

UNIVERSIDADE  
AUTÓNOMA  
DE LISBOA



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICA**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**Arbitragem Administrativa (Fundamentos Luso-Brasileiro). Dispute  
Board: nova modalidade de resolução extrajudicial de conflitos?**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior

Orientador: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número do candidato: 30001883

**Janeiro de 2022**

**Lisboa**

## DEDICATÓRIA

Se existir um sentimento que deve permanecer em eterna chama acesa, é a gratidão.

E gratidão a quem? Ao senhor, meu pai. Apesar de não está mais em nosso meio, suas pegadas de integridade e amor (frutos de Deus em sua vida) nunca serão apagadas do meu viver. Sinto muito em não poder abraçá-lo, está em meu meio, mas não poderia deixar de dedicar com primazia esta obra à sua memória, um pequeno agricultor que plantou tantas sementes boas as quais germinaram frutos de honra para a sociedade.

À senhora, minha mãezinha, por todo amor, dedicação e esforços despendidos, junto com seu amado esposo, para promover o crescimento espiritual e a educação dos seus filhos.

Às minhas irmãs (Iris, Neide, Neuda, Mary e Leide), que sempre despejaram amor imensurável em minha vida. Aos meus amados cunhados, cunhada, sobrinhos, sobrinhas, tias, tios, primos e primas, sogra, à memória do meu sogro. A todos os amigos.

Vivemos tempos de muita tristeza pela situação sanitária instalada em meio à humanidade. Perdemos familiares e amigos. Não poderia deixar de fazer menção ao meu grande amigo Ednilson, que tão cedo nos deixou, junto com seu filho e amigo Roger. À memória da irmã Rosane; minha madrinha Antônia; amigo Marlus.

A você meu primo Wagner, e à minha tia Irani, pessoas que tanto amamos, mas partiram para o descanso eterno. Prima Mônica, tão jovem, está partindo para a eternidade justamente no dia que estou redigindo este agradecimento.

À toda igreja de Jesus Cristo. Aos amados missionários de Deus.

Por fim, e com aquele brilho especial, a você Jô, pela paciência e companheirismo. Eunice e José (meu xará), meus filhos amados, presentes de Deus, vetores de felicidades na minha vida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo. Sem Ele, nada!!

Ao Professor Doutor Ricardo Pedro que aceitou o desafio de ser meu orientador, sempre muito sábio e polido nas suas recomendações, com admirável conhecimento da temática proposta e celeridade em suas respostas na apreciação dos escritos enviados. Tais comportamentos me conduziram em leveza e prazer para elaboração deste árduo trabalho.

Agradeço a todos que contribuíram de forma direta ou indireta na elaboração desta obra, em especial a todos os colegas da 19 Turma de Mestrado em Ciências Jurídicas da UAL (Universidade Autónoma de Lisboa). Não poderia deixar de registrar os especiais auxílios que tive em Lisboa oferecidos pelos colegas Alexandre, Hudson, José Renato e Paulo de Tarso.

A todos os docentes que ministraram aulas para nossa turma, sempre com muito brilho em suas exposições, bem como a todo quadro de funcionários da Universidade que sempre nos atendeu de forma gentil e educada.

Não poderia deixar de expressar minha gratidão especial ao quadro de servidores da PFE Ufopa (Universidade Federal do Oeste do Pará), que sempre nos apoiaram durante os deslocamentos nos compromissos acadêmicos, bem como aos servidores em exercício na PSF (Procuradoria Seccional Federal) de Santarém/PA.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para meu crescimento acadêmico e profissional.

“A crise sanitária de impacto global, decorrente de COVID-19, não apenas impõe novos desafios à humanidade, como também recoloca na ordem do dia, com maior grau de urgência, problemas e preocupações que, especialmente no Brasil, já se faziam presentes. Sob uma perspectiva otimista, a crise deve ser vista como oportunidade para se conferir maior velocidade aos processos de mudança e aprimoramento de políticas públicas. **No âmbito do sistema de Justiça brasileiro, uma dessas oportunidades é a consensual necessidade de se enfrentar adequadamente o fenômeno da crescente judicialização das relações individuais e sociais, o que passa necessariamente pelo fortalecimento de métodos alternativos de resolução de conflitos**” (André Luiz de Almeida Mendonça – Ministro do STF. In. Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público / coordenadores Rita Dias Nolasco.... (et al.). São Paulo: Thonson Reuters Brasil. 2021. p 20. Vários autores).

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo principal realizar um estudo analítico da arbitragem administrativa, levando em conta a literatura jurídica portuguesa e brasileira. No primeiro capítulo realizou-se uma explanação geral sobre a arbitragem (conceituação, natureza jurídica, características, princípios, espécies), bem como abordagens sobre os demais meios de resolução alternativa de litígios, para logo em seguida (capítulo II) adentar no campo de aplicação pública do instrumento, descrevendo sobre o tratamento da mesma no Brasil, demonstrando as inumeráveis vantagens que se podem colher quando em comparação com a Justiça estatal. Avançando, no penúltimo capítulo tratou-se da arbitragem administrativa em Portugal, onde se verificou que o ordenamento jurídico deste país sempre esteve em vanguarda quando do tratamento deste mecanismo alternativo de resolução de conflitos aplicado às relações jurídicas administrativas. Por fim, são gizados alguns pontos de explanação em relação aos *dispute boards*, com a finalidade central de mostrar que, apesar de seu campo de atuação ser mais restrito (obras públicas), agrega algumas vantagens em relação à arbitragem.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Arbitragem. Administração Pública. Brasil e Portugal. *Dispute Boards*.

## ABSTRACT

The main objective of this master's dissertation is to carry out an analytical study of administrative arbitration, taking into account the Portuguese and Brazilian legal literature. In the first chapter, there was a general explanation about arbitration (conceptualization, legal nature, characteristics, principles, species), and then (chapter II) to enter the field of public application of instrument, describing its treatment in Brazil, demonstrating the innumerable advantages that can be reaped when compared to state justice. Moving forward, the penultimate chapter dealt with administrative arbitration in Portugal, where it was found that the legal system of this country has always been at the forefront when dealing with this alternative conflict resolution mechanism applied to administrative legal relations. Finally, some points of explanation in relation to dispute boards are outlined, with the main purpose of showing that, despite its more restricted field of action (public works), it adds some advantages in relation to arbitration.

**Keywords:** Administrative Law. Arbitration. Public administration. Brazil and Portugal. Dispute Boards.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO .....   | 11  |
| 1. Dos meios de Resolução Alternativa de Litígios e suas aplicações no âmbito da Administração Pública. Da Arbitragem. ....  | 17  |
| 1.1 Mediação, Conciliação e Negociação .....   | 21  |
| 1.2 Arbitragem: uma noção geral.....   | 34  |
| 1.3 Da conceituação doutrinária de arbitragem .....  | 37  |
| 1.4 A natureza jurídica da arbitragem.....   | 38  |
| 1.5 Das características da arbitragem .....  | 41  |
| 1.6 Princípios informadores .....  | 44  |
| 1.7 Espécies de arbitragem .....   | 48  |
| 1.8 A convenção de arbitragem e suas modalidades.....  | 52  |
| 1.9 Do diálogo entre a arbitragem e a jurisdição estatal: as medidas antiarbitragem.....                                     | 53  |
| 2. A Administração Pública brasileira e o avanço da Arbitragem .....   | 56  |
| 2.1 Análise histórica e evolução legislativa .....   | 56  |
| 2.2 Arbitrabilidade (subjéitiva e objetiva) e a Administração Pública .....  | 60  |
| 2.3 Obstáculos doutrinários para aceitação da arbitragem administrativa.....   | 65  |
| 2.4 O princípio da eficiência e a arbitragem administrativa .....  | 71  |
| 2.5 Escolha do árbitro para dirimir litígios envolvendo a Administração Pública.....   | 74  |
| 2.6 Aspectos pontuais relacionados à arbitragem administrativa .....   | 78  |
| 2.7 Da análise jurisprudencial (Tribunais Superiores e Corte de Contas da União) da arbitragem administrativa no Brasil..... | 81  |
| 2.8 Vantagens da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública.....  | 87  |
| 3. Da Arbitragem Administrativa em Portugal .....  | 91  |
| 3.1 Aspectos gerais.....   | 92  |
| 3.2 Evolução histórica da arbitragem em Portugal .....   | 93  |
| 3.3 Assento constitucional e legal da arbitragem administrativa portuguesa.....  | 94  |
| 3.4 Tratamento da arbitragem administrativa no CPTA – recentes reformas.....   | 97  |
| 3.5 Alterações recentes ao CPTA – Lei nº 118/2019.....   | 101 |
| 3.6 Superação dos obstáculos e demonstração das vantagens da arbitragem administrativa                                       | 103 |
| 3.7 Arbitragem voluntária e arbitragem necessária .....  | 105 |
| 3.8 Arbitragem <i>ad hoc</i> e arbitragem institucionalizada .....   | 109 |
| 3.9 Tribunais Arbitrais e Tribunais Administrativos .....  | 113 |
| 3.10 Do Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD .....   | 116 |
| 4. DISPUTE BOARDS .....  | 120 |
| 4.1 Nova ênfase dos contratos administrativos: a consensualidade .....   | 120 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 4.2 | Origem e conceito de <i>Dispute Boards</i> .....   | 123 |
| 4.3 | A experiência brasileira na utilização dos <i>dispute boards</i> .....   | 126 |
| 4.4 | Espécies de Dispute Boards.....  | 128 |
| 4.5 | <i>Dispute boards</i> e os demais mecanismos de resolução de conflitos .....   | 131 |
| 4.6 | Vantagens dos dispute boards .....   | 134 |
| 4.7 | Os contratos administrativos e os <i>Dispute Boards</i> .....  | 137 |
| 4.8 | Regulamentação do instituto no Brasil – nova lei de licitações e legislações estaduais (São Paulo e Minas Gerais)..... | 139 |
| 4.9 | Breves considerações .....   | 147 |
|     | CONSIDERAÇÕES FINAIS .....   | 151 |
|     | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....   | 156 |



## LISTA SIGLAS E ABREVIATURAS

|          |  |
|----------|--|
| ADR      | <i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION</i>                                |
| AEP      | ASSOCIAÇÃO EMPRESARIAL DE PORTUGAL/CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA    |
| AGU      | ADVOCACIA–GERAL DA UNIÃO   |
| BIRD     | BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO              |
| CAAD     | CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA                                  |
| CAL      | CENTRO DE ARBITRAGEM DE LITÍGIOS CIVIS, COMERCIAIS E ADMINISTRATIVOS |
| CCAF     | CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL  |
| CEJ      | CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS  |
| CF       | CONSTITUIÇÃO FEDERAL   |
| CCP      | CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS   |
| CDB      | <i>COMBINED DISPUTE BOARD</i>  |
| CJF      | CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL  |
| CNJ      | CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA   |
| COMPAGAS | COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS NATURAL                                  |
| COPEL    | COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA                                      |
| CPA      | CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO                                |
| CPC      | CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL   |
| CPTA     | CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS                     |
| CRD      | COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS                                     |
| CRP      | CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA                                 |
| DAB      | <i>DISPUTE ADJUDICATION BOARDS</i>                                   |
| DRBF     | <i>DISPUTE BOARD FOUNDATION</i>                                      |
| DRB      | <i>DISPUTE REVIEW BOARDS</i>   |
| ETAF     | ESTATUTO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS                     |
| FIDIC    | INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS                     |
| ICC      | INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE                                    |

|      |  |
|------|--|
| LAV  | LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA                 |
| MASC | MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS   |
| MESC | MÉTODO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS |
| NCPC | NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL                |
| ONU  | ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS                |
| PPP  | PARCERIAS PÚBLICAS E PRIVADAS                |
| PON  | PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD            |
| SPE  | SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO            |
| STJ  | SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA                 |
| STA  | SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO              |
| STF  | SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL                     |
| TCU  | TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO                  |
| UEG  | USINA ELÉTRICA A GÁS DE ARAUCÁRIA            |

## INTRODUÇÃO

Estudos revelam que o Estado Contemporâneo, desde há muito tempo, tem enfrentado uma crise de Justiça, em que a sociedade observa que a Justiça estatal passou a ser excessivamente lenta para resolver em um tempo conveniente as demandas que se apresentam à mesma.

Tal cenário desencadeou vários movimentos de buscas às alternativas para contornar o sistema estabelecido, tendo em vista o imenso volume de litígios implantados nos “balcões” do Poder Judiciário.

Atento à esta situação, tem-se buscado meios alternativos de resolução de conflitos, tanto na modalidade autocompositiva (negociação, conciliação e mediação), quanto no viés heterocompositivo (arbitragem e *dispute boards*). Quando se trata da expressão meios alternativos, diz-se que são mecanismos de resolução de demandas que tramitam fora das alçadas do Poder Judiciário.

Sabe-se que a maioria dos litígios estabelecidos na Justiça estatal têm o Estado como uma das partes envolvidas, já lançando a ideia que se faz necessário a utilização dos meios acima destacados para resolução de demandas que envolvam os entes públicos.

No mote deste contexto acima descrito, a presente dissertação pretende realizar um estudo, não exauriente, sobre o Arbitragem Administrativa, principalmente em uma plataforma de análise lusófona, mostrando o avanço doutrinário, jurisprudencial e legislativo que se tem alcançado no Brasil. Portugal, desde há décadas, como será mostrado no decorrer desta arte, tem-se destacado como um caso de estudo em relação ao tema, uma vez que o amadurecimento da utilização da arbitragem pelo Poder Público tem sido constante neste país, servindo de paradigma para várias nações.

Arraigado na “avenida” permitida pela consensualidade, sendo esta um alicerce de sustentação da aplicação dos meios alternativos de resolução, desde a década de 70 (século XX), tem brilhado também os *dispute boards* (comitê), sendo que ao final desta obra, será feita uma digressão sobre o mesmo, principalmente uma comparação entre ele e a arbitragem, demonstrando as vantagens que o mesmo tem oferecido na resolutividade de demandas que envolvam o Poder Público quando o contrato administrativo tenha por objeto obras da construção civil.

Assim sendo, propõe-se dissertar sobre a arbitragem administrativa em uma perspectiva portuguesa e brasileira, demonstrando o avanço especial que o instrumento tem galgado no Brasil para resolução alternativa de conflitos que envolvam os entes públicos, sendo um modelo influenciado pelo ambiente português, este de perfil avançado, comparado com os demais ordenamentos jurídicos de outros países, quando se trata do tema. Ainda no trato da mesma, na finalização, irá ser tratado sobre os *dispute boards* em perspectiva analítica com a arbitragem.

Como marco inicial da primeira parte da obra, irá ser realizado um giro sobre os mecanismos alternativos de resolução de demandas, focalizados na mediação, conciliação e negociação (arbitragem administrativa será tratada em seguida como tema principal desta dissertação, fechando a mesma com uma explanação sobre os *dispute boards* conforme proposto acima), sendo todos de plena aplicação quando da presença da Administração Pública em eventual conflito, principalmente a mediação, uma vez que esta possui regulamentação específica em Portugal e no Brasil.

Em seguida, ainda dentro do primeiro capítulo da obra, irá se adentrar no estudo da arbitragem de maneira geral, não imiscuindo no campo das relações jurídicas administrativas, tratando, entre outras diretrizes da sua conceituação e natureza jurídica, firmando-se na teoria jurisdicionalista (publicista) – ausência de necessidade de homologação judicial das sentenças arbitrais. Quando do trato das características, inevitavelmente se demonstra que a mesma é mais célere que a Justiça oficial, sendo esta uma das principais balizas de sustentação para se agregar o instituto às demandas administrativas.

Partindo para a segunda parte da dissertação, iremos adentrar no campo da arbitragem administrativa (parte principal da arte), ainda centralizada na aplicação do instrumento em território brasileiro. De forma inicial se detalhará sobre a análise histórica, para logo em seguida tratar da evolução legislativa. Aqui se destaca uma alteração especial ocorrida em 2015 na Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96), uma vez que o §1º do artigo 1º passou a permitir que a Administração Pública utilize a arbitragem como instrumento de resolução de conflitos que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Evento de destaque primordial na consolidação legislativa da arbitragem administrativa no Brasil, tem-se a Lei n. 14.133/21 (nova Lei de Licitações e Contratos), onde tal comando legislativo reservou um capítulo específico (XII) para tratar dos meios alternativos de resolução de controvérsias, concedendo um brilho de especial previsão à arbitragem aplicada

no âmbito dos contratos administrativos, inclusive estabelecendo diretrizes a serem observadas quando da alocação do instrumento nas relações jurídicas administrativas.

No campo da arbitrabilidade objetiva, esta lei acima apontada trouxe uma evolução imensurável quando do trato das matérias que poderão ser submetidas ao tribunal arbitral, dissipando eventuais dúvidas, ao prever que na circunscrição dos direitos patrimoniais disponíveis cabem as demandas relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, inadimplemento das obrigações contratuais e os cálculos das indenizações.

