

**43.** Tais previsões são incompatíveis com o sigilo característico do procedimento arbitral.<sup>37</sup> É de interesse econômico da

36. Art. 37, *caput*, da Constituição Federal. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

37. V. nesse sentido José Emilio Nunes Pinto: “Já examinamos que a *confidencialidade* é uma expectativa das partes ao elegerem a via arbitral para a solução de suas controvérsias. Ao buscarem um caminho que possa assegurar a confidencialidade, as partes estimam que, para a condução de seus negócios e operações e continuidade de sua relação negocial, o conhecimento por parte do público da mera existência da controvérsia ou de dados e informações que sejam trazidos à discussão

BACAMASO resguardar as informações referentes ao litígio, em total desatenção ao interesse da sociedade no que concerne aos direitos afetados pelo CONTRATO.

**44.** O próprio regulamento da CAMARB, em suas disposições finais, não deixa dúvidas a esse respeito: “7.3 *O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros da CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes e do presidente do Conselho Diretor da CAMARB*” (grifos nossos).

**45.** Embora as partes tenham estabelecido no TERMO DE ARBITRAGEM<sup>38</sup> que a regra do sigilo não será aplicada, a mesma cláusula prevê, explicitamente, o “*dever de discricção pelas partes, árbitros e demais envolvidos*”.

**46.** Ora, qual é a garantia de que a BACAMASO, interessada em resguardar as informações sobre o caso, não usará desse “dever de discricção” para dificultar, ou mesmo impedir, o livre acesso às decisões? O ESTADO não pode – nem deve – ficar à mercê do particular quando se trata do respeito a um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, especificamente no que tange ao regime jurídico de Direito Público.

**47.** Diante do exposto, requer que esse Tribunal reconheça que a submissão do presente litígio, ligado ao interesse público, ao procedimento arbitral – um modo de resolução de conflitos que tem na confidencialidade um de seus pressupostos – é nitidamente inaceitável, por encontrar óbice no princípio da publicidade.

será detrimental, podendo, inclusive, causar danos a seus interesses e patrimônio” (José Emilio Nunes Pinto, *A Confidencialidade na Arbitragem*, disponível em <http://www.cbc.org.br>, acesso 7.8.2011 – grifos nossos).

38. V. Cláusula 4.1, Anexo 15.

**B) Apendência do processo administrativo referente à intervenção obsta o recurso à arbitragem**

48. Inicialmente, cumpre informar que o processo administrativo encontra-se suspenso em razão de uma decisão judicial, a pedido da BACAMASO, até que seja resolvida a questão relativa ao prosseguimento da arbitragem.<sup>39</sup> Diante de tal decisão, conforme será demonstrado adiante, falta interesse de agir à BACAMASO, enquanto não houver uma posição definitiva acerca da intervenção.

49. Na verdade, é imperioso que o processo administrativo chegue ao seu fim para que a arbitragem possa ser iniciada. Isso porque, durante o referido processo, caberá ao ESTADO examinar a questão da intervenção de forma apurada, numa cognição mais exauriente, visto que o ato de intervenção se deu em caráter de urgência, em uma cognição sumária por parte do ente público.

50. A existência de interesse de agir deve ser aferida, conforme leciona Alexandre Freitas Câmara,<sup>40</sup> por meio da análise do binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional pleiteada. No presente caso, a posição do Estado sobre a intervenção não é definitiva, pois durante o processo administrativo, iniciado nos moldes da cláusula 38.5 do CONTRATO, o ESTADO colherá os elementos necessários para que seja uma decisão final.

51. E não se alegue que tal processo demoraria, uma vez que está previsto no próprio CONTRATO, em sua cláusula 38.6, o prazo máximo de 90 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, para sua conclusão.

52. Não obstante, o processo administrativo versa sobre a intervenção que se

pretende arbitrar, servindo para apurar, de forma completa, os motivos pelos quais esta ocorreu, além das responsabilidades e verificação dos valores revisados em desfavor da BACAMASO.<sup>41</sup> Por isso, falta interesse de agir à BACAMASO até que àquele chegue ao seu fim.

53. Desta forma, entende-se o processo administrativo como condição *sine qua non* para o regular início deste processo arbitral, pois, por meio daquele, o ESTADO apreciará de forma conclusiva as causas da intervenção, sendo certo que seu resultado poderá influenciar diretamente a Arbitragem.<sup>42</sup>

54. Logo, pela subsunção do fato à norma, é possível concluir que o processo administrativo em relação às causas da intervenção, está intrinsecamente ligado à sentença arbitral que futuramente será proferida. Sendo assim, com o intuito de torná-la mais sólida e menos controvertida, e em nome do princípio da economia processual, faz-se mister aguardar a decisão do processo administrativo.

