

A Fazenda Pública na Arbitragem

Marcus Vinicius Armani Alves

EDITORA●SINGULAR

A Fazenda Pública na Arbitragem

Marcus Vinicius Armani Alves

1.^a Edição

São Paulo
2019

EDITORA●SINGULAR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Agência Brasileira do ISBN - Bibliotecária Priscila
Pena Machado CRB-7/6971

A474 Alves, Marcus Vinicius Armani. A fazenda pública na arbitragem / Marcus Vinicius Armani Alves. – 1. ed. – São Paulo: Singular, 2019.
312 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-53066-16-2

1. Arbitragem contra a fazenda pública - Brasil.
2. Arbitragem e sentença - Brasil. 3. Administração pública - Brasil. I. Título.

CDD 347.09

Coordenação editorial	José Carlos Busto
Imagem da Capa	Orla, Getty Images
Diagramação	Dorival Lopes Junior
Capa	Dorival Lopes Junior
Formato	16x23
Tipologia	Times New Roman
Papel	Offset 757g/m ²
Número de páginas	312 p

Editora Singular

Telefone: 11 3862-1241

Internet: www.editorasingular.com.br

E-mail: singular@singular.com.br

DEDICATÓRIA
Aos meus pais, irmão e cunhada.
Aos meus avós Mario Armani e
Amélia Andreoni Armani.

AGRADECIMENTOS

É neste momento que pesa a dura missão de agradecer àqueles que tornaram possível a elaboração da presente dissertação, com a penalidade da injustiça. Com certeza, o primeiro deles é o amigo e orientador Marcelo Bonizzi, que me reabriu as portas da querida Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. A ele devo este trabalho e a possibilidade de concretizar o sonho do mestrado, de voltar às Arcadas e tudo mais que a vida acadêmica proporciona. Além disso, tivemos o privilégio de criar no âmbito da Procuradoria Geral do Estado o grupo de estudos de arbitragem, que já vem rendendo frutos, preparando as novas gerações de procuradores para os desafios desse instituto.

Agradeço ainda meus professores do mestrado Carlos Alberto Carmona, Antônio Carlos Marcato, Flavio Yarshell, Heitor Sica, Gustavo Justino de Oliveira, Carlos Aberto de Salles, Floriano Azevedo Marques e Victor Schein.

Presto homenagem ao professor Giovanni Bonato, pelo constante incentivo e esforços na construção e implantação da doutrina arbitral em nosso país.

Lembro ainda a colega de pós-graduação Nathalia Mazzone, que me permitiu conhecer e realizar pesquisa no Centro de Estudos da Câmara Arbitral de Milão e a genial Juliana Palma Bonacorsi, pelo constante apoio acadêmico.

Por fim, aos amigos de infância, aos velhos amigos da sempre nova academia, hoje profissionais da área, e aos procuradores do Estado de São Paulo.

PREFÁCIO

A obra “A Fazenda Pública na Arbitragem”, que Marcus Vinicius Armani Alves apresentou como etapa final de seu mestrado na tradicional Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP, sob minha orientação, aprovada com distinção, trata, com profundidade, da aproximação entre duas colunas diferentes: uma essencialmente pública e a outra predominantemente privada.

A Fazenda Pública está na primeira delas, cercada por regras administrativas e constitucionais bastante rígidas, enquanto a arbitragem está na segunda e representa, provavelmente, o ápice do privatismo no sistema jurídico, pois pessoas escolhidas pelos litigantes julgam, com força de sentença (ato jurisdicional), o litígio que lhes é submetido.

Da correta análise dessa aproximação entre dois mundos distintos decorre a importância do estudo de Marcus Armani. Sem menosprezar os aspectos públicos inerentes à Fazenda Pública, Armani demonstra que a arbitragem pode ser perfeitamente aplicável aos conflitos em que a Fazenda está envolvida, desde que respeitados os limites traçados pela indisponibilidade de alguns direitos tutelados por ela.

Não bastasse o pioneirismo da obra na época de sua defesa, é de se destacar a organização e a didática com que o autor lida com o tema, tornando a leitura proveitosa e acessível aos estudantes em geral e a todos os profissionais do direito.