Brasil, ao contrário de Portugal (com exceção de alguns posicionamentos doutrinários), sempre teve uma certa resistência à aceitação da arbitragem administrativa (apesar de hoje este comportamento está bem diminuto), e ainda neste segundo capítulo, serão abordadas as motivações que levaram, até então, à rejeição do instrumento na seara do Direito Público, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Outra temática de importância ímpar que será enfrentada neste tópico é a forma como os Tribunais brasileiros (Poder Judiciário e Corte de Contas) tratam a arbitragem quando da inserção da mesma nas relações jurídicas administrativas. O primeiro balizamento judicial do tema foi realizado pelo STF (Supremo Tribunal Federal) no caso “Lage” (tramitou de 1955 a 1973), em que este Órgão superior da Justiça estatal reconheceu a viabilidade jurídica do instrumento como meio de resolução de litígios no âmbito da arbitragem de Direito Público.

Em pegada semelhante, outra Corte de Justiça que tem se mostrado reiteradamente favorável à aceitação da arbitragem administrativa é o STJ (Superior Tribunal de Justiça), sendo que no transcorrer desta obra serão expostos alguns casos concretos julgados por este Tribunal estatal, devendo-se destacar também a expedição de vários entendimentos consolidados em enunciados.

Partindo para o entendimento da Corte de Contas, o TCU (Tribunal de Contas da União) sempre se mostrou reticentes com relação à participação dos entes públicos no procedimento de arbitragem. Antes da alteração da lei de arbitragem em 2015, esta Corte entendia que a inviabilidade jurídica da arbitragem administrativa se daria em razão da ausência de autorização legislativa, tal posicionamento foi manifestado em vários julgados citados no bojo desta dissertação. Outro pilar de sustentação para recusa deste meio de resolução alternativa de demandas foi a indisponibilidade do interesse público. Com o passar do tempo,

referido entendimento sofreu certas flexibilizações, principalmente na esfera das Parcerias Público-Privadas (PPP).

Em finalização parcial, encerra-se esta segunda parte da obra explanando sobre as vantagens, principalmente quando se traça um paralelo com a Justiça estatal, que a arbitragem administrativa agrega aos entes públicos e à parte adversária (ou terceiros) quando se trata a mesma como meio alternativo de resolução de controvérsias. Entre os benefícios do instrumento, se destaca a celeridade do procedimento, sendo que hoje um dos pontos principais da crise de acesso à justiça é taxa de congestionamento dos processos, fenômeno superável na arbitragem. Não se pode negar que a flexibilidade procedimental, o custo de tramitação e o julgamento em instância única (em regra), imprimem certas vantagens a serem destacadas na arbitragem de Direito Público.

Partindo para a terceira parte desta dissertação, irá ser realizada uma explanação sobre o tratamento da arbitragem administrativa em Portugal. Não se pode negar que o ordenamento jurídico português, desde há muito tempo, sempre “exalou simpatias” no que tange ao acolhimento da arbitragem como meio de resolução de conflitos na esfera do Direito Administrativo, sendo inclusive um caso de estudo no aspecto mundial.

Nesta temática, será demonstrada que a arbitragem administrativa portuguesa possui discussão histórica de longo tempo, sustentadas nas teses da evolução, revolução e revolução temperada.

Ao contrário do que acontece no Brasil, a Constituição da República portuguesa (CRP/76) passou a conceder determinada legitimidade aos meios de resolução alternativa de conflitos, fazendo previsão expressa à possibilidade de existência dos tribunais arbitrais (artigo 209º, número 2). No plano da infraconstitucionalidade, percebe-se certa atenção concedida à arbitragem administrativa tanto na Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n. 63/2011 – artigo 1º, número 5), quanto no CPTA (Código de Processo nos Tribunais Administrativos – Lei nº 15/02).

O CPTA passou a dar um tratamento especial à arbitragem no bojo dos contratos administrativos, reservando um título específico para tratar do tema (Título IX – artigos 180º a 187º), passando por várias reformas (inclusões, exclusões e modificações) desde a sua origem.

O artigo 180º, número 1 (quatro alíneas) deste código trata das matérias que poderão ser objeto de procedimento arbitral (arbitrabilidade objetiva): litígios relativos aos

contratos públicos e atos administrativos relativos à sua execução; demandas que estejam relacionadas à responsabilidade civil na modalidade extracontratual; lides que digam respeito à validade dos atos administrativos, e por último, os fatos relacionados aos eventos de emprego público. Será objeto de explanação nesta obra as recentes alterações ocorridas neste comando legislativo, principalmente com a publicação da Lei n. 118/2019.

Assim como ocorreu no Brasil, alguns doutrinadores portugueses também se manifestavam contra a aceitação da arbitragem administrativa, sustentando a exclusividade dos Tribunais Administrativos na CRP (artigo 212º, número 3) para o julgamento das lides decorrentes das relações jurídicas administrativas (vedaçaõ constitucional), bem como outros fundamentos semelhantes aos sustentados na doutrina brasileira: indisponibilidade do interesse público, princípio da legalidade e inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública. Apesar dos argumentos acima, percebe-se a insustentabilidade dos mesmos, além de se vislumbrar que a arbitragem é um procedimento que agrega inúmeras vantagens aos entes público, principalmente a celeridade.

Ainda na terceira parte desta dissertação, serão tratadas as espécies de arbitragem, valendo ressaltar que Portugal, diferentemente de várias nações, adota, em alguns casos, a modalidade necessária, sendo que esta enfrenta certo debate sobre a característica da voluntariedade inerente ao instrumento, uma vez que o ordenamento jurídico impõe, situações excepcionais, que determinados conflitos sejam submetidos, de forma obrigatória, ao juízo arbitral.

Arrematando o capítulo três da obra, aproveitando a classificação institucionalizada da arbitragem, iremos tratar do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), institucionalizado em Portugal desde 2011 (inicialmente na temática tributária). Tal entidade é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, vinculada ao Ministério da Justiça, sendo que a mesma veio à tona como uma resposta viável à ineficiência dos meios convencionais de atuação nas demandas do contencioso administrativo e tributário.

Na quarta e última parte, após já se ter realizado um estudo não exauriente da arbitragem administrativa, será dada uma ênfase aos *dispute boards*, “novo” mecanismo de resolução alternativa de conflitos que tem imprimido certas vantagens, inclusive superiores ao procedimento arbitral, merecendo um detalhamento, principalmente quando da análise em uma perspectiva comparativa com a arbitragem (objeto de estudo principal desta dissertação).

Será realizada uma explanação geral sobre os *dispute boards*, demonstrando que a origem do mesmo está vinculada à consensualidade que vem dominando o espaço democrático do Direito Administrativo, ocupando o lugar de uma Administração Pública autoritária e burocrática. Vale ressaltar que referido mecanismo tem seu objeto restrito aos contratos administrativos que digam respeito às obras públicas.

No Brasil, apesar de os primeiros movimentos internacionais de aceitação iniciarem-se na década de 70 (século XX), a experiência engatinhou há uns vinte anos, com a inserção do mesmo na obra de ampliação do metrô de São Paulo, estendendo posteriormente para as obras públicas relacionadas ao evento das Olimpíadas de 2016. Até então, vivia-se um vácuo legislativo de previsão dos *dispute boards*, com algumas legislações esparsas que tratavam de forma colateral sobre os comitês de resolução.

No plano municipal, São Paulo e Belo Horizonte, em 2018 e 2020 respectivamente, publicaram leis que trataram do assunto. No plano nacional, somente com a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/21), os *dispute boards* passaram a ter um brilho especial de regulamentação legislativa, reservando a mesma o capítulo XII para tratar dos meios alternativos de resolução de controvérsias, trazendo previsão expressa dos comitês de resolução de disputas (artigo 151).

Serão abordados também dois pontos cruciais relacionados à temática: uma análise dos *dispute boards* com os demais meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente a arbitragem, bem como as vantagens do instrumento.

Insta ressaltar que as pesquisas executadas para a realização desta dissertação foram de formatação qualitativa e exploratória, tomando como parâmetros necessários o ordenamento jurídico (Carta Maior e legislação infraconstitucional) português e brasileiro, bem como estudos doutrinários relacionados à temática.



## **1. Dos meios de Resolução Alternativa de Litígios e suas aplicações no âmbito da Administração Pública. Da Arbitragem.**

Torna-se algo inelutável a disputa de interesse entre membros da sociedade, às vezes, tendo o próprio Estado como uma das partes ansiosa na solução da demanda, não se podendo deslembrar que os litígios aumentam vertiginosamente no meio social. Em conferência aos dados fornecidos pelos meios oficiais da justiça, a cada dia os litígios e as insatisfações estão em uma constante progressividade<sup>1</sup>.

Não se há de negar que, conforme ressaltado por Paulo Eduardo Alves<sup>2</sup>, desde a “consolidação dos Estados modernos, generalizou-se a crença de que o método mais adequado” que se possa utilizar para resolutividade dos conflitos implantados na sociedade seria por meio da jurisdição estatal, tendo como mecanismo principal, o processo judicial.

Ocorre que ultimamente a técnica de resolução dos litígios por meio judicial tem recebido diversas críticas, sendo questionado principalmente se seria o meio mais adequado de se produzir a verdadeira justiça em meio a sociedade. Embora tendo como primazia na resolução de conflitos a aplicação da lei, o Estado nunca proibiu a própria sociedade, através de meios adequados, de promover a solução de controvérsias existentes, devendo-se inclusive ser objeto de ressalva, que a resolução dos litígios na metodologia da consensualidade é bem mais antiga que o instrumento processual utilizado pelo Poder Judiciário.

A própria existência humana já se traduz em uma consequência natural da produção de conflitos, sendo que, consoante Francisco Cahali<sup>3</sup>, “o conflito existe e sempre existirá como inerente ao ser humano”, devendo-se a sociedade procurar buscar meios mais adequados e eficazes para a solução dos mesmos, dando ensejo às vias alternativas de solução conflitos.

Pode-se relacionar vários métodos de resolução dos conflitos alheios à jurisdição estatal. Através destes equivalentes jurisdicionais, afirma-se que o Estado ficará destituído do

---

<sup>1</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira.** Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>2</sup> ALVES, Paulo Eduardo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2<sup>a</sup>.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.14

<sup>3</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas.** 7<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 46.

monopólio da resolução dos litígios, tendo o ordenamento jurídico dos países permitido outros meios onde as partes poderão buscar uma solução para seus litígios.

Assim sendo, quando se constata a ocorrência de uma insatisfação/controvérsia entre as partes (podendo ser o próprio Estado), pode-se adotar três mecanismos/métodos de solução: autotutela ou autodefesa, método heterocompositivo ou autocompositivo. Desde já, ressalta-se que tais métodos oferecem tanto celeridade quanto satisfação às partes que buscam os mesmos.

A doutrina registra a **autotutela** como a forma mais antiga de solução dos conflitos, sendo a mesma constituída pela vitória do mais forte sobre o mais fraco, ou seja, o resultado era consequência do atributo da força (física, econômica, religiosa, etc.) pela parte vencedora. Obvio que não podemos afirmar que esse método de resolução de conflitos prestigia o Estado Democrático de Direito, por outro lado, ressalta as sociedades mais rudimentares onde a força era o fator determinante para resolução dos litígios.

Como se trata de uma solução egoística e parcial de resolução de conflitos, atualmente, vários ordenamentos jurídicos no mundo, vedam tal prática, sendo admitido em situações excepcionalíssimas. No Brasil, tal comportamento, quando não autorizado, poderá concretizar até mesmo um fato criminoso, tipificado no artigo 345<sup>4</sup> do Código Penal brasileiro (exercício arbitrário das próprias razões).

Percebemos que tanto Brasil quanto Portugal ainda possuem, mesmo sendo mínima, previsões de ações que autorizam, de forma excepcional, a utilização da autotutela em seus ordenamentos jurídicos. Na plataforma brasileira, contempla-se como medidas de autotutela o direito de retenção (artigos 578, 644, 1433, inciso II, do Código Civil), o desforço imediato pelo possuidor na defesa de sua posse (art. 1210, §1º do CC), bem como a legítima defesa e a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Por outro lado, como previsão no ordenamento jurídico português, cita-se o instituto da acção directa, prevista no artigo 336 do Código Civil Português.

Adiante, iremos retratar sobre os métodos autocompositivo e heterocompositivo que resultam em resoluções de controvérsias na formação extrajudicial.

---

<sup>4</sup> **Exercício arbitrário das próprias razões.** Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 17/06/2021.

Vale frisar que a locução “meios alternativos de solução de conflitos” (representada pela sigla MASC) é equivalente à sigla inglesa ADR (*alternative dispute resolution*), sendo que a mesma ilustra uma diversificada quantidade de métodos de resolução de disputas (alternativo aos resultados obtidos no âmbito do Poder Judiciário). Em sua língua originária (inglesa), a frase é de autoria de Frank Sander, docente do curso de Direito da escola jurídica de Harvard. Tal contexto se deu quando da participação do mesmo, na década de 70, em um congresso<sup>5</sup> que ocorreu justamente para se debater a motivação das insatisfações populares com o Poder Judiciário norte americano.

Frank Sander defendeu de forma incisiva que seria necessária uma variedade de mecanismos onde se pudesse resolver os conflitos estabelecidos no meio da sociedade, sendo que a expressão veiculada por ele (ADR) foi justamente para enfatizar uma contraposição ao monopólio estabelecido no âmbito da justiça estatal (Poder Judiciário).

Não se pode negar que, apesar de devidamente estabelecida, a monopolização da resolução de demandas na esfera judiciária entrou em relativização (ou decadência) nos últimos anos do século XX, e isso ocorreu por diversos fatores: a adversidade populacional com as instituições oficiais de justiça, a celeridade estabelecida pelos métodos externos ao Poder Judiciário, a diminuição considerável dos custos, etc.

A comutação (transformação) da sociedade, talvez acelerada pelo aumento inesperado do quantitativo populacional, exigiram uma estruturação social em massa, concentrando-se mais nos centros urbanos. Com isso, fez-se necessário o “nascimento” de mecanismos adequados para resolução de disputas que tiveram um aumento inesperado no meio da sociedade, e tais métodos deveriam entregar uma prestação harmoniosa com os anseios sociais, o que já não se esperava somente do Poder Judiciário.

Não se pode negar também que os tempos atuais exigem a apresentação de mecanismos evolutivos de resolução de demandas de forma não litigiosa - não adversariais<sup>6</sup>, sendo que referidos meios vão ao encontro dos anseios da sociedade, culminando com equalizações mais céleres das controvérsias, e uma justa resolução sem tantos custos.

---

<sup>5</sup> Conferência teve o nome de “*National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” e foi sediada em Mineapolis, nos EUA, em 1976. Citado por Paulo Eduardo Alves da Silva, em seu artigo “**Resolução de Disputas: Métodos Adequados para Resultados Possíveis e Métodos Possíveis para Resultados Adequados**”.

<sup>6</sup> CESCA, Jane Elisabeth; NUNES, Thomaz Cesca. **Da necessidade da evolução do direito e da justiça: os meios não adversariais de resolução de conflitos no Brasil e no direito alienígena**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 1, n. 2, p. 3-21, jul. 2006.

Frise-se que as formas extrajudiciais de resolução de conflitos não possuem origem no século XX, sendo que as mesmas tiveram aplicações mais veementes em épocas anteriores, dependendo do perfil da sociedade estabelecida no tempo, onde algumas optaram por resolver as demandas através das justiças oficiais (formais) centralizadas no Estado constituído, e outras sociedades em que se entendeu por valorizar mais a ausência do Estado como protagonista principal na resolução da demanda<sup>7</sup> (meios alternativos).

A sigla MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos) traduz os meios que não pertencem à esfera do Poder Judiciário, sendo a mesma tonificada em território norte americano como métodos “informais e privados de justiça<sup>8</sup>”, ainda nos anos 80, adentrando posteriormente o espaço jurídico de diversos países, possuindo importância ímpar em Portugal e no Brasil.

Interessante que se colha o consignado pelos doutrinadores portugueses António Pedro, Artur Flamínio e Daniela Mirante<sup>9</sup> no sentido de que a contextualização dos meios de resolução de litígios (extrajudicial) não possui unanimidade em Portugal, existindo ao menos duas concepções essenciais: “a noção de meios extrajudiciais de conflitos e a expressão resolução alternativa de litígios”, sendo que ambas traduzem a existência de mecanismos que perfazem a resolução de conflitos sociais fora das esferas do Poder Judiciário<sup>10</sup>.

Assim, entre os métodos de resolução extrajudicial de conflitos, pretendemos fazer um pequeno esboço em relação à mediação, conciliação, negociação, arbitragem, sendo esta aprofundada quanto à sua aplicabilidade no bojo dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português em capítulos seguintes, alvo principal desta investigação. Por fim, iremos protagonizar uma análise específica em relação aos dispute boards, método de resolução extrajudicial de conflitos que tem apresentado uma série de vantagens (até mesmo em comparação com a arbitragem) no contexto dos contratos administrativos, inclusive com recentes regulamentações no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>7</sup> ROBERTS, S.; Palmer, M. *Dispute process – ADR and the Primary Forms os Decision-Making*. London: Cambrigde, 2009, p. 3.

<sup>8</sup> ALVES, Paulo Eduardo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2<sup>a</sup>.ed – Rio de Janeiro. Forense, 2019. p.18

<sup>9</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>10</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

## 1.1 Mediação, Conciliação e Negociação

Contextualizando os métodos de resolução alternativa de conflitos, iremos iniciar o estudo dos mesmos pela mediação.

