

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



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 Pública”, 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

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

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 <i>instrumentalidade metodológica</i> : a abordagem multidisciplinar na Parte I	35
iii.b	Arbitragem e Administração Pública na <i>visão unitária do Direito</i> : necessidade de redefinição do <i>regime jurídico administrativo</i> 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 <i>processualidade mínima</i>	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	<i>Direito privado administrativo e autonomia privada da Administração</i>	100
2.2.3	Arbitragem e indisponibilidade do interesse público: (des)confusões com os resquícios da <i>doutrina do fisco</i>	105
2.3	Legalidade, <i>regime jurídico administrativo</i> 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 <i>Caso Lage</i> : 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 <i>princípio da interdição da arbitragem aos entes públicos</i>	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	Crterios de arbitrabilidade segundo os Tribunais de Contas e os Tribunais judicirios.....	154
3.2.3.3	Inadequação do critério dos interesses públicos <i>primários</i> e <i>secundários</i>	156
3.2.3.4	Buscando critérios de arbitrabilidade: jurisdicionalidade, patrimonialidade, negociabilidade e vedação de fraude  lei	159
3.3	Adequação.....	164
3.3.1	Princípio da adequao e autorregramento processual	164
3.3.2	Adequação processual: a “processualidade adequada” da arbitragem envolvendo a Administração.....	170
3.3.3	Adequação econmica: análise econmica da arbitragem na Administração Pública	171

PARTE II

SOLUÇÕES PRÁTICAS

CAPÍTULO 4

CONVENÇÃO ARBITRAL.....	177
4.1 Arbitragem como negócio jurídico <i>processual e administrativo</i>	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 <i>arbitragem obrigatória</i> na Lei Federal n 13.448/2017?	184
4.2 Ato administrativo pr-negocial	188
4.2.1 Agente público: o exaurimento da competência discricionária e a <i>autoridade competente para firmar acordos ou transações</i>	188
4.2.2 Objeto: a arbitragem como <i>escolha pública</i>	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 <i>adequação metodológica</i>	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 <i>ex lege</i> : arbitragem de direito (brasileiro)	212
4.3.2.5 Objeto jurídico <i>ex lege</i> : publicidade.....	216
4.3.2.6 Objeto jurídico <i>ex lege</i> : sede no Brasil e idioma português.....	216
4.3.2.7 Objeto jurídico <i>ex voluntate</i> : indicação e contratação de rbitros	218
4.3.2.8 Objeto jurídico <i>ex voluntate</i> : indicação, contratação e custeio da câmara arbitral ou opção pela arbitragem <i>ad hoc</i>	222
4.3.2.9 Objeto jurídico <i>ex voluntate</i> : 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 <i>atipicidade</i> do procedimento arbitral: compatibilidade da não aplicação do CPC e da adoção de negócios processuais <i>atpicos</i> pela Administração	237
5.2 Fase instrutória: aplicação do <i>Direito brasileiro</i> 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  Advocacia Pública.....	249
5.3.3 Reexame judicial necessário (duplo grau obrigatório): descabimento.....	251
5.3.4 Revelia e nus da impugnação específica: diferenciações	255
5.4 Sentenç arbitral em matéria administrativa: cognição e liquidação	259
5.4.1 Cognição do árbitro e <i>mérito administrativo</i>	259
5.4.2 Liquidação da sentenç (pressuposto para expedição de precatórios).....	263
5.5 Medidas de urgência contra a Fazenda Pública	264
5.5.1 Limitações legais  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 <i>Fazenda Pública</i> 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 <i>processo judicial necessário</i> 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 <i>Amicus curiae</i> 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