Deixo registrado, por último, meu orgulho de ter orientado Marcus Armani nesse estudo e também o meu desejo de que a obra encontre boa acolhida e merecido lugar de destaque na doutrina nacional.

Marcelo José Magalhães Bonizzi

Professor doutor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP

Pós-doutor pela Faculdade de Direito de Lisboa

Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	17
Delimitação do tema e colocação do problema	22
O problema central	22
Limites impostos ao presente trabalho	26
(i) Delimitação do conceito de parte	26
(ii) Conceito de Fazenda Pública.....	30
(iii) Limitação ao estudo do Estado nas arbitragens sujeitas à Lei n. 9.307/96 e ao direito administrativo pátrio	32
Divisão em três partes.....	37
PARTE I – PARTE GERAL	39
1. Inserção da Arbitragem na Teoria Geral do Processo e a Posição da Fazenda Pública	39
1.1 Evolução histórica do instituto e os modelos existentes.....	39
1.1.1 Sistemas dualistas e monistas de arbitragem.....	42
1.2 A arbitragem inserida no sistema de direito processual brasileiro... 49	
1.2.1 Teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem	53
1.3 Aplicação dos princípios constitucionais norteadores do processo civil estatal ao processo arbitral.....	56
1.3.1 Respeito ao contraditório.....	62
1.3.2 Imparcialidade dos árbitros	64
1.3.3 O princípio da igualdade e a Fazenda Pública no processo civil e na arbitragem	64
1.3.4 Principais prerrogativas processuais da Fazenda no processo civil estatal e sua inaplicabilidade à arbitragem.....	69
1.3.4.1 Prazos diferenciados.....	70

1.3.4.2 Ausência da necessidade de recolher custas, embora tenha que adiantar despesas	71
1.3.4.3 Foro privativo da Fazenda Pública.....	74
1.3.4.4 Revelia.....	74
1.3.4.5 Reexame necessário	77
1.3.4.6 Precatórios e ofícios de pequeno valor.....	80
1.3.4.7 Assistência processual “anômala”	81
1.3.4.8 Honorários advocatícios	83
1.3.4.9 Intimação pessoal	85
1.3.5 Prerrogativas processuais do Estado no processo estatal e arbitral: uma visão crítica	86
1.3.6 A Fazenda Pública e o princípio da igualdade de partes na arbitragem.....	88
1.4 O critério do litígio adequado e a opção pela arbitragem do administrador público	96
1.5 A Fazenda Pública no negócio jurídico arbitral.....	100
PARTE II – FASE PRÉ-PROCESSUAL	105
2. A Convenção de Arbitragem e a Fazenda Pública.....	105
2.1 Convenção de arbitragem e a Fazenda Pública	105
2.1.1 A Fazenda Pública e as cláusulas presentes nos contratos administrativos.....	107
2.1.2 Arbitragem inserida no contrato administrativo: como conciliar arbitragem com um contrato de adesão?	110
2.1.3 Cláusulas exorbitantes do contrato administrativo.....	114
2.1.4 Anulação da cláusula compromissória fundada no princípio administrativo da autotutela	118
2.2 <i>Separability</i> – Autonomia da cláusula compromissória em relação às demais cláusulas do contrato administrativo exorbitantes do direito comum	122
2.3 Princípio <i>kompetenz-kompetenz</i>	127
2.3.1 Efeito positivo da convenção de arbitragem	128