Tal meio, como um dos instrumentos acima citado, possui um viés autocompositivo, em que se utiliza de um terceiro imparcial para auxiliar as partes em tomadas de decisões, denominado mediador.

No Brasil, a **mediação** tem previsão expressa no ordenamento jurídico na Lei n. 13.140/15, art.1º, parágrafo único<sup>11</sup>, sendo a mesma de aplicação plena (condicionada aos limites impostos pela legislação) em conflitos que tenha como parte os entes públicos.

Em Portugal, tendo em vista algumas regras da União Europeia, passou-se a adotar uma legislação específica para tratar da mesma, principalmente na seara do direito civil e comercial, sendo publicada a Lei n. 29/2013 (Lei da Mediação). Ponto a ser destacado (uma vez que em 2015 o Brasil trouxe previsão anteriormente delineada por Portugal) é que o artigo 2º<sup>12</sup> desta lei, quando da definição de mediação, incluiu como potenciais sujeitos que promoverão a concretização do instrumento, tanto as entidades privadas quanto às públicas.

Vale ressaltar que este ato legislativo incorpora preceitos estabelecidos na Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de mediação civil e comercial. Nos termos do artigo 2º, alínea “a” da referida lei, a mediação é um mecanismo de resolução de conflitos “no qual as partes escolhem voluntariamente um terceiro imparcial que as auxilia a alcançar uma solução de compromisso”.

Através do instituto da mediação, visa-se a resolução dos conflitos, sem qualificar qualquer das partes como vencedor ou perdedor, muito menos finalizar pela procedência ou improcedência, sendo o intuito chegar a uma resolutividade da demanda que atenda a ambas as

---

<sup>11</sup>Artigo 1º, parágrafo único: “é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que é escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm) Acesso em 29/06/2021.

<sup>12</sup>**Artigo 2.º Definições** Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por **entidades públicas ou privadas**, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1907&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis&so_miolo=) Acesso em 30/06/2021

partes, aproximando-se uma da outra. O mediador, conforme observação de Francisco Cahali<sup>13</sup>, “não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções”.

Interessante ponderação realizada pela doutrinadora portuguesa Mariana França Gouveia<sup>14</sup>, ao se manifestar sobre a mediação onde ressalta que “o mediador auxilia as partes a comunicarem, conduzindo-as ao caminho do acordo que entendam possível ou adequado”, sendo o mesmo um facilitador, que colocará “as partes no trilho seguro”, não deixando as mesmas terem seus interesses prejudicados<sup>15</sup>.

Para que se desenvolva a mediação na resolução dos conflitos, faz-se necessário observar como elemento essencial a **autonomia das vontades** a serem manifestadas pelas partes, uma vez que a mesma constitui o vetor de direcionamento principal na aplicação do instituto. Não poderá transcorrer uma mediação se as pessoas não se submeterem voluntariamente ao procedimento. Outra diretriz a ser pontuada na mediação é o manto da confidencialidade, uma vez que, de acordo com Adolfo Braga Neto<sup>16</sup>, “as informações, fatos, relatos, situações, propostas e documentos trazidos, oferecidos ou produzidos ao longo de seu processo serão cobertos pelo sigilo”, estando devidamente proibidos o acesso as pessoas que não participaram do mesmo.

Há de se reconhecer que a mediação possui papel importante de pacificação social com um viés autocompositivo, exercido em um ambiente de voluntariedade, sendo que o mediador, sujeito dotado de imparcialidade, irá desencadear/promover um comportamento de facilitação para fase resolutiva de uma controvérsia. A mesma não poderá ter como única visão a finalização através de um acordo, mas acima de tudo, deverá promover uma solução que traga satisfação às partes envolvidas na situação/conflito<sup>17</sup>.

Acima citado, no Brasil a mediação foi oficializada, apesar de ampla discussão doutrinária anterior, pela lei n. 13.140/15 (após imenso percurso temporal nas casas

---

<sup>13</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 48

<sup>14</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.50.

<sup>15</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>16</sup> BRAGA Neto, Adolfo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.14.

<sup>17</sup> SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e Braga Neto, Adolfo. **O que é mediação de conflitos?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.22.

legislativas). Não se pode negar que há uma certa linha de intimidade entre o Código de Processo Civil brasileiro (datado de 2015, também) e a lei de mediação, sendo esta com direcionamento extrajudicial, e aquele a ser aplicado nas demandas judiciais. Os dois instrumentos possuem mecanismos de interação quanto às suas aplicações. Ponto de acréscimo a ser esclarecido, é que os instrumentos principiológicos, caracteres e as técnicas da mediação extrajudicial, se aplicam também quando da atuação da mesma no âmbito do Poder Judiciário.

Alguns princípios da mediação merecem atenção pelo grau de importância que os mesmos imprimem a este mecanismo de resolução alternativa de conflitos. Tais estão previstos tanto no artigo 2º<sup>18</sup> da lei de mediação, quanto no artigo 166<sup>19</sup> do Código de Processo Civil brasileiro.

A autonomia da vontade das partes pode ser considerada um princípio de suma importância para a mediação, uma vez que a mesma inicializa de uma estrutura totalmente voluntária quanto ao exercício da utilização não obrigatória pelos mediados, bem como o atributo que as partes possuem de escolher o mediador, inclusive delimitando o assunto a ser abordado na condução do procedimento. Não se pode deixar de dar destaque, previsto tanto na lei de mediação quanto no CPC, direcionado ao mediador, é que o mesmo deverá exercer seu ofício de forma imparcial, afastando-se quando da sua atuação de aplicar suas valorações pessoais quanto ao comportamento das partes, sendo proibido de manifestar preferência a qualquer das partes que procuram a resolução da controvérsia.

No que tange à voluntariedade aplicada como uns dos pilares centrais da mediação, não se pode ignorar que algumas Nações instituem a mesma de maneira obrigatória (mecanismos especiais). Doutrinadores portugueses entendem que imposições dessa magnitude chegam a colocar em dúvida a existência deste meio de resolução alternativa de conflitos, tendo em vista a desconformidade com a Constituição da República Portuguesa. Em primeiro plano, ocorrerá séria violação ao “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (artigos 20º e 268º da CRP), uma vez que não há previsão vinculativa para que o Estado pague as custas quando

---

<sup>18</sup> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm) Acesso em 29/06/2021.

<sup>19</sup> Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 29/06/2021

umas das partes for hipossuficiente. Já noutra panorama, tornar obrigatória a mediação poderá fulminar o direito fundamental à “plenitude de acesso aos tribunais”<sup>20</sup>.

O exercício da mediação exige que o mediador não possua relação/vínculo com qualquer das partes envolvidas na demanda, sendo que o mesmo é obrigado a externar qualquer situação/estado que poderia colocar em avaliação/apreciação referida independência. O mediador deverá demonstrar a efetividade da credibilidade que as partes depositaram no mesmo, devendo ser transparente ao máximo. Deverá ser competente (expertise) para desenvolver a matéria submetida ao mesmo, podendo ser de alta complexidade, exigindo conhecimento multidisciplinar (diversificação no que tange às áreas de conhecimento). Assim sendo, referido profissional somente poderá adentrar no bojo da controvérsia ciente de que conseguirá conceder uma resolutividade no nível de exigência da problemática apresentada.

Torna-se de significativa importância esmiuçar a esfera de abrangência do instrumento em testilha. Ao contrário de outros, a mediação utilizada para chegar à resolutividade de um conflito não fica limitada aos direitos disponíveis, ou aqueles que são indisponíveis, mas admitem um viés de transacionalidade que pode ser concretizada em várias situações, exigindo-se somente que as partes sejam os “potenciais titulares de direitos” (capacidade civil e gozo das faculdades físicas e mentais)<sup>21</sup>.

Possuindo um leque de aplicação alargado, afirma-se que a mediação é um instrumento de modificação conflituosa com vocação para dissipar até mesmo controvérsia nas demandas que envolvam direito de família (separação, divórcio, alimentos, adoção, etc.). Poderá ser inserta também nas demandas empresarias e civis em geral.

Antes de adentrarmos na esfera de aplicação da mediação no polígono do direito público, vale esclarecer que no Brasil foi publicada a Resolução n. 125/2010 pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça – órgão integrante do Judiciário brasileiro), onde a mesma passou a tratar sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, tendo uma participação muito destacada da Dra.

---

<sup>20</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. pp. 48/49 ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>21</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.166



Valéria Lagastra, sendo esta de reconhecida atuação na temática de meios amistosos de resolução de controvérsias<sup>22</sup>.

A motivação por si só já é bastante esclarecedora: a forte crise estabelecida nos órgãos julgadores oficiais, derivada da alavancagem processual que estava se avolumando, incrementada pelas objeções repetitivas que chegavam às portas do Judiciário brasileiro, além dos imensuráveis conflitos sociais que se expandiam.

Na época, o professor Kazuo Watanabe, de destacada atuação na elaboração da referida Resolução, chegou a pontuar que o objetivo maior seria a “solução mais adequada dos conflitos de interesses”, sendo que o marco decisivo para tal intuito seria permitir que as partes ficassem como agentes ativos (atuantes) na busca de resolutividade para suas controvérsias, culminado com a existência de uma “justiça coexistencial<sup>23</sup>”.

Com a publicação da Resolução n. 125/2010 do CNJ, afirma-se que se alicerçou no Brasil o que podemos denominar de **Tribunal Multiportas**. Por meio de tal veículo instrumental, o ordenamento jurídico do país disponibiliza aos cidadãos outras formatações de resolução alternativa de demandas que não sejam unicamente originárias do Poder Judiciário (sentenças judiciais), permitindo que se exerçam, e até se valorizam com certos destaques, meios consensuais para o estabelecimento da paz social.

Cada meio deferido pelo Estado à sociedade na esfera dos Tribunais Multiportas (mediação, conciliação, etc.), representa uma entrada (“porta”) em que os interessados irão escolher a utilização mais conveniente para resolução de suas controvérsias apresentadas. Não se pode negar que a Resolução n. 125/2010 do CNJ (Tribunal Multiportas) trouxe um certo conforto para a sociedade no que tange à resolução de suas demandas, consolidando uma evolução incontestável, chegando ao ponto de a mesma exercer papel fundamental na promulgação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (viés de acentuada consensualidade).

Retornando para o foco da aplicação da mediação no cotejo com as demandas administrativas, vale frisar que a Resolução (125/2010) acima explorada não chegou a tratar

---

<sup>22</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 64.

<sup>23</sup> WARANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: Moraes, Mauricio Zanoide; Yarshell, Flávio Luiz (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo:DPJ, 2005. P. 684-690.

especificamente sobre a temática (aplicação dos modelos extrajudiciais de resolução de demandas em relação ao poder público).

De qualquer forma, a mesma exerceu certa influência (acima tratado) no novo Código de Processo Civil (2015), chegando ao ponto dele, em seu artigo 174<sup>24</sup> promover destaque ao instituto da mediação, autorizando ou estabelecendo como diretriz primordial aos entes políticos a criação de “câmaras de mediação e conciliação”, enfatizando que a atuação das mesmas seriam direcionadas para o estabelecimento de uma política de pacificação social instrumentalizada na solução consensual de conflitos, adentrando na seara do direito público (administrativo), inclusive elencando os devidos objetivos nos incisos que seguem a previsão legal.

O grande avanço jurídico (inclusive na área do direito administrativo) dada à mediação no ordenamento brasileiro veio com a promulgação da Lei n. 13.140/15 (marco legal da mediação<sup>25</sup>). A mesma enfatizou tão incisivamente a resolução autocompositiva no âmbito da Administração Pública que reservou um comando (capítulo II) específico para tratar da temática.

Focando mais os conflitos que envolvem a Administração Pública Federal, o órgão responsável pela atuação autocompositiva (extrajudicial) será a Advocacia-Geral da União. Não se pode furtar da afirmação de que a maior responsável por demandas judiciais no Brasil é a Administração Pública, principalmente a União. Nesse panorama, mesmo ainda em fase inicial, pode-se afirmar que a utilização da mediação para resolver controvérsias públicas será de grandeza salutar, tanto por desviar a linha de atuação do Poder Judiciário nos respectivos processos, quanto por promover a pacificação social em meio à uma sociedade que clama por celeridade na apreciação de suas causas.

Vale ressaltar que, apesar de já citada acima a lei de mediação portuguesa, item relevante a ser realçado está no artigo 202º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa, onde

---

<sup>24</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 30/06/2021

<sup>25</sup> RAMOS, Carlos Henrique. **O Novo CPC, Mediação e a Administração Pública**. In: Mediação e Arbitragem na administração pública. / Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (orgs.) – Curitiba: CRV, 2018, p. 77.

ênfâtizou-se de forma expressa que o legislador institucionalizaria meios (formas/instrumentos) de resolução de demandas de forma tangencial ao Poder Judiciário<sup>26</sup>.

Creemos que o instituto da mediação, como um veículo de resolução alternativa de conflitos de grau significativo adotado tanto por Portugal quanto pelo Brasil, produz uma efetiva dissipação de conflitos em meio à sociedade, canalizando as demandas para meios mais harmônicos de resolutividade. Não foi sem justificativa alguma que a Organização das Nações Unidas (ONU), através de sua Assembleia Geral, aprovou em 1985, a Resolução n. 40/34, chancelando o entendimento que a mediação seria um instrumento eficaz para se promover a resolutividade de demandas no meio social.

Avançando nos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, no próximo subitem iremos tratar da conciliação, instrumento adotado tanto no Brasil quanto em Portugal.

A **conciliação**, assim como a mediação, é um meio de resolução alternativa de conflito, decorrente da autocomposição, em que se valoriza a vontade expressada dos sujeitos envolvidos. Por meio de tal mecanismo, diferentemente do mediador, o conciliador possui uma atuação mais incisiva quanto às partes, mas mantendo a neutralidade e imparcialidade, inclusive apresentando sugestões e buscando acordos para resolução definitiva do litígio.

Aldemir Buitoni<sup>27</sup> retrata que o “conciliador, seja Juiz ou não”, ficará na superficialidade do problema, não procurando saber os enlances que originaram o conflito, devendo atuar mais no sentido de focalizar um acordo entre as partes, inclusive demonstrando as vantagens das concessões recíprocas.

Não se deve negar que a conciliação, de forma histórica, possui certo entrelaçamento com o Poder Judiciário, uma vez que sempre foi colocada em prática durante a tramitação dos processos judiciais, devendo-se ressaltar que a cada dia a mesma vem alargando espaço como metodologia de resolução extrajudicial de demandas.

Ao final, de forma técnica, o que se entende por conciliação? Inegável que o ato conciliatório retrata um trabalho de conscientização quanto ao interesse das partes envolvidas,

---

<sup>26</sup>Artigo 202º, nº 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=4A0202&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0202&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo) Acesso em 30/06/2021.

<sup>27</sup> BUITONI, Aldemir. **Medir e Conciliar: as diferenças básicas**. *Jus Navegandi*, n. 2707, ano XV, Teresina, nov. 2010, p.13. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>. Acesso em 07/11/2019.

oportunizando às mesmas que tenham uma identificação clara da demanda envolvida, “abrindo” espaços no intuito de se “encontrar opções para resolver<sup>28</sup>” os litígios que se apresentam.

Deverá o profissional demonstrar às partes as vantagens que se obtém ao adotar o viés conciliatório, inclusive esclarecendo as variáveis de riscos que se impõem caso o conflito venha a ser deliberado pelo Poder Judiciário. Francisco Cahali<sup>29</sup> afirma que o conciliador deverá zelar pela criação de um “ambiente propício no intuito de se superar qualquer animosidade”, sendo as partes instigadas a encontrarem a melhor solução que não traga prejuízos às mesmas<sup>30</sup>.

O conciliador deverá ser um profissional adepto à criatividade de meios para se sanar problemas que se apresentam ao mesmo, uma vez que apresentará opções de resolução da insatisfação submetida à sua apreciação, atuando de forma equilibrada.

Assim, tanto o lançamento de propostas para finalizar a demanda de forma satisfativa, quanto o objetivo maior de se obter uma composição equilibrada e amigável, são atributos essenciais da atividade conciliatória, indispensáveis na concretização do instrumento. Por isso se diz que o conciliador possui uma “intervenção ativa<sup>31</sup>”, uma vez que deverá apresentar soluções. Ressalte-se que os princípios que regem a atividade do conciliador são semelhantes ao do mediador, anteriormente tratado.

Ponto de suma importância a ser esclarecido, principalmente quanto à mediação, é que o foco principal da conciliação está na solução da demanda apresentada, enquanto que naquela, o vetor primordial, é o restabelecimento de uma convivência equilibrada entre as partes, podendo finalizar com um ato compositivo ou não (apesar desta finalidade ser implícita). Assim sendo, pode-se afirmar que a conciliação possui uma “linguagem binária, focada na procedência ou improcedência, culpado ou inocente<sup>32</sup>”.

---

<sup>28</sup> TARTUCE, Fernanda. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.210.

<sup>29</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 49

<sup>30</sup> Diógenes Júnior, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>31</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. **Soluções alternativas de resolução de conflitos, em especial a arbitragem**. Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, S.A, 2011, pp.861/862.