55. Por fim, sem prejuízo do exposto, não há lógica argumentativa que explique o porquê de a BACAMASO não poder esperar o fim do breve procedimento administrativo. Nem mesmo o suposto prejuízo que a empresa estaria sofrendo em razão da diminuição da contraprestação paga pelo ESTADO existe.

56. Para se chegar a tal conclusão, basta que se analise uma mera lógica matemática. Não obstante a BACAMASO esteja recebendo uma quantia menor, esta também está arcando com uma obrigação diminuída, uma vez que o ESTADO assumiu a prestação dos serviços com relação à alimentação. Ou seja,

41. V. Cláusula 38.5 do Contrato (Anexo 2).

42. Nesse sentido, a Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

39. V. item 13, Anexo 16.

40. Alexandre Freitas Câmara, “terá interesse de agir aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, tendo pleiteado um provimento que se revele adequado para a tutela da posição jurídica de vantagem afirmada na demanda” (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 19ª ed., p. 119).

a diminuição na contraprestação é compensada com um custo menor à BACAMASO.

57. Diante do exposto, conclui-se que, enquanto durar o processo administrativo, faltará interesse de agir à BACAMASO com relação à presente Arbitragem, devendo esta esperar o término daquele.

**C) Da invalidade do termo aditivo que nomeia a CAMARB**

58. Ainda que os argumentos preliminares destacados fossem superados, o que se admite *ad argumentandum tantum*, a administração do presente procedimento não pode ser realizada pela CAMARB, visto que sua escolha foi viciada, conforme restará demonstrado a seguir.

59. Para a escolha da referida Câmara de Arbitragem, foi avançada a realização de processo licitatório,<sup>43</sup> o qual não ocorreu. No CONTRATO firmado entre as partes, foi estabelecido que a cláusula compromissória seria inicialmente “vazia”, e que a escolha da instituição arbitral ocorreria em momento posterior, quando a cláusula tornar-se-ia “cheia”.

60. Ora, o processo licitatório não é facultativo, ao contrário, é obrigatório para qualquer relação de cunho patrimonial que o Poder Público queira manter com um particular. Tal conclusão decorre da regra prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal, combinado com a Lei n. 8.666/1993, naquilo que dispõe seu art. 2º. Nesse sentido, é determinada a obrigação de instauração de procedimento licitatório para a contratação de instituições privadas por um ente público no que concerne a “serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações”.<sup>44</sup>

61. Assim, fica claro que, tratando-se de uma situação enquadrada nas regras su-

praticadas, como é o caso da prestação de serviços, é exigida a instauração de processo licitatório, sob pena de nulidade do contrato administrativo. Com isto, o TERMO ADITIVO<sup>45</sup> é inválido por afrontar o princípio da legalidade,<sup>46</sup> dado que o processo licitatório necessário não foi instaurado.

62. Insta frisar que o princípio da isonomia também foi afrontado, quando do afastamento do processo de licitação, pois as demais câmaras arbitrais do ESTADO sequer tiveram oportunidade de concorrer com a CAMARB para a administração da Arbitragem. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido como desequiparador”.<sup>47</sup>

63. Ressalte-se que não se pode cogitar ser o caso de inexigibilidade de licitação, visto que a Lei 8.666/1993 é bastante clara ao estabelecer que isto somente ocorra em três casos: (a) da singularidade do objeto pretendido; (b) da unicidade de fornecedor; e (c) da especificidade da operação. Ora, a CAMARB não é a única instituição arbitral que está apta a oferecer esse tipo de serviço, além de o serviço não ser específico, nem singular.

64. Assim, conclui-se que a licitação da câmara arbitral para julgar os eventuais conflitos decorrentes da concessão do complexo prisional não pode ser considerada inexigível, uma vez que não se vislumbra, conforme acima demonstrado, nenhuma das hipóteses estabelecidas para tanto.

65. Além disso, não se pode afirmar tratar-se de dispensa, pois não há subsunção

45. V. Anexo 3.

46. Art. 37, *caput*, Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

47. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., p. 45.

43. V. Anexo 1.

44. Art. 2º, *caput*, Lei 8.666/1993.

das hipóteses trazidas pelo art. 24 da Lei n. 8.666/1993 ao fato concreto. Conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>48</sup> as hipóteses taxativas de dispensa podem ser classificadas em quatro categorias: (a) causa de pequeno valor, (b) situação excepcional, (c) em razão de seu objeto ou (d) em razão da pessoa, as quais não coincidem com o caso em tela.

66. Logo, o TERMO ADITIVO celebrado no presente CONTRATO não pode suprir a exigência da licitação, visto que o ato foi irregular, não cabendo à Administração firmar parcerias sem a obediência aos referidos procedimentos.

