



**ARBITRAGEM DE ACORDO COM O REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE
COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI)**

Procedimento Arbitral nº 26772/PFF/RLS

Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A.
("Construcap"),

Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa
("Copasa")

e

Consórcio Construcap - Copasa SP-088
("Consórcio")

(Construcap, Copasa e Consórcio, em conjunto como "Requerentes")

vs.

DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO
("DER-SP" ou "Requerido", em conjunto com os Requerentes são "**Partes**")

São Paulo, 21 de outubro de 2022.

**M-RQTES-1 – MEMORIAIS RELATIVOS A QUESTÕES PRELIMINARES:
ADIANTAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS E PUBLICIDADE**

Advogados dos Requerentes:
MAMG Advogados

Índice

I. O DECRETO NÃO É APLICÁVEL AOS REQUERENTES DA FORMA PRETENDIDA PELO DER-SP	3
II. DIVISÃO DO ADIANTAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS ENTRE AS PARTES	4
III. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NESTA ARBITRAGEM	7
IV. PEDIDOS	10

1. Em atenção ao Cronograma Provisório que acompanhou a Ata de Missão, o CONSÓRCIO apresenta seus Memoriais relativos **(i)** à publicidade¹ e **(ii)** ao adiantamento de custas e despesas da arbitragem².
2. Destaque-se, antes de se passar a cada uma das referidas questões, que **o posicionamento do CONSÓRCIO se fundamenta no Contrato firmado entre as Partes, objeto desta arbitragem.** Esse Contrato deve ser respeitado, sob pena de violação dos artigos 5º, XXXVI³ da Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) e 6º⁴ da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (“LINDB”).
3. O DER-SP, por sua vez, na tentativa de defender suas pretensões quanto aos temas objeto destes Memoriais, reporta-se ao **Decreto Estadual nº 64.356 de 31/07/2019**⁵ (“Decreto”), que claramente **não sustenta o seu posicionamento.**
4. O CONSÓRCIO recordará a seguir que o Decreto não é aplicável aos Requerentes **(Item I)** e, ainda que fosse aplicável, que esse ato normativo confirma o posicionamento do CONSÓRCIO tanto em relação ao adiantamento de custas e despesas **(Item II)**, como em relação ao tema da publicidade da arbitragem **(Item III)**.

I. O DECRETO NÃO É APLICÁVEL AOS REQUERENTES DA FORMA PRETENDIDA PELO DER-SP

5. Diferentemente do que o DER-SP sustenta, **o Decreto não é aplicável aos Requerentes** como se lei fosse, uma vez que **é direcionado a servidores públicos da cadeia hierárquica do Estado de São Paulo e não tem o condão de vincular terceiros de forma indistinta e imediata.**
6. Explica-se: o Poder Executivo pode emitir decretos para regulamentar lei existente ou reorganizar a organização, o funcionamento do Estado e de funções

¹ V., também, e-mail dos Requerentes de 23/09/2022.

² V., também, Manifestação dos Requerentes de 14/06/2022, em atenção à Correspondência da Secretaria da CCI de 07/06/2022.

³ “Art. 5º (...) “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

⁴ “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;”

⁵ Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte.

públicas, na forma autorizada constitucionalmente. Para essas hipóteses o art. 47, inciso XIX da Constituição Estadual de São Paulo ("CE/SP") prevê:

"Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

XIX - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos."

7. Note-se que o Decreto tem por objeto "o emprego, no âmbito da Administração Pública e autárquica, da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis"⁶, não sendo, portanto, decreto regulamentador de lei alguma, mas norma infralegal que autoriza o emprego da arbitragem e impõe diretrizes a serem seguidas pelos servidores públicos, tal qual previsto no art. 47, XIX, "a" da CE/SP.
8. Portanto, não se trata de uma norma que vincule terceiros, mas de regramento infralegal sobre a organização e o funcionamento da administração estadual. Embora possa ser válido e eficaz para o Estado de São Paulo, o Decreto não vincula terceiros da forma pretendida pelo DER-SP.
9. Destaque-se, ainda, que **o Contrato objeto desta arbitragem é anterior ao Decreto**: foi celebrado pelas Partes em 10 de janeiro de 2018; já o Decreto é de 31 de julho de 2019. O Contrato, conforme se recordará a seguir, contém disposições tanto em relação às custas e despesas, como em relação à publicidade, **disposições que devem ser respeitadas e jamais poderiam ser suplantadas pelo Decreto**.