<sup>32</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. P. 122 e 123.

Há também uma margem diferencial entre conciliação e mediação quando se trata da origem do conflito, sendo que tal assertiva foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro ao tratar da situação no artigo 165, §§ 2º e 3º<sup>33</sup> do Código de Processo Civil. As demandas de atuação dos conciliadores, de forma preferencial, serão aquelas em que não há vínculo anterior entre os sujeitos, lançando sugestões para resolutividade da mesma.

Por outro lado, o mediador terá atuação preferencial nos conflitos em que já haviam vínculos entre as partes, sendo o mesmo um esclarecedor da situação posta, auxiliando as partes a identificarem as soluções consensuais mais convenientes para realização do ato autocompositivo.

Talvez, quando do exercício prático da conciliação e da mediação, surja por parte dos profissionais (conciliador e mediador) um certo grau de dificuldade para se alinhar integralmente aos conceitos antes sugeridos, sendo improvável que o terceiro envolvido na autocomposição<sup>34</sup> consiga se manter fiel às balizas conceituais antes fixadas, limitando-se somente a auxiliar sem lançar soluções concretas, no intuito de se chegar a um resultado útil para as partes.

Alinhando com que antes dito sobre a mediação, com a publicação do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15) ficou patente e notório o estímulo legislativo pela utilização da conciliação, inclusive na via judicial, conforme pode ser retratado no artigo 3º, §3º<sup>35</sup>. Cumprindo tal desiderato, o legislador reservou no Novo CPC uma seção específica para tratar a respeito dos conciliadores e mediadores judiciais, podendo ser vislumbrada entre os artigos 165 e 175.

---

<sup>33</sup> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 2º O **conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes**, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O **mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 01/07/2021

<sup>34</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação** / Luiz Antonio Scavone Junior. – 8. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 300

<sup>35</sup> Artigo 3º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 01/07/2021

Um diferencial negativo que vale à pena destacar é que no Brasil não temos uma legislação específica (ao contrário da mediação) que trate do tema da conciliação extrajudicial, devendo-se “lançar mão”, quando da atuação prática, da lei reguladora da mediação e do CPC.

Interessante esclarecer que alguns países<sup>36</sup> passaram a utilizar a conciliação como uma técnica de mediação, ausentando de elaborar normas legislativas para os dois instrumentos de resolução de demandas na modalidade autocompositiva.

Especificamente quanto à ingerência da conciliação no campo de atuação do Direito Administrativo, há de se esclarecer que o novo CPC trouxe previsão expressa em seu artigo 174<sup>37</sup>, facultado a utilização da conciliação nas demandas públicas (que envolvam a União, Estados, Distrito Federal e Município).

Na esfera federal, desde 2007 já existe a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF)<sup>38</sup>. Tal organismo foi instituído no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), instituição que promove a defesa judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações, e vem a cada dia institucionalizando a conciliação e a arbitragem no âmbito da Administração Pública como uma forma de resolução alternativa de conflitos.

Tal Câmara (CCAF) possuiu no seu escopo inicial, como visão primordial, a redução, ou até mesmo a prevenção, de demandas conflituosas entre a União, Autarquias, Fundações, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas Federais, sendo que posteriormente, com a ampliação do seu objeto, passou-se a acolher litígios entre a Administração Pública Federal e as Administração Pública dos Estados e Municípios.

No âmbito do direito português, podemos detectar a presença da conciliação lastreada no Código de Processo Civil (artigo 594<sup>39</sup> CPC) como um procedimento a ser

---

<sup>36</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 52.

<sup>37</sup>Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão **câmaras de mediação e conciliação**, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em 01/07/2021

<sup>38</sup> A CCAF (Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal) foi institucionalizada pelos Ato Regimentais n. 05/2007 e 02/2009, sendo posteriormente sua estrutura delimitada pelo Decreto 7.392/2010.

<sup>39</sup>Artigo 594.º (artigo 509.º CPC 1961). Tentativa de conciliação.

1 - Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, **tentativa de conciliação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna**, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais que uma vez.

realizado pelos juízes nos Tribunais de forma discricionária nas audiências preliminares, ao contrário do que ocorre na audiência final (artigo 604º do CPC), onde o magistrado deverá obrigatoriamente conduzir a uma tentativa de conciliação, como acontece nos julgados de paz (artigo 26º da Lei dos Julgados de Paz)<sup>40</sup>.

O ato de negociar interage de forma constante no meio da sociedade, em todos os locais de ocupação humana que se possa imaginar. É através deste meio de resolução de demandas que se consegue “o que se quer de alguém”<sup>41</sup>, em todas as esferas possíveis, sendo que a maioria das decisões provêm da utilização da negociação.

Como meio de resolução alternativa de conflitos, a **negociação**, diferentemente da mediação e conciliação, não se utiliza dos conhecimentos e intervenção de um terceiro, sendo que as próprias partes procuram resolver seus litígios, também dentro de um cenário autocompositivo.

Para que se possa desenvolver um estudo mais profundo sobre os outros métodos de resolução de conflitos de forma extrajudicial (modalidade consensual e autocompositiva – mediação e conciliação) torna-se “indispensável conhecer as técnicas e ferramentas de negociação”<sup>42</sup>.

Todos os meios de resolução alternativa de conflitos possuem uma fase negocial, como por exemplo quando se propõe um instrumento de convenção de arbitragem, onde as partes tendem a optar por uma via conciliatória, ou até mesmo ao realizarem um acordo pela mediação. Conforme delineado por Mariana França<sup>43</sup>, “a negociação não teria o seu lugar enquanto um meio por excelência, ou seja, com princípios e técnicas próprias”, devendo a mesma ser analisada sob um prisma de uma simples fase dos procedimentos resolutivos.

Assim, a negociação não seria um meio autônomo de resolução extrajudicial (consensual) de conflitos, mas uma fase necessária para se chegar aos demais métodos (mediação, conciliação, etc.), sendo que alguns estudiosos defendem que seria de natureza

---

3 - **A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio.**

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)  
Acesso em 01/07/2021

<sup>40</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.109.

<sup>41</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p.15

<sup>42</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.129

<sup>43</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.42

salutar o conhecimento de “técnicas e estilos de negociação<sup>44</sup>” para utilização da mesma no exercício profissional, principalmente dos juristas.

Necessário ressaltar que apesar de se defender que a negociação deverá ser entendida ordinariamente como um meio de resolução de conflitos em que não ocorrerá a intervenção de terceiros, sendo exercida pelos próprios interessados, não existe impedimento algum que o sujeito estranho às partes, promova alguma espécie de auxílio, denominado este de negociador<sup>45</sup>. Conforme ressaltado por Francisco Cahali<sup>46</sup>, nesse caso, o “terceiro não será um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas, e em nome desta, defenderá seus interesses”.

Vale frisar também que a negociação não se confunde com a arbitragem, uma vez que tais instrumentos apresentam características diferenciadas. Por ter “natureza adjudicatória”<sup>47</sup>, uma vez que as partes atribuem o poder de decidir a um terceiro, a arbitragem não possui semelhança nesse ponto com a negociação, sendo que nesta, nenhum terceiro poderá chegar a impor a resolução de demandas que não seja um acordo das próprias partes. Assim sendo, pode-se enfatizar que a negociação é um procedimento que preza pela voluntariedade das partes na finalização do litígio.

Foi nos Estados Unidos que se desencadeou o movimento científico pelo estudo da negociação como meio consensual de solução de conflitos, especialmente na Universidade de Harvard, sendo hoje uma instituição norte americana que concedeu atenção especial à investigação dos meios extrajudiciais de resolução de demandas, primordialmente à negociação e à mediação<sup>48</sup>.

Quanto aos modelos, podemos afirmar que, regra geral, os mesmos podem ser classificados em negociação competitiva e cooperativa<sup>49</sup>. Há pontos que indicam diferenciação clara entre as duas modalidades, principalmente quanto ao resultado que as partes estão

---

<sup>44</sup> BROWN, H. J., & MARRIOTT, A. L. (1999). *ADR principles and practice*. London: Sweet & Maxwell. 1999, p. 104

<sup>45</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autônoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>46</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 47

<sup>47</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 53. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>48</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.42

<sup>49</sup> JESUÍNO, Jorge Correia. **A negociação: estratégias e táticas**. 3ª ed, Lisboa: Texto, 2003. p. 15 - ISBN 972-47-0362-22003.



pretendendo, onde este irá guiar o comportamento dos envolvidos para alcançar aquele desiderato.

No modelo competitivo (estilo adversarial), não se busca a resolução do problema em si, mas sim uma disputa entre os negociadores, com um resultado configurado no viés de que um ganha e o outro perde, visando cada um obter a maior vitória sobre o outro.

Por outro lado, na modalidade cooperativa, a negociação é centralizada (como premissa maior) na resolução do problema, analisando a relação entre as partes, agregando os devidos valores necessários, focando as vantagens para serem colhidas por ambos os sujeitos (atenção especial ao comum, e não ao comportamento egoístico de qualquer dos sujeitos). Referida modalidade, posteriormente foi denominada de negociação de princípios, onde passou-se a focalizar o mérito principal da problemática apresentada, “evitando um processo de discussão centrado<sup>50</sup>” no que os sujeitos pretendiam ou não realizar.

Tal modelo (negociação centrada em princípios) foi bastante aprofundado no Programa de Negociação de Harvard (PON)<sup>51</sup>, sendo Roger Fisher e William Ury os estudiosos que “lançaram” ideais para se ter uma via alternativa à acirrada discussão que surgiu entre a *hard* ou *distributional bargaining* (negociação competitiva) e a *soft bargaining* (negociação cooperativa). Foi aí que surgiu a obra literária “Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões”, lançada em 1981, baseando-se a mesma em quatro diretrizes ou grupos de ideias: pessoas, interesses, opções e critérios.

Quando os autores retratam as pessoas como um critério a ser trabalhado, significa que o alvo principal a ser focado é o problema, e não os sujeitos que participam daquela relação em testilha. No que tange aos interesses, deve procurar desvendar os mesmos, não meramente a posição das partes, investigar o que se tem por detrás daquela situação, e que poderá ser elemento motivador, sendo que os interesses, após descobertos, poderão até ser comuns e conciliáveis, ou controversos/conflitantes.

Em um momento avaliativo, deverá surgir um arcabouço de opções em que se possa realçar os interesses comuns e procurar meios de neutralizar e promover de maneira inteligente os interesses conflitantes. No trato da negociação, as partes envolvidas devem pautar

---

<sup>50</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como conduzir uma negociação? como negociar um acordo sem desistir**. Tradução: Maria João Goucha. 6ª ed. – Porto: Asa, 2003, p. 35-40. ISBN 972-41-1135-0

<sup>51</sup> GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ªed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.133

as condutas em regras e padrões (critérios) objetivos, afastando-se do elemento volitivo (subjetivo) dos sujeitos envolvidos, tentando ao máximo extrapolar os “impasses baseados numa postura agressiva ou defensiva das partes<sup>52</sup>”.

Percebe-se que, pelos articulados expostos neste contexto sobre a negociação, a mesma detém um grau de importância na temática da resolução alternativa dos conflitos, uma vez que os atributos e ferramentas poderá/deverá ser utilizadas como meios para se chegar a resultados efetivos na mediação, conciliação, arbitragem, etc.

Além dos meios de resolução extrajudicial de conflitos até aqui expostos, trataremos nos próximos itens e capítulos sobre a arbitragem, com foco em sua aplicação nas relações jurídicas administrativas tanto no Brasil quanto em Portugal, bem como, deixaremos para um estudo mais detalhado (último capítulo), o mecanismo do *dispute boards*, modelo autônomo de resolução de conflitos que se coaduna, em nível de excelência, com a eficiência administrativa, e que tem recebido um tratamento louvável no Brasil.

## **1.2 Arbitragem: uma noção geral**

No comando anterior enfatizou-se os meios de resoluções alternativas de demandas (formatação extrajudicial) - inclusive quando a Administração Pública for parte e houver possibilidade de utilização dos mecanismos - onde retratamos estudo sobre mediação, conciliação, negociação.

Em diante, focaremos a investigação na arbitragem (também meio de resolução de conflitos de natureza extrajudicial), tratando do tema de forma ampla sobre o instituto, inclusive realizando uma análise sobre o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial da mesma. Ao final, dedicaremos uma atenção investigativa ao tema do *dispute boards*.

A arbitragem é um método de resolução de conflitos utilizado não somente no Brasil e Portugal, mas sim um instrumento globalizado, tendo sua importância um destaque vertiginoso.

Pode-se destacar a mesma (a ser melhor explorado em sub tópico seguinte) como um método de resolução de demandas em que as partes que se encontram em alguma situação

---

<sup>52</sup> CRUYPLANTS, Jean; GONDA, Michel e WAGEMANS, Marc. *Droit et Pratique de la Médiation*, 2008, p. 182.

conflituosa “buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial”<sup>53</sup> da problemática posta para resolutividade, possuindo uma natureza heterocompositiva, ao contrário do que se sucede com os demais mecanismos de resolução alternativa de conflitos (mediação, conciliação e negociação).

Torna-se inviável se afastar dos posicionamentos doutrinários para aclarar a conceituação de arbitragem. Nos termos propostos por Carlos Alberto Carmona, a arbitragem possui uma modelagem de meio alternativo de resolução conflituosa, em que as partes optam pela “intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes em uma convenção privada”<sup>54</sup>, decidindo a relação posta sem a intervenção estatal, apesar da sentença passar a produzir efeitos de pronunciamento judicial.

Interessante ponderação realizada por Selma Maria Lemes<sup>55</sup> quando a mesma ressalta que a arbitragem poderá ser tratada como um “meio extrajudiciário de solução de conflitos” onde os sujeitos conflitantes, de forma livre, via comum acordo, submetem a demanda à uma terceira pessoa (árbitro).

Sendo assim, pode-se entender a arbitragem como um instrumento de resolução heterocompositiva de demandas conflituosas, em que os sujeitos envolvidos no enlace litigioso lançam “mão” da faculdade deferida pelo Estado para que um terceiro sujeito (árbitro) se pronuncie de forma imparcial sobre a solução a ser delineada na demanda objeto de apreciação<sup>56</sup>.

No Brasil, o ato normativo que regulamenta a arbitragem de maneira geral é a Lei n. 9.307/96, devendo-se ressaltar que a mesma foi palco de muitos questionamentos, até ter sua constitucionalidade fixada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) quando do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ponto a ser esclarecido mais à frente é que referida lei traz algumas restrições quanto à utilização do instrumento no procedimento arbitral interno, sendo a mesma aplicada somente a direitos patrimoniais e disponíveis.

---

<sup>53</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, vol. I. p.169

<sup>54</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.31

<sup>55</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.59

<sup>56</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autônoma de Lisboa. Novembro de 2019.

Visando consolidar a possibilidade de utilização da arbitragem quando envolver a Administração Pública, em 2015 a lei de arbitragem brasileira passou por uma alteração, ficando assentado no artigo 1º, §1º<sup>57</sup> que o Estado poderá utilizar a “arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Já em Portugal, país de tradição romano-germânica que tem grande afinidade com a utilização da arbitragem como mecanismo de resolução alternativa de conflitos, a aplicação da mesma na esfera da Administração Pública está em um processo de amadurecimento mais robusto do que no Brasil, sendo a mesma de aplicabilidade ampla, salvo algumas exceções previstas no próprio ordenamento jurídico.

No nível constitucional, a instituição de tribunais arbitrais está consolidada no artigo 209º, número 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976. Desde há muito tempo, o Supremo Tribunal Administrativo (STA)<sup>58</sup> entende que vários litígios (relações jurídicas de direito privado na Administração; litígios delimitados por questões contratuais refletidas em instrumentos administrativos; discussões relacionadas à responsabilização civil atinentes a atos de gestão pública, etc.) que envolvam a Administração Pública em Portugal poderão ser submetidos ao juízo arbitral, ressaltando-se que esses entendimentos do Poder Judiciário foram consolidados na Lei n. 63/2011 (Lei de Arbitragem Voluntária), artigo 1º, número 5<sup>59</sup>.

Apesar de ser objeto de estudo específico nesta dissertação (capítulo 3), avançando na regulamentação do instituto no campo do direito português, em 2015 o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) passou a prever no artigo 180º várias matérias relacionadas à Administração que podem ser objeto de apreciação pelo juízo arbitral. Interessante registrar que referido artigo passou por mais uma alteração recentemente (Lei n. 118/2019 de 17/09/19).

A título de informação, uma vez que a discussão será detalhada mais à frente, o Código de Contratos Públicos – CCP (Decreto-Lei nº 18/2008) passou por uma reforma em 2017 (tendo sido a mesma concretizada pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017), sendo que o artigo

---

<sup>57</sup> 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.** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm) Acesso em 01/07/2021.

<sup>58</sup> Neste ensejo, conferir o Acórdão assentado pelo STA em 14/05/1988, nos autos do processo n. 42938.

<sup>59</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira.** Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

476º foi inserido ao ato legislativo para prestigiar a arbitragem institucional quando do trato com a Administração Pública.

