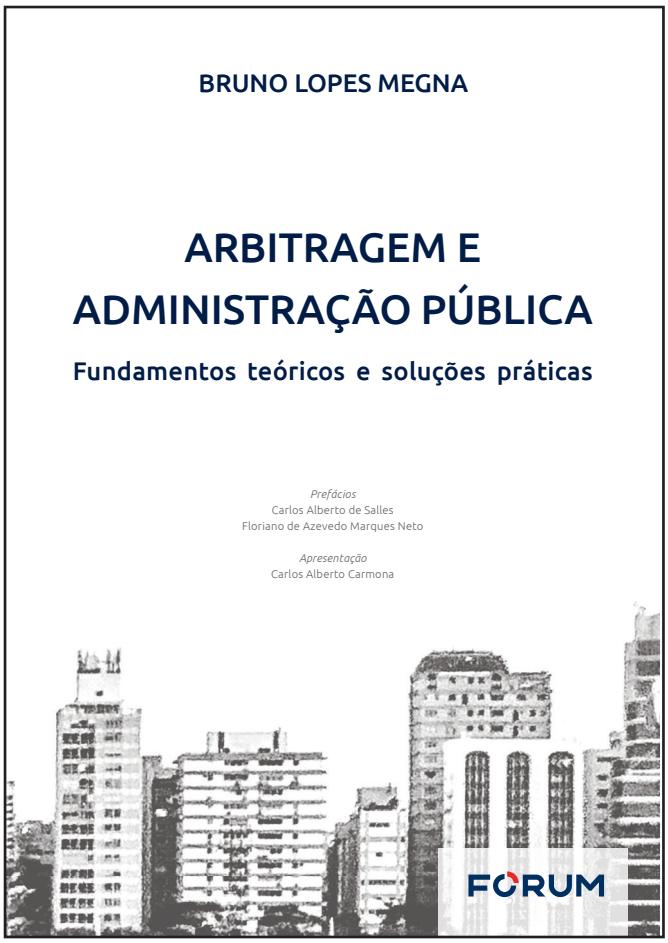

Esta obra trata das principais questões sobre arbitragens que envolvem entes públicos, tanto teóricas (em face dos fundamentos tradicionais dos direitos administrativo, processual, arbitral e comparado), como práticas (desde a fase contratual até a execução da sentença arbitral, passando pelo processo arbitral e seus meios de fiscalização e controle). Decorrente da dissertação de mestrado do autor na USP (Largo São Francisco), aprovada com voto de louvor, trata-se, nas palavras dos seus prefaciadores, de "um excelente guia para quem se envolver em arbitragem com a Administração Publica", que "bem poderia ser apresentado como um *vade mecum* de problemas (e propostas de soluções) na matéria".

BRUNO LOPES MEGNA

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FUNDAMENTOS TEÓRICOS E SOLUÇÕES PRÁTICAS

Prefácios

Carlos Alberto de Salles

Floriano de Azevedo Marques Neto

Apresentação

Carlos Alberto Carmona

Área específica da obra

Direito Público

Áreas afins do livro

Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Administração Pública. Arbitragem

Público-alvo/consumidores da obra

Indicado para cursos de pós-graduação em Direito, para pesquisas em Direito e/ou Administração Pública e para profissionais nas áreas de Direito, Economia, Administração Pública, Infraestrutura e outros das áreas de arbitragem, de contratos de infraestrutura e de contratos de investimentos

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 10001599

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

M497a Megna, Bruno Lopes

Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas / Bruno Lopes Megna.– Belo Horizonte : Fórum, 2019.

383 p.; 14,5 x 21,5 cm
ISBN: 978-85-450-0670-1

1. Direito Público. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Processual Civil. 4. Arbitragem I. Título.

CDD 341
CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública:* fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 383 p. ISBN 978-85-450-0670-1.

Bruno Lopes Megna

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP – Largo São Francisco). Bacharel em Direito pela USP com intercâmbio na Yale University (*Yale Law School Linkage Program*). Procurador do Estado de São Paulo. Coordenador da Assessoria de Empresas e Fundações do Gabinete da Procuradora-Geral do Estado; atuante nas arbitragens do Estado de São Paulo.

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP – Largo São Francisco).

Bacharel em Direito pela USP com intercâmbio na *Yale University* (*Yale Law School Linkage Program*).

Procurador do Estado de São Paulo.