II. DIVISÃO DO ADIANTAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS ENTRE AS PARTES

10. O DER-SP sustenta que o CONSÓRCIO deveria suportar integralmente o adiantamento de custas e despesas do procedimento, reportando-se ao artigo

⁶ V. artigo 1º do Decreto: "**Artigo 1º** - Este decreto dispõe sobre o emprego, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica, da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

4^o do Decreto e à suposta lacuna que haveria na cláusula compromissória celebrada entre as Partes a esse respeito.

11. **Inexiste a alegada lacuna na cláusula compromissória inserida no Contrato.** Essa cláusula faz referência expressa à aplicação do Regulamento de Arbitragem da CCI (“Regulamento CCI”) ao procedimento envolvendo as Partes:

Condições Particulares (CP)
Parte A - Dados do Contrato
Subcláusula 20.6 (a) – Regras da Arbitragem
Câmara Internacional de Comércio

12. O Regulamento CCI trata, em seu art. 37(2), da provisão dos custos da arbitragem, estabelecendo que essa provisão deve ser dividida entre requerente e requerido, em partes iguais:

“Artigo 37. Provisão para cobrir os custos da arbitragem
(...)”

2. Logo que possível, a Corte estabelecerá o valor da provisão que seja suficiente para cobrir os honorários e despesas dos árbitros, as despesas administrativas da CCI e quaisquer outras despesas incorridas pela CCI com a arbitragem relativa às demandas que lhe tenham sido submetidas pelas partes, salvo demandas submetidas nos termos do artigo 7^o ou 8^o, caso em que será aplicado o artigo 37(4). **A provisão para os custos de arbitragem fixada pela Corte nos termos do artigo 37(2) deverá ser paga pelo requerente e pelo requerido em partes iguais.**” (destacamos)

13. Não há dúvidas, portanto, de que **deve ser aplicada a regra contratada pelas Partes para o adiantamento de custas e despesas da arbitragem: divisão desse adiantamento entre CONSÓRCIO e DER-SP, em partes iguais.**

14. Nesse sentido, inclusive, os artigos 6^o e 8^o do Decreto referido pelo DER-SP:

“Artigo 6^o - O procedimento arbitral será regido pelo regulamento

⁷ “Art. 4^o - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias. Parágrafo 1^o - As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: (...) 5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem.”

de arbitragem da câmara arbitral eleita ou, nos casos de procedimento “ad hoc”, pelas regras de arbitragem da “United Nations Commission on International Trade Law” (UNCITRAL), vigentes no momento da apresentação do requerimento de arbitragem.” (destacamos)

“Artigo 8º - As despesas com a realização da arbitragem serão adimplidas na forma como dispuser o regulamento da câmara arbitral escolhida, observado o disposto no item 5 do § 1º do artigo 4º deste decreto.

Parágrafo único - Os agentes públicos responsáveis pela gestão de instrumentos obrigacionais que contenham cláusula compromissória adotarão as providências de sua alçada para solicitação de recursos orçamentários para o adimplemento de despesas incorridas com o procedimento arbitral.” (destacamos)

15. Ou seja, **mesmo que fosse aplicável ao caso, o Decreto confirma o posicionamento do CONSÓRCIO** quanto ao adiantamento de custas e despesas da arbitragem.
16. Esclareça-se, ainda, que o artigo 4º⁸ do Decreto, referido pelo DER-SP, tampouco sustenta sua pretensão. Esse artigo indica à Procuradoria Geral do Estado, responsável pela redação das convenções de arbitragem, os elementos que deverão integrar essas convenções, dentre eles, o adiantamento das despesas da arbitragem pelo requerente. **Ou seja, trata-se de dispositivo destinado a orientar a Procuradoria quando da redação das cláusulas compromissórias, e não de dispositivo que poderia ser aplicado e servir para modificar cláusulas já redigidas e inseridas em contratos firmados pela Administração Pública.**
17. Por todo o exposto, **os Requerentes pedem ao Tribunal Arbitral que determine que o adiantamento de custas e despesas da arbitragem seja dividido entre as Partes, em partes iguais**, nos termos do artigo 37(2) do Regulamento CCI – Regulamento eleito pelas Partes na cláusula compromissória inserida no Contrato objeto desta arbitragem.