### 1.3 Da conceituação doutrinária de arbitragem

A arbitragem tem-se destacado como um dos mecanismos mais eficazes quando se trata de resolução de conflitos fora do circuito judiciário, uma vez que, pela própria ênfase que se adere à sua conceituação, tal meio possui atributos que concedem vantagens imensuráveis às partes.

A arbitragem está calcada em pilares conceituais, tratando-se de uma temática densa de desdobramento entre os doutrinadores. Em solo brasileiro, tem-se destacado a definição do instituto através do doutrinador Carlos Alberto Carmona<sup>60</sup>, em que o mesmo conceitua referido instrumento enfatizando seus elementos. Arbitragem, sendo um meio alternativo de solução de controvérsias, perfaz-se quando o profissional (podendo ser um ou mais árbitros), recebe poderes das partes, através de um instrumento particular (convenção de arbitragem), para emitir juízo sobre determinada demanda, fora da esfera do Poder Judiciário, sendo que o produto final (decisão) irá produzir eficácia de pronunciamento judicial.

José Luis Esquivel, ao tratar da conceituação de arbitragem, ressalta seus elementos destacando que referido meio de propagação de justiça, através da resolução de litígios, dá-se fora dos quadros da justiça estatal, também denominada de jurisdição pública (oficial)<sup>61</sup>.

Ao abordar os aspectos da conceituação de arbitragem, interessante o brilho que Selma Lemes<sup>62</sup> destaca ao instituto, dando ênfase comparativa à decisão exarada no âmbito do processo arbitral e no processo judicial, concluindo que a decisão emanada da justiça arbitral produziria os mesmos efeitos da sentença originada da justiça pública (estatal). Segundo a doutrinadora, a arbitragem, também sendo um meio alternativo de resolução de demandas, se perfaz quando as partes, de forma livre e em comum acordo, elegem terceiros (tribunal arbitral) para exararem pronunciamentos que irão conceder resolutividade definitiva à determinada

---

<sup>60</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.31

<sup>61</sup> ESQUIVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75-76.

<sup>62</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.61

demanda, sendo que, em tese, o Poder Judiciário ficaria impossibilitado de rever referidas decisões arbitrais.

Interessante a abordagem realizada por Roque J. Caivano<sup>63</sup>, principalmente ao realce dado ao instituto antes de sua devida conceituação. Segundo o mesmo, arbitragem seria uma conformação de jurisdição privada, em que se afastaria a atuação oficial (estatal/pública) por vontade das partes ou até mesmo por imposição legislativa (excepcionalmente – arbitragem necessária), sendo os árbitros investidos de poderes que são inerentes aos membros do Judiciário quando da atuação para se resolver demanda de um caso concreto.

Nos termos elencados por Roque Caivano, quando do trato da conceituação de arbitragem, o mesmo ressalta que na doutrina estrangeira, principalmente na argentina, tem-se dado ênfase às características do instrumento, chegando a afirmar que alguns estudiosos entendem não ser da maior importância a conceituação de arbitragem.

Apesar de toda ênfase de estudos dada pelo respeitável doutrinador acima citado, entende-se de suma importância frisar um elenco conceitual do instituto da arbitragem, não se desnaturando que quando da abordagem, poderá ocorrer de um ou mais estudiosos do tema impor um brilho mais acentuado em determinada característica do instituto, ou conceder uma conceituação mais elástica ao tema. Tais especificidades não poderão extinguir a importância da conceituação de arbitragem.

Arraigado nos termos lançados pelos estudos doutrinários, podemos definir a arbitragem como um meio ímpar de resolução alternativa (extra Poder Judiciário) de conflitos, em que as partes (pretensos litigantes) nomeiam árbitros (ou tribunal arbitral) para exararem pronunciamentos que irão produzir resolutividade definitiva à determinada lide, sendo tais atos, em regra, blindados de apreciação judicial.

#### **1.4 A natureza jurídica da arbitragem**

De longo tempo tem sido a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem, sendo que os estudiosos, de forma bastante esmerada, tentam formatar qual seria a prevalência jurídica deste instrumento.

---

<sup>63</sup> CAIVANO, Roque J. **Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 49.

Ao se tratar de natureza, com foco em sua terminologia jurídica, estamos ressaltando a importância, ou “a essência, a substância ou compleição das coisas”<sup>64</sup>, sendo que na arbitragem, seria o aspecto originário do instrumento (contratual ou jurisdicional), ou híbrido (dúplice).

No Brasil, com a publicação da Lei n. 9307/96 (lei de arbitragem), os doutrinadores entendem que a discussão acabou tendo um avanço de aceitação, ainda que parcial.

Destaca-se que temos ao menos quatro teorias que circundam a arbitragem no intuito de se definir sua natureza jurídica, sendo elas a privatista (com um viés contratual), jurisdicionalista (dando ênfase ao aspecto publicista da arbitragem), mista (ou intermediária – caracterizada pelo seguimento contratual e público ao mesmo tempo), e por último, a teoria autônoma.

A **teoria contratualista (ou privatista)**, entendendo que o compromisso ou a cláusula arbitral seria proveniente de um acordo entre as partes (contrato), pronuncia a arbitragem como sendo produto de um negócio jurídico. Tal teoria está arraigada ao aspecto originário do instrumento.

A arbitragem significaria somente uma exteriorização da manifestação contratual anteriormente entabulada pelas partes em que as mesmas teriam decidido que na ocorrência de eventual situação conflituosa, tal seria submetida a um árbitro. Este não teria o poder de execução e imposição dos seus pronunciamentos<sup>65</sup>, estando totalmente ausente de natureza jurisdicional.

Tal teoria perdeu suas bases de sustentação quando afirmava que a sentença arbitral não poderia ter força alguma sem a chancela do Poder Judiciário (via homologação do laudo arbitral).

Com a publicação da legislação especial (Lei n. 9.307/96), os pronunciamentos emanados pela atuação arbitral não necessitam mais de homologação da justiça estatal, sendo

---

<sup>64</sup> PLÁCIDO E SILVA, O. J. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.550

<sup>65</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 134.

os mesmos considerados títulos executivos judiciais (artigo 31<sup>66</sup> da lei de arbitragem), afirmação esta acolhida pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro (artigo 515, inciso VII<sup>67</sup>). Vale ressaltar que antes mesmo deste arcabouço legislativo já existiam respeitáveis vozes doutrinárias entendendo que o laudo arbitral não necessitaria de homologação pela justiça estatal, destacando-se Alberto Carmona<sup>68</sup>.

Apesar de ainda se manter uma linha de atuação defensiva da teoria contratualista, como podemos destacar Silvio Salvo Venosa<sup>69</sup>, as principais bases argumentativas perderam força com a evolução legislativa do tema, principalmente pela desnecessidade de ser ter uma atuação judicial posteriormente. Vale ressaltar que não se pode negar um pacto contratual quando da elaboração da arbitragem (fase antecedente).

A **teoria jurisdicionalista (ou publicista)** destaca que a arbitragem possui vínculo de natureza jurisdicional. Segundo a mesma, os órgãos julgadores, e aqui seriam tantos os juízes quanto os árbitros, teriam atribuições emanadas do Estado por autorização legislativa para resolverem litígios de forma definitiva. Muito bem destacado por Ana Tereza Basílio<sup>70</sup>, ao ressaltar que os membros de composição arbitral teriam poderes de uma “jurisdição extraordinária” enlaçada no caráter público.

Não se poderia emitir valoração diferenciada quanto às sentenças proferidas pelo membro da justiça estatal e do tribunal arbitral, ressaltando Nilton Costa<sup>71</sup> que ao se conferir esta natureza jurídica à arbitragem, estaria assemelhando a mesma à uma jurisdição estatal, inclusive sendo as duas finalizadas com objetivos semelhantes, resolução de conflitos por um terceiro.

---

<sup>66</sup>Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. **Acesso em 11/09/2021.** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)

<sup>67</sup>Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral;

**Acesso em 11/09/2021.** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

<sup>68</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição. RePro (Revista de Processo)** 58/33-40. In Cahali, Francisco Jose. Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.134

<sup>69</sup> VENOSA, S. S. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, 2003. p. 587.

<sup>70</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem.** RAb 14/51.

<sup>71</sup> COSTA, N. C. A. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57



Tal afirmação, segundo Marcia Fratari<sup>72</sup>, foi acolhida pela legislação nacional, ao equiparar a arbitragem à jurisdição (artigos 18 e 31<sup>73</sup> da Lei 9307/96), sendo que no primeiro artigo ficou definido que o agente arbitral seria juiz de fato e de direito (inclusive blindando suas sentenças de apreciação pelo Poder Judiciário), e no segundo artigo citado, a lei imprimiu equivalência de efeitos entre a sentença arbitral e a proferida pela justiça estatal.

A **teoria intermediária ou mista** realiza uma fusão das duas teorias antes expostas, dividindo o tema na sua origem (quando a arbitragem seria derivada de um contrato), e após a formatação da mesma (sistema arbitral com poderes de jurisdição, equivalente à justiça pública).

Assim sendo, conforme proposto por Gagliano<sup>74</sup>, deve-se realizar uma análise sob duas perspectivas, sendo que na primeira a arbitragem teria uma natureza contratual (negócio jurídico), e na segunda, o instituto seria atrelado à aplicação do direito (natureza jurisdicional).

Por último, tem-se a **teoria autônoma** exposta por Francisco Cahalli, em que o mesmo defende o instituto como um mecanismo de resolução de demandas conflituosas sem vinculação alguma com o sistema jurídico existente<sup>75</sup>. Até mesmo por sua argumentação, identifica-se que tal teoria possui um entrelaçamento maior com a arbitragem internacional, em que a observação ao ordenamento jurídico dos países (interno) das partes torna-se mínima. Assim sendo, fala-se em jurisdição própria<sup>76</sup>, uma vez que a mesma terá independência em relação a qualquer ordenamento jurídico.

## 1.5 Das características da arbitragem

Nos termos acima citados, percebe-se que a arbitragem pode ser tratada como uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos, sendo alocada de forma paralela em relação

---

<sup>72</sup> MAJADAS, M. F. “Arbitragem - solução de controvérsias no mapa da geografia social”. Revista dos tribunais, ano 92, n. 813, julho, 2003. p. 92

<sup>73</sup> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Acesso em 11/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>74</sup> GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 239

<sup>75</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 135.

<sup>76</sup> GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 09, trazendo DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96-97.

ao Poder Judiciário. Em razão disso, torna-se necessário que a mesma possua características próprias, em que aderem certas vantagens a este instrumento.

Vale ressaltar que no plano internacional, detecta-se que as partes possuem um elevado nível de liberdade quanto ao afastamento das cortes<sup>77</sup> judiciárias dos países para apreciarem uma demanda decorrente de um litígio transnacional, tendo em consequência disso uma **neutralidade** acentuada.

Como destaque inicial, afirma-se que na arbitragem as partes são livres para **escolher o julgador**, imprimindo a confiança que as mesmas possuem em um terceiro para exercer o pronunciamento da resolução definitiva do litígio. Com a eleição do árbitro pelas partes, não resta dúvida que a arbitragem se torna necessariamente especializada, uma vez que o mínimo se espera dos litigantes: escolher profissionais que tenha expertise na matéria a ser submetida ao mesmo. Em regra, na esfera do Poder Judiciário, os magistrados possuem competência generalista, o que já se mostra como uma vantagem à arbitragem a especialização da mesma.

Amparada no conhecimento especializado antes apontado, frisa-se que não há como negar que a arbitragem possui uma **celeridade/rapidez** na análise da demanda em relação ao Poder Judiciário. Para se ter uma ideia do quanto pontuado pela legislação brasileira, propõe-se que toda a tramitação do procedimento arbitral se encerre em seis meses após a instituição do mesmo (podendo ocorrer certa relativização). Esse prazo proposto pela lei, está muito distante da “taxa de congestionamento”<sup>78</sup> que incide sobre os processos judiciais.

Como consectário de sustentação da celeridade, pode-se afirmar que o julgamento arbitral é todo desenhado em instância única, eliminando uma imensurável gama de recursos inerentes ao processo judicial. Isto acontece independentemente de as partes entenderem em submeter o litígio a um órgão colegiado arbitral.

Pelo viés da **flexibilidade**, entende-se que há uma implicação maior da informalidade à arbitragem. No procedimento arbitral as partes possuem a faculdade de elegerem regras e mandamentos a serem aplicadas, adequando ao perfil da disputa<sup>79</sup>, e

---

<sup>77</sup> LAMAS, Natália Mizrahi. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.30

<sup>78</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 126.

<sup>79</sup> LAMAS, Natália Mizrahi. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.30

consequentemente, dissipando eventuais regras processualísticas que poderiam atravancar o desenrolar da técnica aplicada à situação posta. Há de se ressaltar que a legislação de arbitragem brasileira<sup>80</sup> traz alguns princípios (contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro, etc.) de observância obrigatória, sendo que os mesmos jamais podem ser considerados impeditivos de flexibilidade.

No intuito de se conceder celeridade ao procedimento arbitral, tem-se que as decisões possuem o caráter da **definitividade**, uma vez que, regra geral, não podem ser atacadas pela infinidade de recursos que são autorizados no âmbito da justiça estatal. De forma excepcional, e até louvável, a legislação de arbitragem (Lei n. 9.307/96<sup>81</sup>) permite que as partes manejem pedido ao árbitro para análise de erro material.

Apesar do que foi dito até agora, respeitável doutrinador brasileiro, Carlos Alberto de Salles<sup>82</sup> entende que as partes, de forma livre, atrelados ao princípio da autonomia da vontade, poderão prever recursos no âmbito da atividade arbitral.

Pode-se afirmar que o processo arbitral, analisando pelo prisma econômico-financeiro, em relação ao processo judicial, possui um **custo-benefício** bem mais vantajoso. Apesar de os custos inicialmente poderem ser maior (em alguns casos) que do processo na justiça estatal (principalmente pelo fato de se ter que remunerar os árbitros<sup>83</sup>, custas administrativas dos centros arbitrais, etc.), ao final, o resultado da resolução da demanda será mais satisfativo para os demandantes, principalmente pelo fato de a decisão não ser impugnada pelas vias recursais que são próprias do processo judicial, tecnicidade posta nos julgamentos, confidencialidade aderida ao procedimento, celeridade, etc.

Ao se tratar da **confidencialidade** na arbitragem, apesar de não ser exigência legal, de forma prática as partes solicitam que o procedimento se desenrole de maneira sigilosa

---

<sup>80</sup> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os **princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento**. Acesso em 11/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>81</sup> Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Acesso em 11/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>82</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 56-57

<sup>83</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2014. p.139

(faculdade conferida pela flexibilidade inerente à arbitragem). Peculiaridade se impõe quando a Administração Pública participa como uma das partes demandantes, uma vez que, no Brasil, a Lei n. 9307/96<sup>84</sup> impõe que a arbitragem observe o princípio da publicidade.

## 1.6 Princípios informadores

Adentrando ao grande campo dos princípios que enlaçam a arbitragem, além dos mandamentos gerais que regem o ordenamento jurídico, pode-se afirmar que a mesma é trançada de comandos especiais que ressaltam a importância de observação do estudioso deste meio de resolução alternativa de demandas.

De forma expressa, a Lei n. 9.307/96 (lei de arbitragem brasileira) trouxe alguns princípios que devem ser observados quando do trato da arbitragem, estando os mesmos previstos no artigo 21, §2<sup>o</sup><sup>85</sup> (contraditório, igualdades das partes, imparcialidade dos árbitros e livre convencimento), devendo-se ressaltar que os mesmos foram objetivados na legislação com o intuito de que as partes da demanda tenham resolução do conflito de forma justa<sup>86</sup>. Vale ressaltar que a doutrina brasileira não se limita, quanto ao estudo dos princípios aplicáveis à arbitragem, aos fixados na legislação, cercando-se de outros que serão analisados a seguir (lista não exaustiva).

Como princípio basilar a ser enfatizado na arbitragem, podemos destacar o **livre convencimento motivado**, aplicado aos árbitros quando da valoração probatória juntada aos autos do procedimento arbitral. Tal liberdade de convencimento está atrelada ao fato de que o árbitro não terá formas pré-estabelecidas ou tarifadas quando da valoração, mas sim, atuará de maneira discricionária, com o dever fundamental de motivar seu pronunciamento. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, na fase decisória, os árbitros não estão proibidos de utilizar suas “máximas de experiência”<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Art. 2º § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Acesso em 11/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>85</sup> Art. 21. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>86</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.293

<sup>87</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral de Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164-165

A afirmação de que o árbitro possui liberdade para decidir, não o afasta do dever basilar de fundamentar suas decisões (até para se evitar nulidade da mesma – artigo 93, inciso V da Constituição Federal brasileira). Tal vetor, ao mesmo tempo, jamais poderá impedir de as partes analisarem a adoção de regras diferenciadas quanto à distribuição dos ônus das provas entre elas, ou seja, as partes poderão destoar das regras estabelecidas de forma habitual, e isso jamais poderá implicar em violação ao livre convencimento do árbitro quanto à distribuição do ônus da prova quando da valoração<sup>88</sup>.

