

MAYER • BROWN

# Arbitragem e Administração Pública

## Arbitragem e Administração Pública

Luis Adams

Arbitragem e Administração Pública

+55 61 996462117

ladams@mayerbrown.com

Setembro/2017

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

# Evolução Legal das Alternativas aos Meios Judiciais (o longo caminho percorrido)

- **Lei Complementar 73, de 1993** (Atribuições do Advogado-Geral da União) – Art. 4º , inciso VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;
- **Lei 9.469, de 1997** – Competência do AGU para autorizar acordos judiciais – Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.
- **Lei 10.259, de 2001** – Juizado Especial Federal – Art. 10, Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.
- **Lei 13.140, de 2015** – Lei de Mediação – Capítulo II. DA Autocomposição de Conflitos em que for parte Pessoa Jurídica de Direito Público

# Leis Federais

- **Lei Federal nº 8.987 de 1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – com alteração da Lei 11.196, de 2005, para introduzir o Art. 23-A)**
- Lei Federal nº 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem)
- Lei Federal nº 9.478 de 1997 (Lei do Petróleo)
- Lei Federal nº 9.472 de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações)
- Lei Federal nº 10.233 de 2001 (ANTT, ANTA e DNIT)
- Lei Federal nº 10.848 de 2004 (Lei do Setor Elétrico)
- **Lei Federal nº 11.079 de 2004 (Lei das PPPs)**
- Lei Federal nº 11.442, de 2007 (Lei de Transportes Rodoviários)
- Lei Federal nº 11.909 de 2009 (Lei do Gás Natural)
- Lei Federal nº 12.815 de 2013 (Lei dos Portos e o Decreto Federal 8.465, de 2015)
- Lei Federal nº 13.129 de 2015 (Alterou a Lei de Arbitragem)
- Lei Federal nº 13.334 de 2016 (Programa de Parcerias de Investimentos – PPI)
- Lei Federal nº 13.448 de 2017 (Diretrizes Gerais para Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria)

# Leis Estaduais de PPP

- Amapá (Lei 921/2005, art. 12)
- Amazonas (Lei 3.363/2008, art. 13)
- Bahia (Lei 9.290/2004, art. 9.º)
- Ceará (Lei 13.557/2004, art. 11, II)
- Distrito Federal (Lei 3.792/2006, art. 11, II)
- Goiás (Lei 14.910/2004, art. 15)
- Mato Grosso do Sul (Lei 4.303/2012, art. 17, IX)
- Minas Gerais (Lei nº 19.477 de 2011)
- Paraná (Lei 17.046/2012, art. 13, II)
- Pernambuco (Lei 12.765/2005, art. 9.º, III)
- Piauí (Lei 5.494/2005, art. 9.º)
- Rio de Janeiro (Lei 5.068/2007, art. 18, XI)
- Lei n.º 1481 de 1989 (Regime das concessões de serviços e obras públicas)
- Rio Grande do Norte (LC 307/2005, art. 20)
- Rio Grande do Sul (Lei 12.234/2005, art. 6.º, III, d)
- Santa Catarina (Lei 12.930/2004, art. 10, III, e)
- São Paulo (Lei 11.688/2004, art. 11)
- Sergipe (Lei 6.299/2007, art. 22, IV)
- Tocantins (Lei 2.231/2009, art. 9.º)

# Lei de Mediação

## DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

### Seção I

#### Disposições Comuns

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

(...)

Art. 38. Nos casos em que a **controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União**:

(...)

I - a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. **O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016)**

# Lei 9.307/96

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**.

§ 1º A **administração pública direta e indireta** poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**. (Alterado pela Lei 13.129, de 2015)

# Arbitrabilidade

- Arbitrabilidade Subjetiva:

- Diz respeito à capacidade de contratar arbitragem.

“Considerando-se que a instituição do juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos).” – CARMONA, Carlos Alberto.

- Arbitrabilidade Objetiva:

- Diz respeito às matérias que podem ser submetidas à arbitragem.

“Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado ou da sua infringência.” – LIMA, Alcides de Mendonça.

# O Estado e a Arbitragem

- “Caso Lage”: STF assentou não ser possível impedir a União de submeter questão que possa ser objeto de transação à solução arbitral.
  - ✓ *“Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público.” – CARMONA, Carlos Alberto.*

# Administração Pública Indireta

## ✓ Autarquias

- O Banco Central do Brasil poderia, por exemplo, submeter à decisão arbitral uma questão envolvendo prestação de serviços na área de computação;

## ✓ Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

- Empresas Públicas: art. 173, § 1º - regime jurídico próprio das empresas privadas (civis ou comerciais);
- Sociedades de Economia Mista: sujeitas à Lei das S.A.
  - Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02, 1ª Cam. Cível., rel. Fernando César Zeni: afirmou a validade de cláusula compromissória inserida em contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre sociedade de economia mista e empresa privada.

# Acórdão

## (Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02 ):

*“[P]rimeiro, a autora é sociedade de economia mista, com personalidade de direito privado (...). Desta maneira, evidente que os contratos celebrados entre a autora e a ré se regulam pelo direito privado e nada impede que solução dos conflitos se dê pela arbitragem prevista em nosso ordenamento jurídico. Segundo, a atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado e demais atividades correlatas e afins, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), por versar sobre intervenção do Estado no domínio econômico, sob a forma de monopólio, nos termos do art. 177, inciso IV, da Constituição Federal. Terceiro, o fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. (...)”*

# Desafios à arbitragem

- 1) Indisponibilidade: patrimônio está associado a valores e vice-versa
- 2) Vantajosidade: a administração que ganhar sempre
- 3) Insegurança do Administrador: incerteza do futuro
- 4) Imemorialidade dos juízos de reparação: os esqueletos do armário