Coordenador da Assessoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador-Geral do Estado; atuante nas arbitragens do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

PREFÁCIOS
CARLOS ALBERTO DE SALLES, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO ... 21

APRESENTAÇÃO
CARLOS ALBERTO CARMONA ... 25

INTRODUÇÃO ... 29
i Objeto: delimitação, hipótese e justificativa ... 29
ii Contexto: arbitragem e administração pública no atual estado da arte ... 32
iii Metodologia e estrutura ... 35
iii.a Arbitragem e Administração Pública na visão da *instrumentalidade metodológica*: a abordagem multidisciplinar na Parte I ... 35
iii.b Arbitragem e Administração Pública na *visão unitária do Direito*: necessidade de redefinição do *regime jurídico administrativo* na Parte II ... 37

PARTE I
FUNDAMENTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO 1
PREMISSAS DE DIREITO PROCESSUAL ... 43
1.1 Jurisdição, Estado e Arbitragem ... 44
1.1.1 Natureza jurisdicional da arbitragem ... 44
1.1.2 Relação entre arbitragem e Estado-ordenamento ... 48
1.1.3 Monopólio e reserva de jurisdição: inexistência no direito brasileiro ... 52
1.2 Ação, Estado e Arbitragem: o acesso à justiça pelo próprio Estado ... 54
1.2.1 Facultatividade da ação judicial ... 56
1.2.2 Vinculatividade da arbitragem e acesso à ordem jurídica justa ... 59
1.2.3 Obrigação de defesa da Fazenda e disposição das prerrogativas do CPC ... 62
1.3 Processo, Estado e Arbitragem: o processo arbitral devido à Administração Pública ... 65
1.3.1 Princípios processuais: devido processo legal, devido processo arbitral e *processualidade mínima* ... 69
1.3.2 O processo arbitral devido e adequado à Administração ... 79

CAPÍTULO 2
PREMISSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ... 83
2.1 Relações administrativas, supremacia do interesse público e arbitragem ... 84
2.1.1 Da verticalidade à horizontalidade nas relações público-privadas ... 84
2.1.2 Supremacia do interesse público na nova arena pública ... 90
2.1.3 Arbitragem no movimento de consensualidade na Administração ... 93
2.2 Situações jurídicas estatais, indisponibilidade do interesse público e arbitragem ... 96
2.2.1 Do Leviatã ao Estado-empresário: Direito, Estado e Administração ... 97
2.2.2 *Direito privado administrativo* e *autonomia privada da Administração* ... 100
2.2.3 Arbitragem e indisponibilidade do interesse público: (des)confusões com os resquícios da *doutrina do fisco* ... 105
2.3 Legalidade, *regime jurídico administrativo* e arbitragem ... 109
2.3.1 Arbitragem e legalidade: debate na doutrina e na jurisprudência e panorama legislativo brasileiro ... 110
2.3.2 (Des)necessidade de autorização legislativa: necessidade de separar objeto processual, objeto material, sujeito processual e agente declarador de vontade ... 113
2.3.3 O *Caso Lage*: comprovação da desnecessidade de previsão legal, exceto a de competência ... 117

CAPÍTULO 3
PREMISSAS DE DIREITO ARBITRAL E PERSPECTIVAS DE DIREITO COMPARADO ... 121
3.1 Arbitrabilidade subjetiva ... 124
3.1.1 Arbitrabilidade subjetiva dos entes públicos ... 126
3.1.2 O Direito francês e o *princípio da interdição da arbitragem aos entes públicos* ... 128
3.1.3 Arbitrabilidade da Administração Pública brasileira ... 137

3.2 Arbitrabilidade objetiva ... 142
3.2.1 Arbitrabilidade objetiva das coisas públicas ... 143
3.2.2 O Direito italiano e a arbitrabilidade dos direitos subjetivos ... 147
3.2.3 Arbitrabilidade das relações administrativas no Brasil ... 153
3.2.3.1 Preliminar à análise da arbitrabilidade: a jurisdicionalidade (limites em relação ao mérito administrativo, ao poder de polícia e às cláusulas regulamentares) ... 153
3.2.3.2 Critérios de arbitrabilidade segundo os Tribunais de Contas e os Tribunais judiciários ... 154
3.2.3.3 Inadequação do critério dos interesses públicos *primários* e *secundários* ... 156
3.2.3.4 Buscando critérios de arbitrabilidade: jurisdicionalidade, patrimonialidade, negociabilidade e vedação de fraude à lei ... 159
3.3 Adequação ... 164
3.3.1 Princípio da adequação e autorregramento processual ... 164
3.3.2 Adequação processual: a "processualidade adequada" da arbitragem envolvendo a Administração ... 170
3.3.3 Adequação econômica: análise econômica da arbitragem na Administração Pública ... 171