Outro seguimento principiológico a ser observado na demanda arbitral é o tratamento de **igualdade** que deverá ser conferido às partes, sendo que nenhuma poderá ser atendida de forma diferenciada em relação à outra, devendo as oportunidades facultadas à uma das partes ser concedido à outra. Vale ressaltar que a igualdade velada no procedimento arbitral poderá ser exercida somente na vertente formal, uma vez que materialmente será possível ocorrer alguma divergência substancial, sendo citado como um exemplo a hipótese em que uma das partes passa a ser representada por profissional técnico (advogado) e a outra, não.

Princípio expressamente previsto na lei de arbitragem brasileira é o do **contraditório**, sendo que poderá ser analisado sob duas variantes: ciência (informação) e/ou possibilidade de contradizer/reagir/manifestar determinada situação. Através do mesmo, abrem-se oportunidades de as partes sustentarem suas alegações, inclusive produzindo provas que possam desmontar o cenário/arcabouço trilhado pela parte adversa, no intuito de direcionar o árbitro para determinada motivação decisória.

Através do contraditório tem-se entendido que os árbitros não poderão lançar surpresas dentro do processo, decidindo sem as partes terem ciência da instrução probatória a ser arazoada com a participação dos demandantes, inclusive em lides onde o julgador poderia decidir *ex officio*.

Vale destacar a **imparcialidade** como uma conduta inerente à atuação arbitral, sendo aplicada também quando da atuação na jurisdição estatal. Tal princípio traduz a mensagem de que o árbitro deverá atuar de forma que mantenha uma certa equidistância das partes, mantendo-se indiferente ao resultado a ser proferido na demanda submetida ao juízo arbitral. Interessante esclarecer que a independência do julgador tende a permear um sentido

---

<sup>88</sup> LAMAS, Natália Mizrahi. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.43

mais objetivo, no intuito de que se evite que o mesmo tenha elos/vínculos com as partes ou advogados, ou até mesmo com o objeto da demanda posta em apreciação<sup>89</sup>.

A imparcialidade será focada sob um viés subjetivo, devendo o árbitro não estar disposto a julgar em favor de uma parte ou de outra. Fato é que as diferenças (caso realmente existam de forma desarmoniosa) entre a independência e imparcialidade não iria trazer tanto conflito prático, uma vez que, mesmo não tendo previsão expressa desses deveres de observação na legislação do país, o árbitro jamais poderia se afastar dessas balizas.

Será inerente ao procedimento arbitral o **princípio da separabilidade** da convenção de arbitragem. Por meio de tal mecanismo, propõe-se que a convenção de arbitragem seja separável (destacada) do instrumento contratual a que faz referência, no intuito de se preservar a convenção caso o contrato tenha sua nulidade “levantada” em eventual ação autônoma<sup>90</sup>.

Interessante o fundamento de tal instrumentalização: a reserva legal de se separar a convenção de arbitragem do contrato em si se dá exatamente no intuito de não se privar o árbitro de eventual apreciação de nulidade do instrumento contratual, uma vez que se os dois estivessem insertos no mesmo documento, a nulidade do contrato “implicaria de forma inexorável a nulidade da cláusula compromissória”<sup>91</sup>. Destaque que referido princípio está taxado no artigo 8º<sup>92</sup> da lei brasileira de arbitragem (Lei n. 9.307/96), tendo como desiderato principal proteger a cláusula compromissória de eventual contrato eivado de nulidade. Assim, evita-se que os árbitros não possam decidir sobre a nulidade dos contratos, tendo esta separabilidade artificial da lei efeito de evitar este tipo de privação.

Não se pode negar que a **autonomia privada ou da vontade** está entrelaçada na arbitragem, até mesmo como um meio de se conceder liberdade e força a este meio de resolução alternativo de demandas. Pressuposto fundamental da arbitragem é que a mesma emana da

---

<sup>89</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>90</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.

<sup>91</sup> LAMAS, Natália Mizrahi. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.48

<sup>92</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

voluntariedade das partes, onde elas elegem tal instrumento para composição resolutive de suas lides.

Após o preenchimento dos pressupostos de escolha das partes, deve-se privilegiar a vontade das mesmas na utilização da arbitragem, entendendo-se a própria indicação deste mecanismo como forma de resolução das lides que porventura se instalem, inclusive a definição das regras de direito que serão aplicadas (equidade, princípios gerais do direito, usos, costumes, etc.)<sup>93</sup>. Aqui vale ressaltar que quando se tratar da Administração como uma das partes, por expressa previsão legal (artigo 2º, §3º<sup>94</sup> da lei de arbitragem brasileira), a arbitragem deverá ser sempre de direito, obedecendo o princípio da publicidade.

A esfera de atribuição dos árbitros é concretizada no documento denominado convenção de arbitragem, sendo que ao se arguir qualquer invalidade (ou inexistência) desta convenção, estaria atacando a própria jurisdição dos mesmos. Fato este que motivou o legislador brasileiro separar a convenção do contrato em si, nos termos do artigo 8º da lei brasileira de arbitragem, acima citado. Da mesma forma, não se pode negar, por iguais fundamentos (blindagem da convenção de arbitragem), que se colacionou o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência) na seara da arbitragem, previsto de forma legislativa no parágrafo único<sup>95</sup> do artigo 8º da Lei n. 9307/96.

Assim sendo, quando se alegar que a convenção de arbitragem está eivada de alguma nulidade, pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, o primeiro que irá decidir/apreciar (com competência sobre o ato), será o próprio árbitro, ou seja, a sua competência irá lhe garantir a possibilidade de analisar a própria competência.

No campo da praticidade, tal regra se mostra como de supremo valor, uma vez que se evita de paralisar o procedimento arbitral e ter que esperar que o Poder Judiciário decida sobre a validade ou não da convenção de arbitragem, o que tornaria inviável o desfecho do instrumento.

---

<sup>93</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 147.

<sup>94</sup> Art. 2º § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>95</sup> Art. 8º Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

Vale ressaltar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 11.105/15), acatando posicionamento da jurisprudência, prestigiou o princípio da Competência-Competência de forma especial no procedimento arbitral, chegando a culminar com a extinção da demanda judicial sem resolução do mérito quando o juízo arbitral reconhecer que possui competência para atuar no feito (artigo 485, inciso VII<sup>96</sup>).

Por fim, pode-se elencar como princípio inerente à arbitragem, o da **não revisão de mérito da sentença arbitral**. Regra geral, o ordenamento jurídico brasileiro não permite que as decisões arbitrais sejam revistas pelo Poder Judiciário, concedendo certo grau de segurança jurídica às mesmas.

Não por questão meritória, mas em determinadas situações previstas no artigo 32<sup>97</sup> da lei de arbitragem, principalmente casos de nulidade, as sentenças arbitrais poderão ser anuladas (não revistas) pela justiça estatal, mas de forma excepcional.

## 1.7 Espécies de arbitragem

Na tentativa de se alinhar mais ainda com o tema proposto nesta dissertação, principalmente com a evolução da inserção da arbitragem nas demandas que envolvem o Poder Público, iremos explorar, sem pretensão alguma de esgotar o tema, eventuais tipos ou espécies de arbitragem.

Tendo em vista o aspecto funcional da arbitragem, podemos afirmar que existem duas espécies: institucional ou *ad hoc*.

Na **arbitragem institucional (ou administrada)**, dentro da sua liberdade de escolha, as partes optam por uma instituição especializada<sup>98</sup> que irá administrar determinado conflito. A mesma poderá ser denominada de Câmara ou Centro Arbitral, tendo alguns doutrinadores, talvez de forma imprópria, preferido a nomenclatura Tribunal.

---

<sup>96</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)

<sup>97</sup> Art. 32. É **nula a sentença arbitral** se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>98</sup> SCAVONE Junior, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação** / Luiz Antonio Scavone Junior. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.32



Vale ressaltar que na modalidade institucional a Câmara irá promover a gestão das etapas e trâmites da arbitragem<sup>99</sup>, não exarando pronunciamento resolutivo no litígio, sendo este de atribuição exclusivo dos árbitros. Os árbitros possuem independência em relação à instituição, sendo indicados por ela (no rol de sua lista) ou pelas partes.

Interessante previsão contida na lei de arbitragem brasileira (artigo 5<sup>o</sup><sup>100</sup> da Lei n. 9.307/96), em que a mesma retrata a arbitragem administrada, caso as partes optem em escolher referida modalidade.

Por outro lado, ainda tratando das espécies de arbitragem segundo seu aspecto funcional, temos a *ad hoc* (ou avulsa, segundo alguns doutrinadores). Nesta modalidade, o profissional que irá produzir o laudo arbitral ficará em completa desvinculação de qualquer instituição (Câmara ou Centro), possuindo plena independência de atuação.

Apesar de os árbitros não estarem vinculados à alguma instituição na arbitragem avulsa, jamais poderão se afastar das prescrições determinadas pela legislação (principalmente a Lei n. 9.307/96). Deve-se ressaltar que as tarefas administrativas (organização do procedimento arbitral) são de atribuição das partes que elegerem o árbitro, tendo em vista que estes não detêm um centro de apoio ou assistência capacitada para auxiliá-lo<sup>101</sup>.

Tratando especificamente das lides envolvendo a Administração Pública, a lei de arbitragem brasileira não chegou a contemplar mecanismo regulatório no que tange aos procedimentos e requisitos para que se possa escolher o Centro ou Câmara de arbitragem que irá dirimir conflitos inerentes aos entes públicos. Apesar da omissão legislativa brasileira, bem como da ausência de proibição de arbitragem *ad hoc* quando do envolvimento da Administração Pública na demanda, interessante que se dê preferência para a arbitragem institucional, principalmente pelo menor esforço em se verificar a compatibilidade dos alicerces que regem os entes públicos (princípios, mandamentos, etc.) com o arcabouço

---

<sup>99</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 157.

<sup>100</sup> Art. 5<sup>o</sup> Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum **órgão arbitral institucional ou entidade especializada**, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Acesso em 19/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>101</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.180

administrativo/organizacional/regulamentar da instituição que irá proferir o julgamento arbitral, evitando-se situações inéditas (não praticadas<sup>102</sup>).

Quanto ao poder de disposição das partes para elegerem a arbitragem como mecanismo alternativo de resolução de demandas, pode-se classificar a mesma em voluntária e necessária.

Na **arbitragem voluntária**, dentro de sua autonomia privada, as partes entendem em submeter eventual fato litigioso à esfera arbitral, sendo plenas no que tange à liberdade de escolha. Podem as mesmas inclusive decidir em não submeter a situação litigiosa à justiça arbitral, deixando a resolutividade para concretização no âmbito do Poder Judiciário.

De forma diametralmente oposta, tem-se a **arbitragem necessária**, em que as partes ficam privadas de sua liberdade no que tange à escolha de submeter ou não os fatos litigiosos, que porventura surjam, à arbitragem. Por meio da mesma, através de imposição legislativa, as partes, de forma obrigatória, deverão submeter a demanda conflituosa ao circuito processual arbitral, excluindo a apreciação pelo Poder Judiciário, mesmo sendo intenção das partes.

A arbitragem necessária tem sido tratada de forma excepcional pela legislação brasileira, principalmente quando da presença de entes públicos (contratos administrativos – Lei n. 10.848/04<sup>103</sup> - que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica). No âmbito do ordenamento jurídico português, a arbitragem necessária tem previsão expressa no Código das Expropriações (Lei n. 168/1999), sendo que o valor indenizatório deverá ser fixado via arbitragem quando não houver acordo entre as partes envolvidas<sup>104</sup>.

Ao se estabelecer o critério eleito a ser aplicado na resolução do litígio, a arbitragem poderá ser classificada em de direito (segundo a lei) ou por equidade.

---

<sup>102</sup> GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114.

<sup>103</sup> Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm) Acesso em 12/09/2021

<sup>104</sup> OLIVEIRA, Ana Perestelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13

Na **arbitragem de direito**, os árbitros balizam suas atuações (procedimentos e decisões) estritamente arraigados ao direito posto ou constituído, possuindo certa semelhança operacional com o Poder Judiciário no que tange à interpretação e aplicação da legislação<sup>105</sup>.

Em contraponto, tem-se a **arbitragem por equidade**, onde o árbitro possui certa liberdade de não trilhar integralmente o direito constituído, aplicando a melhor forma de decidir cabível ao caso concreto. A legislação brasileira de arbitragem (Lei n. 9.307/96) permitiu que a mesma se desenvolvesse nas duas modalidades, prescrevendo que quando se tratar de litígios em que a Administração Pública esteja presente, obrigatoriamente ser aplicada a arbitragem de direito<sup>106</sup>.

Por fim, mas de forma não esgotante, tem-se a classificação da arbitragem em doméstica (ou interna) ou internacional. A **arbitragem interna** ocorre quando a mesma é realizada (operacionalizada) ou decidida (proferida) no território nacional.

A **arbitragem internacional** será conceituada conforme o país em que se está analisando a mesma (critérios variados), uma vez que há países que adotam a internacionalidade da mesma quando as pessoas envolvidas possuem domicílios diferentes, ou quando o contrato submetido à apreciação do juízo arbitral seja relacionado ao comércio internacional. No Brasil, ao contrário de Portugal, a legislação de arbitragem (Lei n. 9.307/96) tratou da mesma somente na formatação interna (com exceção do seu capítulo VI que faz referência ao reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira), ficando omissa quanto ao aspecto externo (internacional).

No ordenamento jurídico de Portugal (Lei n. 63/2011<sup>107</sup> - Arbitragem Voluntária), a legislação faz expressa referência à arbitragem internacional.

---

<sup>105</sup> ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 118.

<sup>106</sup> Art. 2º A **arbitragem poderá ser de direito ou de equidade**, a critério das partes. **§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade**. Acesso em 12/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>107</sup> CAPÍTULO IX Da arbitragem internacional.

**Artigo 49.º Conceito e regime da arbitragem internacional**

- 1 - Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional.
- 2 - Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so_miolo=) Acesso em 12/09/2021

## 1.8 A convenção de arbitragem e suas modalidades

Nos termos acima alinhados, verificou-se que a liberdade (vontade livre) das partes é um princípio maior que circunda todo o procedimento arbitral. Premissa a ser observada, é que nenhuma pessoa é obrigada, em regra, a submeter eventuais litígios aos métodos alternativos de resolução de conflitos, sem antes ser livre para decidir.

Como concretização desse postulado, tem-se a convenção de arbitragem, sendo um gênero<sup>108</sup> documental (relação de gênero e espécie), possuindo como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Através da mesma, as partes resolvem submeter qualquer litígio que surja, ao crivo da apreciação arbitral. Interessante ressaltar que o Brasil adotou a mesma sistemática de Portugal (Artigo 1º, número 3<sup>109</sup> da Nova Lei de Arbitragem Voluntária).

Apesar de afirmarmos que a arbitragem não é obrigatória (princípio da autonomia da vontade das partes), após entabulada a convenção de arbitragem, a mesma se torna compulsória (*pacta sunt servanda*).

A **cláusula compromissória** está inserida nos contratos desde a sua elaboração, mesmo tendo certa independência em relação aos mesmos, precedendo o evento conflituoso<sup>110</sup>. Até por não se ter um conflito em vista, possui uma formatação mais simples, devendo as mesmas somente indicar, no contrato ou em apartado, que em caso de surgimento de eventos conflituosos, tais serão submetidos à arbitragem. Tal regramento está previsto no artigo 4º<sup>111</sup> da Lei n. 9.307/96.

---

<sup>108</sup> Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Acesso em 13/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>109</sup> 3 - A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória). [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so_miolo=) Acesso em 13/09/2021

<sup>110</sup> GUERRERO, Luiz Fernando. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ªed – Rio de Janeiro. Forense. 2019. p.228

<sup>111</sup> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Acesso em 13/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

Fica evidenciado, até pela prescrição legal acima transcrita, que a cláusula compromissória se firma mais no plano da prevenção, uma vez que os conflitos estão meramente na órbita da abstração.

Por outro lado, o **compromisso arbitral** é um instrumento firmado pelas partes após o surgimento de um desconforto jurídico (conflito manifesto<sup>112</sup>), sendo que o mesmo não foi entabulado inicialmente durante a elaboração contratual. Com o surgimento, os demandantes entendem em submeter a litigiosidade ao procedimento arbitral.

A própria Corte Especial do STJ (Superior Tribunal de Justiça) chegou a se manifestar sobre a natureza dos dois institutos<sup>113</sup>.

Interessante posicionamento expressado por Rafael Francisco<sup>114</sup> ao retratar sobre os efeitos semelhantes de ambas as espécies de convenção de arbitragem: em um panorama positivo, há a submissão do conflito à alçada do juiz arbitral, e de forma negativa, traz a consequência de se afastar a jurisdição estatal daquela demanda.

### **1.9 Do diálogo entre a arbitragem e a jurisdição estatal: as medidas antiarbitragem**

Conforme acima tratado, uns dos efeitos práticos da arbitragem, concedendo privilégio ao princípio da autonomia da vontade das partes, é justamente blindar o procedimento arbitral da jurisdição estatal. O espírito do legislador, o que se espera naturalmente dessa forma de resolução alternativa de conflito, é que, regra geral, o Poder Judiciário não detenha intervenção.

Tal pretensão de distanciar a apreciação da justiça pública não ocorrerá de forma absoluta<sup>115</sup>, uma vez que a legislação reservou determinadas situações em que se fazem

---

<sup>112</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 166.