67. Ademais, ainda que se considere ser hipótese de dispensa ou de inexigibilidade da licitação, para que isto seja feito é necessária, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, a observância de uma série de procedimentos para que esta declaração seja válida, o que não ocorreu no presente caso.

68. Em virtude de tais ilegalidades, é de se concluir que a Auditoria-Geral do ESTADO agiu corretamente ao anular o TERMO ADITIVO que nomeou a CAMARB,<sup>49</sup> pois é dever do gestor público impedir que o ato administrativo ilegal continue a produzir efeitos.<sup>50</sup>

69. Ante o exposto, resta clara a invalidade do TERMO ADITIVO que nomeou a CAMARB como instituição arbitral de possíveis conflitos surgidos entre as partes, não

podendo a presente Arbitragem prosseguir sob administração desta instituição.

**D) Da aptidão do Árbitro**  
**Dr. Ezequiel Escobar**  
*para atuar na presente arbitragem*

70. Caso se admita a jurisdição deste I. Tribunal Arbitral para decidir a presente controvérsia, cumpre esclarecer que o Dr. Ezequiel Escobar é apto para atuar como árbitro, pelos motivos a seguir expostos.

71. Em primeiro lugar, a Lei Federal 9.307/1996 não exige vinculação de árbitros às Câmaras de Arbitragem, sendo esta uma Lei Federal, enquanto a Lei Estadual é que exige tal vinculação. Ora, não pode uma lei estadual regular questões atinentes ao processo em si, visto que, de acordo com o art. 22 da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre Direito Processual.

72. Quanto ao tema, deve-se entender que o que está enunciado no artigo da referida Lei Federal deve ser interpretado de forma restritiva, não cabendo ao Estado, como ente federativo, realizar adendos sobre isto por meio de leis estaduais. Ou seja, ao delimitar a escolha dos árbitros aos critérios de suspeição e impedimento, não acrescentando nada mais, tratou o legislador federal de esgotar o assunto, não sendo, pois, uma omissão em si, mas um silêncio eloquente.<sup>51</sup> Assim, não cabe nenhuma forma de complementação pelo legislador estadual, apenas a observância do comando normativo.

73. Vale ressaltar, também, que o regulamento da própria CAMARB não exige que o árbitro a ser indicado conste de sua

48. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 24ª ed., pp. 373-374.

49. V. Anexo 9.

50. Neste sentido, conferir a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Para a Administração o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito Aplicável no caso concreto. (...) Nestes casos a invalidação surge para cumprir um duplo objetivo: impedir que a fonte produtora de efeitos (o ato) continue a gerar novas relações e suprimir as já nascidas. Portanto, ataca cumulativamente o ato e os efeitos inclusive já ocorridos" (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., pp. 408-409).

51. A esse respeito, Maria Helena Diniz afirma: "Convém salientar, ainda, que o vocábulo 'lacuna' foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis 'vazios', ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução; em que há, por outras palavras, uma impossibilidade lógica de solução normativa a um caso, dentro de um determinado sistema" (*As Lacunas no Direito*, 7ª ed., p. 28).

lista de árbitros.<sup>52</sup> Diversas outras Câmaras,<sup>53</sup> contudo, fazem tal exigência, o que obriga os contratantes, na celebração de cláusulas arbitrais, a se adequarem a este padrão.<sup>54</sup> Mas, repita-se, não é o caso da CAMARB.

74. Logo, ainda que se fale que a substituição do Dr. Ezequiel Escobar tem por finalidade a preservação da sentença arbitral, as condições não apontam para tal hipótese. Pelo poder de autotutela do Estado, a ele compete somente anular atos eivados de invalidades. Como no caso em questão a indicação do árbitro deu-se por meio de um ato administrativo válido e de acordo com a norma máxima, isto é, a Constituição Federal, não há que se cogitar a possibilidade de sua anulação futuramente.

75. Além disso, de acordo com os arts. 13, *caput*, e 14 da Lei n. 9.307/1996, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que não tenha com as partes ou com o litígio relações que caracterizem casos de impedimento ou suspeição de juízes, nos termos do Código de Processo Civil.

76. Nos fatos ora arguidos pela BACAMASO, não consta que o árbitro indicado pelo ESTADO esteja impedido ou suspeito.<sup>55</sup> Dessa forma, como o rol das hipóteses de atuação do árbitro é exaustivo na Lei

9.307/1996, mais uma vez, pode-se declarar que o Dr. Ezequiel Escobar é apto para atuar como árbitro na presente arbitragem.

77. É de se lembrar, ainda, as regras trazidas pelo *IBA – International Bar Association*, as quais consistem em princípios direcionados a situações concretas, a fim de evitar o choque de culturas na resolução de conflitos específicos.<sup>56</sup> Nesse sentido, há a divisão de diferentes circunstâncias de eventual afastamento do árbitro, em três grupos de cores, sendo eles vermelho, laranja e verde.