2.3.2	Efeito negativo da convenção de arbitragem.....	130
2.3.2.1	Possibilidade do árbitro fazer a análise de elementos potestativos da cláusula arbitral envolvendo a Fazenda Pública	133
2.3.2.2	Os árbitros e o controle do mérito administrativo.....	135
2.3.3	Efeito delimitador da convenção de arbitragem.....	137
2.4	Análise da proposta de cláusula padrão do Estado de São Paulo ...	141
2.5	Elementos essenciais à convenção de arbitragem envolvendo o Poder Público.....	148
2.6	Direito aplicável: princípio da legalidade e vedação do uso da equidade	150
2.6.1A	(des)necessidade de previsão em edital	152
2.6.2	Idioma nacional.....	156
2.6.3	Publicidade do contrato e da cláusula: vedação da confidencialidade	157
2.7	Elementos facultativos.....	159
3.	Arbitrabilidade dos Litígios Envolvendo a Administração Pública	161
3.1	Antecedentes históricos envolvendo arbitragem e a Administração Pública.....	161
3.2	Panorama legislativo brasileiro até o advento da Lei n. 13.129/2015.....	163
3.3	Panorama legislativo brasileiro após o advento da Lei n. 13.129/2015.....	166
3.4	Arbitrabilidade subjetiva: sistematização do estudo da legislação	169
3.4.1	Impossibilidade do uso de arbitragem em contratos regidos pela Lei de Licitações: cláusula de eleição de foro	170
3.4.2	Impossibilidade do uso de arbitragem em contratos regidos pela Lei de Licitações: necessidade de regulamentação específica.....	172
3.4.3	Contratos regidos pela Lei de Licitações e Lei de Arbitragem.....	174

3.4.4 Contratos regidos por leis específicas que permitem o uso de arbitragem: a Lei de PPPs	178
3.5 Arbitragem no Poder Público estadual	180
3.5.1 Leis estaduais e a arbitragem: leis procedimentais.....	180
3.5.2 Competência legislativa estadual: modelo paulista.....	182
3.5.2.1 Competência legislativa estadual: Lei paulista de PPPs	184
3.5.2.2 Competência legislativa estadual: Lei mineira de PPPs	185
3.6 Decreto federal n. 8.465/2015	186
3.4 Análise crítica da legislação específica sobre arbitrabilidade subjetiva.....	187
3.7 Arbitrabilidade objetiva	191
3.7.1 A indisponibilidade dos poderes extroversos e exorbitantes como limite para a arbitrabilidade objetiva	205
PARTE III – FASE PROCESSUAL.....	211
4. Os Árbitros, as Câmaras e a Fazenda Pública.....	211
4.1 A fase administrativa e o dever licitar	211
4.1.1 Legislação aplicável	212
4.1.2 Dispensa de licitação	215
4.1.3 Inexigibilidade de licitação.....	217
4.1.4 Credenciamento de câmaras	221
4.2 Árbitros e câmaras arbitrais.....	224
4.2.1 A escolha dos árbitros e das câmaras “adequadas”: independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros	225
4.2.2 Imparcialidade: entre a autonomia privada e o devido processo legal	230
4.2.3 Imparcialidade e o dever de revelação	234
4.3 Parâmetros estabelecidos pelas regras internacionais	237
4.4 Responsabilidade do árbitro e manejo da ação anulatória.....	242
4.5 A legislação estadual e o requisito para ser árbitro.....	248
4.5.1 Da arbitragem institucional e suas vantagens.....	250

5. A Fazenda Pública no Procedimento Arbitral	253
5.1 Flexibilidade do procedimento arbitral em razão da qualidade da parte	253
5.2 As provas e o <i>discovery</i> em relação à Fazenda.....	254
5.3 Duplo grau “jurisdição” arbitral e o recurso ex officio	260
5.4 Possibilidade de medidas antiarbitrais e “suspensão de liminares” proferidas pelo árbitro	265
5.4.1 Legislação acerca da suspensão de liminares pelo Poder Público.....	266
5.4.2 Natureza jurídica da suspensão de liminar pela Fazenda Pública.....	269
5.4.3 Análise de situações possíveis para o manejo de suspensão de liminar contra o Poder Público e juízo arbitral	271
5.5 Processo de execução da sentença arbitral em face da Fazenda Pública e a obediência ao regime de precatórios.....	274
5.5.1 Obediência ao regime de precatórios	274
5.5.2 Impossibilidade do uso de fundo garantidor (FGP) para fins de pagamento de sentença arbitral e a violação do princípio do precatório	279
6. Considerações Finais	285
Referências.....	291