<sup>113</sup> “O **compromisso arbitral** se destina a submeter ao juízo arbitral uma controversa concreta já surgida entre as partes, a **cláusula compromissória** objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato”. (STJ, Corte Especial, SEC 1.210/GB, j. 20/06/2007, Min. Fernando Gonçalves, DJ 06/08/2007).

<sup>114</sup> ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

<sup>115</sup> Segundo Eduardo Damiano Gonçalves, o bom funcionamento da arbitragem passa primordialmente pela fixação de limites claros às intervenções do juiz estatal no curso do processo arbitral. GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Breves Considerações sobre as Relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral)**. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima.

necessárias a imersão judicial na arbitragem. Tal reserva possui como aspecto fundamental a garantia do bom funcionamento da arbitragem.

Respeitáveis doutrinadores entendem que a intervenção do Poder Judiciário, de forma excepcional, no procedimento arbitral configura um “referencial simbólico”<sup>116</sup>, uma vez que adere segurança jurídica às partes, na medida em que as mesmas têm ciência de que, em caso de extrema necessidade, poderão lançar seu conflito para a justiça estatal (nos limites imposto pela lei) no intuito de se retificar ou confirmar alguns comportamentos.

Quando se retrata o diálogo entre a arbitragem e o Poder Judiciário, pode-se deter na análise da intervenção da justiça estatal no período anterior à arbitragem, bem como durante a tramitação do procedimento, e por fim, a fase sentencial.

Daniel Levy<sup>117</sup> nos ensina que antes de instaurado o procedimento arbitral, poderá ocorrer a intervenção da justiça estatal na arbitragem na hipótese em que alguma das partes entende em submeter a análise para se apreciar (de forma preliminar) o plano da existência e validade da própria convenção (cláusula cheia); ou até mesmo no caso em que a convenção de arbitragem esteja incompleta (cláusula vazia); outra hipótese seria nos casos de apreciação urgente (tutelas de urgência) antes da instauração do juízo arbitral, sendo que a espera pela formação do mesmo poderia trazer algum prejuízo para as partes; e por fim, quando o Poder Judiciário é o inibidor da modalidade (arbitragem), exarando medidas antiarbitragem.

As medidas antiarbitragem, conhecidas na modalidade internacional como *anti-arbitration injunctions*, têm como vetor primordial, solicitar perante a justiça pública, que se impeça a instauração do procedimento, ou caso já em andamento, a sustação da sua continuidade. Geralmente, a parte demandante na via judicial, pleiteia tutela inibitória atacando os planos da existência, validade e eficácia dos contratos que preveem a submissão dos conflitos ao juízo arbitral, podendo-se também arguir que o objeto da relação anteriormente entabulada não poderá ser submetido ao juízo arbitral (inarbitrabilidade).

Poderá ocorrer também a interação entre o Poder Judiciário e a atuação arbitral quando já instaurado o procedimento, principalmente nos momentos que se fazem necessários

---

São Paulo: LTr, 2002, p. 212. In PARADA, André Luis Nascimento. A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. André Luis Nascimento Parada – Brasília, 2014. p. 33. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8662/1/61001320.pdf> Acesso em 13/09/21.

<sup>116</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 47

<sup>117</sup> LEVY, Daniel. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.309

a atuação coercitiva dos comandos (durante a instrução) do árbitro. Vale ressaltar que a legislação brasileira (Lei n. 9.307/96<sup>118</sup>) prever que os árbitros são equiparados aos juízes com jurisdição estatal, inclusive prescrevendo determinados poderes probatórios dos mesmos, mas de forma limitada. Caso ocorra a necessidade de algum efeito coercitivo na instrução probatória, o árbitro deverá requerer o mesmo ao Poder Judiciário.

Mesmo após encerrado o procedimento arbitral (sentença ou laudo), as mesmas poderão, ainda que de forma excepcional, serem impugnadas perante a justiça pública, inclusive com o ajuizamento de ações anulatórias ou embargos do devedor<sup>119</sup> (lei de arbitragem brasileira).

---

<sup>118</sup> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, **poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente**, comprovando a existência da convenção de arbitragem. Acesso em 13/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>119</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na **impugnação ao cumprimento da sentença**, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. Acesso em 13/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

## 2. A Administração Pública brasileira e o avanço da Arbitragem

Neste capítulo, o debate principal a ser desenvolvido é sobre a aplicação da arbitragem, como meio extrajudicial de resolução de conflitos, quando há o envolvimento da Administração Pública em um dos polos da demanda.

No Brasil, a aplicação de tal instituto, apesar do avanço considerável (tanto na jurisprudência quanto na doutrina, e mais recentemente, larga disseminação no esteio da legislação pátria), na seara do Direito Público tem sido objeto de grande debate, onde respeitáveis vozes se levantaram contra tal concretização, alegando motivações que serão a seguir analisadas.

Apesar disso, hoje está se “caminhando” para aceitação de tal meio como mecanismo resolutivo de conflitos que surjam, eventualmente, tendo a Administração como uma das partes no evento, desde que se observem as restrições impostas por mandamento legal.

Interessante ponderação feita por Cássio Telles Ferreira Neto ao analisar a situação acima exposta, em que o mesmo acentuou que a aplicação da arbitragem no contexto da Administração Pública constitui um dos principais pilares de avanço da modernização da mesma, devendo ser incentivada, uma vez que poderá ser tida como um “eficiente instrumento de desenvolvimento para o País<sup>120</sup>”.

### 2.1 Análise histórica e evolução legislativa

Ao tratar da origem da arbitragem administrativa no Brasil, deve-se voltar a memória para séculos passados, época imperial, principalmente para o seguimento das concessões públicas (construção de estradas de ferro, serviço de iluminação pública, etc.). Selma Lemes<sup>121</sup> faz um aprofundado estudo histórico do instituto, afirmando que a arbitragem em si, está presente em legislação desde as Ordenações Filipinas de 1603.

Em 1880, foi publicado o Decreto n. 7.959 que tratava sobre a concessão de estradas de ferro do Império, e neste comando normativo já estava previsto a utilização da arbitragem quando do surgimento de demandas (cláusula XXXV), tendo a Administração

---

<sup>120</sup> FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 78

<sup>121</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latim, 2007. p.118/123



Pública como uma das partes. Tal decreto teve como elemento de motivação um contrato de concessão (que envolvia construção, uso e custeio) de uma estrada de ferro em 1856 (Santos-Jundiaí). Nesta época, os ingleses dominavam os grupos empresariais que atuavam nos contratos de concessões das ferrovias, sendo que a arbitragem (como instrumento de consensualidade para resolução de conflitos) gerava certa segurança aos mesmos, principalmente em razão do longo prazo fixado nos contratos<sup>122</sup>.

Não custa lembrar que referido decreto foi publicado sob a égide da Constituição Imperial de 1824, onde nesta estava prevista a utilização de arbitragem pelos entes públicos (bem como quando se tratasse de disputas entre nacionais e estrangeiros).

Destaque-se que neste período ainda era muito raro o tratamento da arbitragem administrativa no meio normativo, mas o Poder Judiciário<sup>123</sup> brasileiro já começa a entrar em formação. Com a proclamação da República, em que se teve uma certa organização burocrática do Estado, o tratamento regulamentar das contratações públicas sofreram uma consolidação (unificação), e ao mesmo tempo, o Poder Judiciário ganhou uma certa corporificação.

Como resultado deste movimento político e institucional, a jurisdição estatal acabou sendo reconhecida como o meio mais legitimado para apreciar as demandas públicas (que envolvessem lides da Administração), ocorrendo uma certa retração da arbitragem administrativa.

O Decreto n. 15.783/1922, que tratava do Código de Contabilidade da União, trazia alguns comandos relacionados às licitações e contratos, mas ficou omissos quanto a qualquer meio alternativo de resolução de demandas que porventura surgissem dos contratos entabulados pela União, apesar do conteúdo do artigo 775<sup>124</sup> permitir interpretar que os eventuais conflitos seriam solucionados pelo Poder Judiciário. Alguns estudiosos<sup>125</sup> passaram a entender que se tratava de um comando legal de observância obrigatória.

---

<sup>122</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.139.

<sup>123</sup> Sobre a densidade do Poder Judiciário à época, conferir LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

<sup>124</sup> “Art. 775. A estipulação dos contractos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. § 1º. São cláusulas essenciais e como taes não podem ser omitidas em contracto algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contractos com pessoas naturaes ou juridicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o fôro nacional brasileiro, para dirimir quaesquer questões judiciárias originadas dos mesmos contractos”.

<sup>125</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p.85.

No ano de 1986 foi publicado um novo decreto-lei que tratava especificamente das contratações públicas (Decreto-Lei n. 2.300/86), sendo que tal comando normativo “levou” a arbitragem administrativa a um retrocesso acentuado, uma vez que seu artigo 45 proibiu expressamente a utilização deste instrumento. Passados alguns meses, pequena reforma ao estatuto (Decreto-lei n. 2.348/87), permitiu, ainda que de forma diminuta, a previsão de arbitragem restrita aos contratos que seriam assinados em razão do financiamento de entidades internacionais, ou quando o Estado celebrasse contratos de compras de produtos fabricados e entregues no exterior.

De se destacar que em 1992 tramitou no Congresso Nacional, mais especificamente com iniciativa na Câmara dos Deputados, a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) n. 96/1992 que visava, por meio de alteração constitucional, promover uma reforma no âmbito do Poder Judiciário (posteriormente, após aprovada, foi identificada como a Emenda Constitucional n. 45/2004). Em sua redação original, a mesma possuía uma prescrição (artigo 11<sup>126</sup>, que alterava o artigo 98 da Constituição) em que ficava expressamente proibida a utilização da arbitragem pelas entidades de direito público, demonstrando mais uma vez o desprezo que o legislador brasileiro tinha pelo emprego deste meio alternativo de resolução de conflitos que envolvesse os entes públicos.

Ainda na década de 90, mais especificamente em 1993, foi publicada no Brasil a Lei n. 8666/93, sendo que a mesma, tratando de licitações e contratos, revogou o Decreto-lei anteriormente citado. Referida legislação não promoveu nenhuma alteração quanto à aplicação da arbitragem na Administração Pública, permanecendo totalmente omissa.

Apesar do panorama acima desenhado, foi justamente na década retratada, apesar de forma não consolidada, que a arbitragem administrativa passou a ter certa seriedade de tratamento no território brasileiro, principalmente quando se faz referência às concessões de serviços públicos, conforme veremos a seguir.

Visando tratar sobre o instrumento de maneira geral (sem adentrar na seara pública), foi publicada a Lei n. 9.307/96, em que, na sua redação original, não agregou em nada sobre o debate que circuncidava a aplicação ou não da arbitragem nos contratos administrativos (e até outras temáticas públicas).

---

<sup>126</sup> Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:  
“Art. 98. **§4º Ressalvadas as entidades de direito público**, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de júízo arbitral, na forma da lei”.

Tal modelo anteriormente estabelecido entra em fase disruptiva com a publicação de uma série de comandos legislativos. O primeiro de destaque a ser apontado foi a Lei n. 8.987/95 (trata das concessões e permissões, em geral, dos serviços públicos na Administração Pública). Já em seu artigo 1º percebe-se uma mudança de panorama ao afirmar da necessidade de se prever nos contratos administrativos as cláusulas indispensáveis (a metodologia amigável/consensual de eventuais conflitos que porventura surgissem). Em 2005, através da Lei n. 11.196/05 foi inserido o artigo 23-A<sup>127</sup>, em que foi dado um destaque mais que especial à arbitragem.

Ainda na regulamentação das concessões dos serviços públicos de forma geral, dando destaque ao mecanismo, foi publicada a Lei n. 11.079/04 (Lei das Parcerias Públicas e Privadas – PPP), prevendo em seu artigo 11, inciso III<sup>128</sup>, acentuado destaque a este meio de resolução de demandas (arbitragem).

Em 1997 foi publicada a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), em que fez referência expressa, ainda na sua redação original, da necessidade de se prever nos contratos administrativos a forma de resolução extrajudicial de resolução das “divergências contratuais” (artigo 93, inciso XV)<sup>129</sup>.

No Brasil, o setor de concessão de serviços públicos que concedeu maior brilho à arbitragem administrativa foi o de energia elétrica através da Lei n. 10.438/02, devendo-se destacar que seu artigo 4º, §8º<sup>130</sup> trouxe a previsão de que os contratos fossem aditados para a inserção de uma cláusula obrigatória que tratasse de solução de controvérsias, sem prejuízo da arbitragem.

---

<sup>127</sup> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) Acesso em 15-09-21 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)

<sup>128</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos **mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm) Acesso em 15-09-21.

<sup>129</sup> Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. Acesso em 15-09-21. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)

<sup>130</sup> Art. 4º, § 8º Os contratos iniciais e equivalentes, assim reconhecidos em resolução da Aneel, serão aditados para contemplar uma fórmula compulsória de solução de controvérsias, para que a Aneel instaure *ex officio*, caso as partes não o façam em prazo determinado, os mecanismos de solução de controvérsias existentes, sem prejuízo da atuação subsidiária da Aneel na arbitragem de controvérsias. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm) Acesso em 15-09-21.

Ao tratar do setor de transportes, vale mencionar a publicação da Lei n. 11.442/07 (transportes de cargas de terceiros), que em seu artigo 19 deferiu às partes contratantes fazer uso da arbitragem como meio alternativo de resolução de demandas que porventura viesse a brotar.

Notadamente, vários setores, principalmente na área de infraestrutura, a partir do final da década de 90, tiveram em suas regulamentações a previsão de arbitragem administrativa para resolução dos conflitos que raiassem. Torna-se impossível estabelecer o elenco exaustivo destes mandamentos legais.

Lei de absoluta relevância para a temática da arbitragem administrativa foi publicada em 2015 (Lei n. 13.129/2015), sendo que a mesma promoveu uma alteração/inserção nos artigos da lei geral de arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96). Digno de nota foi a inclusão relevantíssima do §1º ao artigo 1º, em que ficou consagrado, de forma geral e observadas as condicionantes normativas, a possibilidade jurídica de os entes públicos recorrerem à arbitragem (principalmente nos contratos administrativos) como meio de resolução alternativa dos conflitos.

Por fim, e de forma sublime, concedendo uma aurora especial para o instituto da arbitragem administrativa, tivemos no Brasil, recentemente, revogando a Lei n. 8.666/93, a publicação da Lei n. 14.133 de 01 de abril de 2021 (nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil), em que a mesma dedicou um capítulo<sup>131</sup> de forma relevante para tratar dos meios alternativos de resolução de demandas que surgissem em decorrência dos contratos administrativos, sendo que a arbitragem teve um realce diferenciado.

## 2.2 Arbitrabilidade (subjéitiva e objéitiva) e a Administração Pública

Entende-se a arbitrabilidade como uma condição indispensável para que determinado conflito seja alvo de resolução pelo instituto da arbitragem (meio alternativo à jurisdição estatal). De antemão já se percebe que nem todos os eventos conflituosos poderão

---

<sup>131</sup> CAPÍTULO XII. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a **arbitragem**. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A **arbitragem** será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 15/09/2021

ser objeto de análise perante o órgão julgador arbitral. Como requisito essencial, a arbitrabilidade deverá ser finamente observada na convenção de arbitragem.

O ordenamento jurídico passou a prever que nem todas as matérias poderiam ser submetidas ao crivo da arbitragem, devendo algumas, por eleição legislativa (veremos adiante), ficar na competência exclusiva<sup>132</sup> do Poder Judiciário.

Em um simples contexto, pode-se afirmar que a arbitrabilidade<sup>133</sup> terá natureza objetiva e subjetiva.

Ao retratar a **arbitrabilidade subjetiva**, deve-se fazer referência às pessoas que poderão ser submetidas à uma demanda arbitral quando do surgimento de um eventual conflito.

Não se pode esquecer de que a capacidade das partes de entabularem a convenção de arbitragem constitui uma *conditio sine qua nom*<sup>134</sup> para o manejo do instrumento, podendo-se conceituar a mesma, com amparo no Código Civil brasileiro (artigo 1º da Lei n. 10.406/02)<sup>135</sup>, como a qualidade que todas as pessoas possuem de se tornarem titulares de direitos.

Como se sabe, não deverá ser feita confusão conceitual entre o detentor da titularidade do direito e a prática do seu exercício, sendo que para este, a legislação submete ao cumprimento de alguns requisitos (fator etário, ausência de vícios, aptidão para expressar vontade, etc.).

Percebe-se pelas afirmações acima que há uma certa limitação, no que tange às pessoas, para submissão do conflito ao procedimento arbitral, dando ênfase principal à exigência da capacidade, sendo tal mandamento ratificado pelo artigo 1º<sup>136</sup> da Lei de arbitragem brasileira.

---

<sup>132</sup> DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. *Arbitrabilidade*. In: *Direito internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>133</sup> Interessante que se percebe o conceito de arbitrabilidade, nas suas duas vertentes (plano da objetividade e viés da subjetividade) ponderado por: A propósito do conceito de arbitrabilidade (objetiva e subjetiva), confira-se: GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 106/109; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*, 2ª ed. (rev. e amp.), Curitiba: CRV, 2014, p. 31/42; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitrabilidade*. In: *Manual de arbitragem para advogados*, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 48/63.