PARTE II

SOLUÇÕES PRÁTICAS

CAPÍTULO 4

CONVENÇÃO ARBITRAL ... 177

4.1 Arbitragem como negócio jurídico *processual* e *administrativo* ... 178
4.1.1 A arbitragem como negócio jurídico processual ... 178
4.1.2 A formação da vontade administrativa ... 179
4.1.3 Do ato de opção pela arbitragem ao negócio arbitral: o processo de formação da convenção arbitral com a Administração Pública ... 180
4.1.4 Ato discricionário ou vinculado? Há *arbitragem obrigatória* na Lei Federal nº 13.448/2017? ... 184
4.2 Ato administrativo pré-negocial ... 188
4.2.1 Agente público: o exaurimento da competência discricionária e a *autoridade competente para firmar acordos ou transações* ... 188
4.2.2 Objeto: a arbitragem como *escolha pública* ... 191
4.2.3 Forma escrita: a adequada, mas não obrigatória, inclusão prévia da convenção arbitral no edital de licitação ... 193
4.2.4 Motivo: conveniência e oportunidade na opção pela arbitragem — importância do estudo da *adequação* metodológica ... 198
4.2.5 Finalidade: a arbitragem como política contratual da Administração ... 200
4.3 O negócio jurídico processual-administrativo de arbitragem ... 201
4.3.1 Plano da existência: cláusulas patológicas vs. cláusulas inexistentes ... 202
4.3.2 Plano da validade: requisitos do modo de ser da arbitragem com a administração ... 205
4.3.2.1 Partes capazes para quê?: limites da negociação entre os sujeitos público e privado ... 205
4.3.2.2 Forma: cláusula de adesão? ... 208
4.3.2.3 Objeto material lícito, possível e determinável ... 210
4.3.2.4 Objeto jurídico *ex lege*: arbitragem de direito (brasileiro) ... 212
4.3.2.5 Objeto jurídico *ex lege*: publicidade ... 216
4.3.2.6 Objeto jurídico *ex lege*: sede no Brasil e idioma português ... 216
4.3.2.7 Objeto jurídico *ex voluntate*: indicação e contratação de árbitros ... 218
4.3.2.8 Objeto jurídico *ex voluntate*: indicação, contratação e custeio da câmara arbitral ou opção pela arbitragem *ad hoc* ... 222
4.3.2.9 Objeto jurídico *ex voluntate*: regulamento ... 230
4.4 Plano da eficácia: a autonomia da convenção arbitral em relação às cláusulas regulamentares (exorbitantes) ... 231

CAPÍTULO 5

PROCESSO ARBITRAL ... 237

5.1 A *atipicidade* do procedimento arbitral: compatibilidade da não aplicação do CPC e da adoção de negócios processuais *atípicos* pela Administração ... 237
5.2 Fase instrutória: aplicação do *Direito brasileiro* em matéria probatória ... 241
5.3 (In)aplicabilidade das prerrogativas codificadas da Fazenda Pública ... 245
5.3.1 Prazos dilatados: falso problema ... 248
5.3.2 Intimação pessoal: exigência de comunicação inicial à Advocacia Pública ... 249
5.3.3 Reexame judicial necessário (duplo grau obrigatório): descabimento ... 251
5.3.4 Revelia e ônus da impugnação específica: diferenciações ... 255
5.4 Sentença arbitral em matéria administrativa: cognição e liquidação ... 259
5.4.1 Cognição do árbitro e *mérito administrativo* ... 259
5.4.2 Liquidação da sentença (pressuposto para expedição de precatórios) ... 263
5.5 Medidas de urgência contra a Fazenda Pública ... 264
5.5.1 Limitações legais à concessão de liminares contra a Administração ... 265
5.5.2 Suspensão de liminares contra a Fazenda Pública ... 267

CAPÍTULO 6

CUMPRIMENTO 273
6.1 Cumprimento espontâneo e coerção indireta contra a Administração 273
6.2 Cumprimento de condenações em fazer, não fazer ou dar coisa certa 275
6.3 Cumprimento de condenações em pagar por empresas estatais de atividade econômica em sentido estrito 277
6.4 Cumprimento de condenações em pagar pela *Fazenda Pública* e empresas estatais em regime não concorrencial 278
6.4.1 O precatório é norma cogente de direito financeiro constitucional 279
6.4.2 O precatório é aplicável à execução de sentença arbitral 284
6.4.3 Exceções ao regime de precatórios: RPV, acordos, natureza alimentar dos honorários, garantias e fundo garantidor 288
6.4.3.1 Execução de acordos firmados antes da sentença arbitral 290
6.4.3.2 Execução de garantias e uso de fundos especiais: é possível usar o fundo garantidor de PPPs? 291
6.4.4 O precatório implica *processo judicial necessário* para satisfação da sentença arbitral 293

CAPÍTULO 7

MEIOS DE CONTROLE PÚBLICO E MEIOS PÚBLICOS DE CONTROLE 297
7.1 Meios de controle público (accountability vertical) 301
7.1.1 Publicidade na arbitragem: tendência mundial 301
7.1.1.1 Forma e extensão da publicidade 305
7.1.1.2 Exceções à publicidade 308
7.1.1.3 Quem efetiva a publicidade? 310
7.1.1.4 Quem decide sobre a publicidade? 313
7.1.2 *Amicus curiae* e intervenção de terceiros na arbitragem? 314
7.2 Meios públicos de controle (accountability horizontal) 320
7.2.1 Controle interno: a importância da Advocacia Pública 320
7.2.2 Controle externo: o papel do Ministério Público 324
7.2.3 Controle externo: a posição do Tribunal de Contas 327
7.2.4 Controle judicial 329
7.2.4.1 Medidas antiarbitragem 329
7.2.4.2 Controle da convenção arbitral e a revogação do art. 25 da Lei nº 9.307/1996 333
7.2.4.3 Impugnação por não aplicação do direito brasileiro: hipótese de sentença proferida fora dos limites da convenção 336
7.2.4.4 Impugnação por prevaricação, concussão ou corrupção passiva 338

CONCLUSÕES 343

REFERÊNCIAS 355