⁸ Transcrito na Nota de Rodapé anterior.

III. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NESTA ARBITRAGEM

18. O Contrato firmado entre as Partes contém, em sua Cláusula 1.12, a seguinte disposição relacionada à confidencialidade:

"1.12. Contrato.

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."

19. De acordo com essa Cláusula, **as informações e detalhes relacionados ao Contrato devem ser tratados como privados e confidenciais, sendo que nenhuma das Partes pode divulgá-los sem prévio acordo da outra Parte.** Referida Cláusula permite apenas ao Empreiteiro (CONSÓRCIO) a divulgação de informações "para estabelecer suas qualificações para concorrer para outros projetos".
20. É evidente que essa disposição contratual se aplica durante a execução do Contrato e após a sua conclusão, uma vez que a vedação à divulgação de particularidades do Contrato e da Obra tem como finalidade proteger segredos comerciais dos Requerentes, nos termos dos artigos 5º, Xº, e 170, *caput* e VI¹⁰, da CF/88.

⁹"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

¹⁰ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV. livre concorrência;" (grifo nosso)

21. Como se sabe, em arbitragens que envolvem contratos de construção, como a presente, além das discussões jurídicas, serão abordados temas técnicos em geral, com análise dos projetos, execução da obra pelo CONSÓRCIO, práticas comerciais, dentre outros temas que configuram verdadeiros segredos do negócio que devem ser protegidos.
22. O próprio Decreto referido pelo DER-SP, ainda que fosse considerado aplicável a este procedimento, confirma o posicionamento do CONSÓRCIO. Isso porque, em seu artigo 12, excepciona a publicidade da arbitragem diante das “hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça”¹¹.
23. É justamente o presente caso em que o próprio Contrato prevê a proteção dos segredos comerciais dos Requerentes, conforme destacado acima.
24. Para ilustrar, vale citar trecho da doutrina sobre o dever do Árbitro de resguardar os direitos da parte privada que requer confidencialidade ou sigilo da arbitragem:

*“A transparência exigida nas arbitragens com a Administração Pública, no entanto, não significa que estejam as partes obrigadas a publicizar seus segredos comerciais, desenhos industriais, patentes e outros documentos e informações sigilosas. **A publicidade não é um princípio absoluto, podendo ser relativizada**, quando em antinomia com outras normas constitucionais, de igual hierarquia. A decretação do sigilo (ou segredo de justiça arbitral) poderá justificar-se por três razões distintas: (i) por força da existência no processo de documentos, informações ou dados que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado; (ii) **quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada, como, por exemplo, segredos comerciais, patentes, informações fiscais ou os respectivos livros comerciais;** e (iii) por fim, quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, colocar em risco direitos de terceiros, de natureza sigilosa.”*

(...)

Bem diversa é aquela situação em que o Tribunal Arbitral se depara com pedido da parte privada para que o procedimento arbitral corra em segredo de justiça, por conter informações sigilosas, de sua titularidade

¹¹ V. art. 12, caput, do Decreto.

ou de terceiros, tais como segredos comerciais, desenhos industriais, prontuários médicos, documentos fiscais, contratos celebrados com terceiros, dotados de cláusula de confidencialidade, etc. Neste cenário, caberá ao árbitro, como juiz de fato e de direito da causa, zelar pelos direitos da parte privada, resguardando a confidencialidade da informação, inclusive mediante a decretação, se necessário, do segredo do procedimento arbitral."¹² (destacamos)

25. Se de um lado há a proteção da lei e do Contrato sobre segredos comerciais, de outro lado, é necessário compreender a função do princípio da publicidade previsto no artigo 2º, §3º, da Lei de Arbitragem para disputas envolvendo a Administração Pública.
26. O princípio da publicidade deve ter a sua aplicação destinada à divulgação dos atos do procedimento que forem necessários para prestar contas aos órgãos de controle e dar transparência das atividades da Administração Pública:

*"As regras de confidencialidade constantes de regulamento arbitral escolhido pelas partes não vinculam a Administração Pública. Por outro lado, em observância ao princípio da publicidade, deve o ente público revelar apenas e tudo aquilo que for estritamente necessário para prestar contas aos órgãos de controle e dar transparência às suas atividades, devendo eventuais excessos ser coibidos pelo tribunal arbitral e pelo Poder Judiciário. (...) O respeito ao princípio da publicidade significa que os entes da Administração Pública deverão se submeter aos órgãos de controle e fiscalização, sem poder invocar eventual confidencialidade do processo, disponibilizando todas as informações necessárias para prestar contas à população."*¹³

27. A finalidade da disponibilização de atos de procedimento arbitral não é a de expor, a qualquer custo, a arbitragem que tenha como parte ente da

¹² SCHMIDT, Gustavo. A publicidade nas arbitragens com a administração pública. Disponível em: <[Prof. Gustavo da Rocha Schmidt – A publicidade nas arbitragens com a administração pública \(professorgustavoschmidt.com.br\)](http://prof.gustavoschmidt.com.br)>. Acesso em 13.out.2022.

¹³ MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015, org. por CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; e FREIRE, Alexandre, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81 a 83.

Administração Pública. A publicidade tem como finalidade o controle das disputas pelas autoridades competentes.

28. Os Requerentes pedem, assim, que **o princípio da publicidade previsto no artigo 2º, §3º, da Lei de Arbitragem seja aplicado em consonância com o que foi contratado pelas Partes e em atenção ao direito do CONSÓRCIO de ter protegidos os seus segredos comerciais.**
29. Nesse sentido, a sugestão feita pelos Requerentes e rejeitada pelo DER-SP quando da discussão entre as Partes dos termos da Ata de Missão, **que o CONSÓRCIO pede que seja acolhida pelo Tribunal Arbitral:** *“Atendendo ao princípio da publicidade, ficam as Partes autorizadas a responder à solicitação de informações sobre este procedimento, cabendo-lhes informar tão somente a existência do procedimento, a data do requerimento de arbitragem e os nomes das Partes.”*
30. Por fim, e **considerando que o DER-SP, em violação ao que foi contratado entre as Partes e a despeito de o Tribunal Arbitral ainda não ter decidido a questão, segue divulgando as informações e documentos desta arbitragem no Portal da Procuradoria¹⁴, o CONSÓRCIO pede ao Tribunal Arbitral que determine ao DER-SP que retire imediatamente essas informações e documentos do Portal, sob pena de multa diária, até que seja proferida decisão dos Árbitros a respeito, limitando-se o DER-SP a indicar a existência do procedimento, a data do requerimento de arbitragem e os nomes das Partes.**

IV. PEDIDOS

31. Diante do exposto, o CONSÓRCIO requer ao Tribunal Arbitral que:
 - a. Quanto ao adiantamento de custas e despesas do procedimento, determine a partilha desse adiantamento entre as Partes, nos termos do artigo 37(2) do Regulamento da CCI.
 - b. Quanto à publicidade do procedimento:

¹⁴ Conforme divulgação no Portal de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado. Disponível em: <[Portal de Arbitragens - PGE-SP](#)>. Acesso em 21/10/2022.

b.1: determine ao DER-SP que retire imediatamente as informações e documentos desta arbitragem do Portal, sob pena de multa diária, até que seja proferida decisão dos Árbitros a respeito, limitando o DER-SP a indicar, até essa decisão, a existência do procedimento, a data do requerimento de arbitragem e os nomes das Partes;

b.2: acolha a sugestão feita pelo CONSÓRCIO, determinando ao Requerido que apenas dê ciência desta Arbitragem no Portal de Arbitragens, sem anexar os atos e documentos trazidos ao Procedimento; subsidiariamente, caso o Tribunal Arbitral decida não acolher esse pedido do CONSÓRCIO, que determine que tão somente determinados atos do procedimento – Termo de Arbitragem e Sentença Arbitral a ser proferida – sejam fornecidos mediante requerimento do interessado e após a conclusão desta arbitragem.

Cordialmente,

Antonio Fernando Mello Marcondes

Mariana Cattel Gomes Alves

Maria Juliana Candal Poli

Marina Cardinali Martins