78. Quanto à lista vermelha, a mesma exemplifica situações nas quais o árbitro não pode atuar no conflito, nem mesmo com o consentimento das partes, bem como situações que podem gerar a desqualificação do árbitro. Já a laranja traz sugestões não exaustivas, que podem justificar uma eventual alegação de parcialidade ou dependência do árbitro.

79. Os fatos arguidos pela BACAMASO, contudo, não condizem com nenhuma das hipóteses previstas, o que, conseqüentemente, demonstra, novamente, a capacidade do Dr. Ezequiel Escobar para ser árbitro na referida lide.

80. Portanto, tem-se que a BACAMASO não possui qualquer justificativa plausível que embase a sua pretensão de afastar o árbitro indicado pelo ESTADO, sendo certo que o Dr. Ezequiel Escobar pode, e deve, figurar como árbitro na presente demanda.

### E) Conclusão e pedido

81. Ante todo o exposto, o ESTADO requer seja reconhecida a incompetência deste Tribunal Arbitral no que tange à apreciação da presente controvérsia, uma vez que (i) a controvérsia não pode ser submetida ao juízo arbitral, (ii) o TERMO ADITIVO

52. “3.1 Poderão ser nomeados árbitros tanto os integrantes da Lista de Árbitros da CAMARB como outros que dela não façam parte, desde que não estejam impedidos, nos termos da lei e das regras subsequentes e que tenham seus nomes aprovados pelo Conselho Diretor.”

53. Como é o caso do Regulamento de Arbitragem da CCBC, da CAS (*Court of Arbitration for Sport*), p. ex., que vinculam obrigatoriamente o presidente do tribunal arbitral a um dos integrantes de seu corpo de árbitros.

54. Nesse sentido, aduz Carlos Alberto Carmona: “Se na cláusula ou no compromisso as partes tiverem estipulado que o árbitro, a ser indicado por um órgão arbitral institucional ou por terceiro previamente determinado, deva, obrigatoriamente preencher certas características (...) e isto não for respeitado no ato de nomeação, poderá o interessado manejar a ação de que trata o art. 33 da Lei, desde que a matéria tenha sido oportunamente aduzida (art. 20)” (*Arbitragem e Processo*, 3ª ed., p. 402).

55. V. Anexo 12.

56. Nigel Blackaby, Martin Hunter, Constantine Partasides e Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., pp. 270 e 271.

que nomeou a CAMARB é inválido e (iii) a pendência de procedimento administrativo relativo à intervenção obsta o recurso à arbitragem. Desse modo, requer o imediato encaminhamento da demanda ao Juízo Estatal competente.

82. Subsidiariamente, caso se admita a jurisdição desse Tribunal Arbitral, o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade, requer seja reconhecida a aptidão do Dr. Ezequiel Escobar para atuar na arbitragem em apreço, bem como a condenação da BACAMASO ao pagamento de todos os custos referentes ao procedimento arbitral, inclusive os custos administrativos da CAMARB e honorários dos árbitros eleitos.

Termos em que,

Pede deferimento.

Beagá, 29 de agosto de 2011.

### Bibliografia

#### Doutrina

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores.

\_\_\_\_\_. Parecer extraído dos autos do processo movido por UEG Araucária Ltda. contra a COPEL – Companhia Paranaense de Energia Elétrica (autos do Processo n. 24. 334/2003, 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR).

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. II. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo, Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo, Atlas, 2011.

FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International Commercial Arbitration*. Haia, Kluwer, 1999.

GREBLER, Eduardo. “A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada”. *Revista Brasileira de Arbitragem* 1. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo, Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema”. *Int. Púb. – IP* 64/85, Belo Horizonte, ano 12, nov.-dez./2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2011.

NEVES, Flávia Bittar. “Arbitragem institucional: fatores críticos na escolha da instituição arbitral”. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária”. In SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parceria Público-Privada*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. “A arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ”. In PEREIRA, Cesar A., e TALAMINI, Eduardo (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo, Saraiva, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

SADDI, Jairo. "O princípio da boa-fé e a arbitragem". In VALE DE ALMEIDA, Luiz Fernando do (coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

#### *Sítios web consultados*

NUNES PINTO, José Emílio Nunes. "A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais". *Âmbito Jurídico*,

Rio Grande, 15, 30.11.2003. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4193](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4193). Acesso 5.8.2011.

\_\_\_\_\_. "A confidencialidade na arbitragem". São Paulo, 2004. Disponível em <http://www.cbc.org.br>. Acesso 7.8.2011.

#### *Jurisprudência*

Decisão do Tribunal de Contas da União, Sessão de 15.7.1993, Decisão 286/1993  
Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal