

BRUNO LOPES MEGNA

Prefácios

Carlos Alberto de Salles
Floriano de Azevedo Marques Neto

Apresentação

Carlos Alberto Carmona

ARBITRAGEM E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
FUNDAMENTOS TEÓRICOS
E SOLUÇÕES PRÁTICAS

Belo Horizonte

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2019

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alecia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

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.

SUMÁRIO

PREFÁCIOS	
CARLOS ALBERTO DE SALLES.....	17
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	21
APRESENTAÇÃO	
CARLOS ALBERTO CARMONA.....	25
INTRODUÇÃO.....	
i	Objeto: delimitação, hipótese e justificativa.....
ii	Contexto: arbitragem e administração pública no atual estado da arte.....
iii	Metodologia e estrutura.....
iii.a	Arbitragem e Administração Pública na visão da <i>instrumentalidade metodológica</i> : a abordagem multidisciplinar na Parte I.....
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.....

PARTE I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO 1

PREMISSAS DE DIREITO PROCESSUAL.....	
1.1	Jurisdição, Estado e Arbitragem.....
1.1.1	Natureza jurisdicional da arbitragem.....
1.1.2	Relação entre arbitragem e Estado-ordenamento.....
1.1.3	Monopólio e reserva de jurisdição: inexistência no direito brasileiro.....
1.2	Ação, Estado e Arbitragem: o acesso à justiça pelo próprio Estado...54
1.2.1	Facultatividade da ação judicial.....

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 � 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 � 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	Critérios de arbitrabilidade segundo os Tribunais de Contas e os Tribunais judiciais	154
3.2.3.3	Inadequação do critério dos interesses públicos <i>primários e secundários</i>	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 <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 nº 13.448/2017?	184
4.2 Ato administrativo pré-negocial.....	188
4.2.1 Agente público: o esgotamento 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</i> 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 <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 árbitros.....	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>atípicos</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 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 <i>mérito administrativo</i>	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 <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