<sup>134</sup> CAHALI, Francisco Jose. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 143.

<sup>135</sup> Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) Acesso em 14/09/21

<sup>136</sup> Art. 1º As **pessoas capazes** de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ao se enfatizar a Administração Pública e o procedimento arbitral, deve-se destacar o aspecto evolutivo (antes detalhado) da atual legislação brasileira de arbitragem (Lei n. 9.307/96). Quando da sua publicação em 1996, esta lei foi omissa no que tange à previsão de a Administração Pública ser parte nos autos de arbitragem, surgindo fortes vozes doutrinárias sustentando que a mesma, para não ferir o princípio da legalidade, ficaria impedida de se valer deste meio alternativo de resolução de demandas. Com relação à capacidade de contratar, inegável que o ente público possuiria, o debate teria como ênfase a ausência legislativa de permissão (princípio da legalidade).

Em 2015 houve uma ampla reforma à lei de arbitragem (Lei n. 13.129/95 – §1º do artigo 1º<sup>137</sup>), e entre os mandamentos inseridos à mesma, ficou previsto que a Administração Pública, Direta e Indireta, observando os requisitos previstos, poderia ser parte, de forma geral, nas demandas que tratassem de arbitragem.

Com a alteração, percebe-se que tantos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) como a Administração Pública Indireta, poderão pactuar (observadas as condicionantes legais) que as demandas que surgirem, principalmente das suas atividades contratuais, serão submetidas ao crivo da arbitragem.

Dando seguimento a esse amplo poder de negociação que é inerente à Administração Pública, principalmente pela via do contrato (podendo ser também por eventuais parcerias, convênios, contratos de permissão e concessão, etc.), recentemente foi publicada (já citada) a nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil (Lei n. 14.133 de 01 de abril de 2021).

Nos termos desse novo comando legislativo<sup>138</sup>, foi dado um brilho enfático aos meios alternativos de resolução de controvérsias, em especial à arbitragem, fortalecendo a vertente que concede legitimidade à Administração Pública de participar das demandas conflituosas submetidas ao procedimento arbitral.

---

Acesso em 14/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>137</sup> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Acesso em 14/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)

<sup>138</sup> Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a **arbitragem**. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 14/09/2021

Outro ponto a ser analisado, ainda no contexto da arbitrabilidade, seria seu destaque **objetivo**, sendo o mesmo direcionado às matérias (contendas<sup>139</sup>) que poderão ser submetidas à arbitragem.

Primeiro passo a ser dado refere-se à prescrição retratada na Lei de Arbitragem quando restringe o campo de apreciação material de atuação do procedimento arbitral, ao destacar os méritos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis<sup>140</sup>.

Trazendo ao aspecto do Direito Público, torna-se um desafio entender o que seria, dentro de um oceano de direitos e faculdades concedidas aos entes públicos, os direitos patrimoniais disponíveis indicados pela legislação. Verifica-se que a lei de arbitragem adotou critérios cumulativos, enfatizando que os direitos devem ser disponíveis, e ainda mais, possuírem a natureza patrimonial.

Ana Perestelo<sup>141</sup>, analisando os sistemas jurídicos de outros países, firmou que os critérios jurídicos adotados por outras nações poderão ser não cumulativos, sendo que alguns exigem somente a disponibilidade de direitos (França, Suíça, etc.), e outros, o critério da patrimonialidade (Alemanha, etc.).

Em relação a Portugal, a Lei de Arbitragem Voluntária (LAV n. 63/2011<sup>142</sup>) prever em seu artigo 1º, número 1 (com exceção dos casos que deverão ser submetidos à jurisdição estatal ou à arbitragem necessária) que os conflitos que dizem respeito aos interesses patrimoniais, poderão ser submetidos ao procedimento arbitral. Em seguida, a legislação (artigo 1º, número 2) “abriu” espaço para submeter aos árbitros as lides que envolvam questões de direitos não patrimoniais, exigindo somente que os demandantes tenham direito de transacionarem sobre o aspecto controvertido. Interessante levantamento realizado por Sofia

---

<sup>139</sup> PARADA, André Luiz Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização**. Curitiba: Juruá, 2015. p.54.

<sup>140</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**.

Acesso em 14/09/2021. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)

<sup>141</sup> OLIVEIRA, Ana Perestelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 32-33

<sup>142</sup> **Artigo 1.º Convenção de arbitragem**

1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so_miolo=) Acesso em 14/09/2021

Martins<sup>143</sup> analisando a justificativa feita pelo legislador português quando da alteração deste texto.

De qualquer forma, verifica-se que os critérios considerados nas legislações dos países em geral são dotados de lacunas no que tange ao conteúdo (vagos), dificultando a “estabilização semântica”<sup>144</sup> sobre a conceituação e interpretação do termo direito patrimonial disponível. Tal assertiva, quando se analisa sob o viés do Direito Público, torna-se acentuada, uma vez que sempre se adotou a ideia, principalmente no Brasil, que quando se fala de interesse público, necessariamente a análise passa pelo crivo da indisponibilidade.

Conforme será visto adiante, um dos principais motivos doutrinários para não aceitação da arbitragem em território brasileiro, quando envolvesse a Administração Pública, seria justamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. Inclusive, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>145</sup>, doutrinador administrativo brasileiro, chegou a defender quando tratou das Parcerias Públicas-Privadas (PPPs).

A correlação estabelecida pelo eminente doutrinador entre “disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse

---

<sup>143</sup> Sofia Martins revela trecho da exposição de motivos com a justificação do legislador para alteração da norma portuguesa: "O presente diploma vem, assim, alterar o critério de arbitrabilidade dos litígios, fazendo depender esta não já do caráter disponível do direito em litígio, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial, combinando, porém esse critério principal [...] com o critério secundário da transigibilidade do direito controvertido, de modo a que mesmo litígios que não envolvam interesses patrimoniais, mas sobre os quais seja permitido concluir transação, possam ser submetidos à arbitragem." (MARTINS, Sofia. "A nova lei da arbitragem voluntária portuguesa [parte 1]." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 9, vol. 32, jan.-mar., 2012, p. 121). In Parada, André Luis Nascimento. *A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos*. André Luis Nascimento Parada – Brasília, 2014. p. 33. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8662/1/61001320.pdf> Acesso em 13/09/21.

<sup>144</sup> PARADA, André Luiz Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização**. Curitiba: Juruá, 2015. p.56

<sup>145</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Migalhas, 12 de janeiro de 2006. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps> Acesso em 14 de setembro de 2021. “Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “*extra commercium*”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve”.



público”<sup>146</sup>, atualmente se mostra insustentável, acolhida pela doutrina minoritária entre os estudiosos brasileiros.

A nova lei de licitações e contratos (Lei n. 14.133/21) foi muito venturosa ao tentar dissipar no máximo eventuais questionamentos do que se consideraria como direitos patrimoniais disponíveis, elencando situações que, por reconhecimento legal, já seriam taxativamente reconhecidas como tais (controvérsias relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes, bem como as demandas referentes aos cálculos de indenização – artigo 151, parágrafo único<sup>147</sup>).

Vale frisar que, pouco antes da nova lei de licitação brasileira, foi publicado o Decreto n. 10.025/19, que trata da resolução de conflitos no setor de infraestrutura em geral (setores portuário, transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário). Tal ato, nomeou vários assuntos que, caso surja conflitos, poderão ser considerados direitos patrimoniais disponíveis para fins de submissão à arbitragem (artigo 2º<sup>148</sup>).

### **2.3 Obstáculos doutrinários para aceitação da arbitragem administrativa**

De forma preliminar, há de se esclarecer que a Lei n. 9.307/96 (lei de arbitragem brasileira) teve a sua constitucionalidade questionada perante o STF<sup>149</sup> (Supremo Tribunal Federal), por motivo de contrariedade ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

---

<sup>146</sup> GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2000, p. 20; vide, ainda: BINENBOJM, Gustavo. *Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras*. In: *Estudos de direito público: artigos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 195/197. In Schmidt, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação* / Gustavo da Rocha Schmidt. – 2016. p. 43

<sup>147</sup> Art. 151. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a **direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações**.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 14/09/2021

<sup>148</sup> Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18) Acesso em 19/09/21

<sup>149</sup> STF, SE 5.206 AgR/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 30.04.2004, p. 29 (**Informativo de Jurisprudência do STF 254**).

elencado no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, sendo que este Tribunal manteve posicionamento de que a mesma não violaria o texto da Carta de 1988.

Vale ressaltar, como será visto mais à frente, que o STF já tinha inclusive reconhecido, antes mesmo da atual Constituição, a legalidade de cláusula compromissória em contrato administrativo (caso Lage<sup>150</sup>), sendo que com o passar do tempo, o STJ passou a adotar o mesmo entendimento da Corte Superior. Já o Tribunal de Contas da União (TCU) sempre teve um posicionamento mais reticente no que tange viabilidade jurídica da arbitragem administrativa.

Partindo de um panorama doutrinário, podemos verificar ao menos quatro obstáculos jurídicos sustentados pelos respeitáveis estudiosos para fins de não se aceitar a arbitragem administrativa em solo brasileiro, são eles: princípio da inafastabilidade jurisdicional; princípio da legalidade administrativa; princípio da indisponibilidade do interesse público; e o princípio da publicidade (na vertente da contrariedade à confidencialidade, inerente ao procedimento arbitral).

Como será exposto a seguir, entendemos, com todo respeito às ponderáveis vozes doutrinárias, que os obstáculos acima apontados ficaram no plano da aparência, uma vez que poderão ser superados quando de uma análise mais crítica dos institutos abordados.

O **princípio da inafastabilidade da jurisdição**, também denominado de ubiquidade da Justiça (Pontes de Miranda) está previsto no inciso XXXV<sup>151</sup> do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por meio de tal mandamento constitucional, não poderia conter no ordenamento jurídico qualquer instrumento (principalmente a lei) que retirasse da análise do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A ênfase principal a ser dado ao referido princípio, principalmente pelo contexto originário do mesmo quando foi assentado na Constituição de 1946, era evitar o abuso de poder que se fazia presente na época, furtando do Poder Judiciário apreciação de violação dos direitos.

Não se pode restringir a interpretação do inciso (acesso à justiça) à mera acessibilidade dos órgãos de jurisdição estatal (Poder Judiciário), mas aderir ao viés interpretativo de que o entendimento correto do mesmo seria um acesso à ordem jurídica

---

<sup>150</sup> STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 15.02.1974, p. 720.

<sup>151</sup> Art. 5º XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Acesso em 17/09/21 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

justa<sup>152</sup>. Observa-se que o mandamento constitucional foi incisivo ao direcionar que a proibição de se excluir da jurisdição estatal foi para a lei, e não para eventuais demandantes que tenham interesse em resolver seus conflitos fora da órbita do Poder Judiciário.

Tal entendimento alinha-se com o STF quando decidiu pela constitucionalidade (de forma incidental) da lei de arbitragem, principalmente do teor do voto do Ministro Nelson Jobim<sup>153</sup>, quando se endossou que as partes (observando as condicionantes legais) direcionem, de forma livre, suas demandas conflituosas para serem resolvidas no palco do procedimento arbitral.

Assim sendo, seguindo a análise exegética adotada pelo STF, não se vislumbra que a arbitragem administrativa violaria o princípio da inafastabilidade de jurisdição, uma vez que eventuais proibições seriam direcionadas à lei, jamais vedando às partes de escolherem meios alternativos de resolução de demandas, como a arbitragem, mesmo com a presença da Administração Pública.

Outro princípio que poderia gerar obstáculos à viabilidade jurídica da arbitragem administrativa no Brasil seria o da **legalidade**. Ao enfatizar tal mandamento, os estudiosos estavam atrelados à legalidade administrativa em seu viés interpretativo na formação tradicional (os agentes públicos só poderão realizar nos estritos limites autorizados pela lei).

Torna-se necessário para um melhor aproveitamento do estudo, a releitura do princípio da legalidade quando da inserção do mesmo na atividade administrativa realizada pelos entes públicos, trazendo como principal vetor o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, em que se promoveu uma relativização no entendimento de que o administrador público seria um mero “robô” programado de aplicação da lei.

---

<sup>152</sup> WATANABE, kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**, in A. P. Grinover (coord.), *Participação e processo*, p. 128. Em estudo anterior Watanabe já havia sacramentado a expressão **ordem jurídica justa** (K. Watanabe, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in Kazuo Watanabe [et al.], *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*, p. 161).

<sup>153</sup> “A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes dos contratos específicos, ao sistema de arbitragem. [...] Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição de as partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de processo específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão”. In Parada, André Luis Nascimento. **A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos**. André Luis Nascimento Parada – Brasília, 2015. p. 63.

Tem-se avançado para abandonar o estrito cumprimento das atividades administrativas nos limites impostos pela lei, alinhando ao conceito de juridicidade (nomenclatura endossada pela doutrina estrangeira), em que há uma extensão, no que tange ao dever, para que a Administração Pública ordene suas condutas de acordo com a lei e demais atos normativos existentes no ordenamento jurídico (chamado de bloco da legalidade).

Se afastando do conceito de legalidade estrita (leis ordinárias e complementares), os administradores poderão avançar suas atividades observando outros direcionamentos (princípios constitucionais – observação dos direitos fundamentais, por exemplo), gerando um papel criativo-interpretativo<sup>154</sup> (condicionado ao arcabouço jurídico com um todo) nos agentes públicos.

Alguns doutrinadores, como podemos citar Rafael Oliveira<sup>155</sup>, sempre sustentaram que, apesar da omissão quanto à previsão legal específica na lei geral de arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96), jamais se poderia inviabilizar a arbitragem no domínio da Administração Pública, uma vez que, caso assim se entendesse, poderia ocorrer uma forte violação ao princípio da eficiência administrativa.

De qualquer forma, independentemente da evolução que tem se dado ao conceito de legalidade administrativa, conforme visto acima, esta saudável discussão tende a ser minorada, uma vez que, recentemente a lei geral de arbitragem foi alterada pela Lei n. 13.129/15, e entre as importantes inclusões realizadas, consta a possibilidade jurídica (observada as condicionantes) de a Administração Pública ser parte nas demandas que tramitam na esfera do juízo arbitral.

Pode-se elencar também como outro estorvilho para o acolhimento da arbitragem administrativa no Brasil, pelo menos a nível doutrinário, o **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

Com o movimento da constitucionalização do Direito Administrativo, tendências atuais que aderem a caracterização de modernidade ao mesmo, alguns “supraprincípios” (termo cunhado por Celso de Mello<sup>156</sup> ao afirmar que dos mesmos derivam os demais princípios do Direito Administrativo, sendo o acima citado, conjugado com a supremacia do interesse público

---

<sup>154</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. v. I. Madrid: MAP, 1991, p. 111.

<sup>155</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 255-257.

<sup>156</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ªed., ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 69

sobre o privado) necessitaram de uma relativização, deixando de serem absolutos e impossíveis de questionamentos. Assim entendendo, não se pode afirmar que existe a indisponibilidade absoluta dos interesses públicos.

Trazendo para o contexto de se restringir a arbitragem administrativa, tal princípio, atrelado ao Direito Administrativo tradicional, entende que um particular (no caso, o juízo arbitral) não poderia apreciar/resolver demandas/conflitos que envolvesse o interesse público, geralmente previsto nas contratações públicas. Assim sendo, somente os agentes públicos (e aqui estariam inseridos os magistrados) teriam legitimidade para resolver, de forma definitiva, as lides em que a Administração Pública estivesse presente.

Tal argumento se mostra insustentável, uma vez que quando da aplicação interpretativa das normas de Direito Público, os próprios agentes estatais dispõem do que se tem entendido por interesse público, principalmente quando a situação promove um entrelaçamento entre mais de um interesse (diversos).

Quando uma Nação adota a qualificação de Estado Democrático de Direito, não há como se dissociar a Administração Pública de uma ideologia consensualista, abandonando a ideia de Estado autoritário, ocorrendo uma superação de modelos agressivos<sup>157</sup> de atuação, abraçando mecanismos consensuais para se atingir o interesse público da forma mais concreta possível.

Maria Estorninho<sup>158</sup> entende que com essa transição da Administração Pública de autoritária para um modelo consensualista, os entes públicos passam a utilizar mecanismos que deem ênfase a este movimento, e entre eles, estaria justamente o poder de celebrar contratos para a satisfação dos interesses públicos. Ao se promover a celebração de contratos (sentido amplo – contratos, convênios, termos de parcerias, etc.), os administradores dispõem do interesse público, concretizando o mesmo através das cláusulas entabuladas pelas partes.

Dentre essas cláusulas pactuadas nas atividades administrativas, tomadas pelo comportamento de uma Administração Pública consensual, está justamente a submissão de eventuais conflitos serem julgados pelo juízo arbitral, dando suporte existencial à arbitragem

---

<sup>157</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

<sup>158</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44.

como meio de resolução alternativa de demandas, mesmo que uma das partes seja um ente público.

Interessante argumento exposto por Rafael Carvalho<sup>159</sup>, em que o mesmo pondera que quando da fixação das cláusulas de arbitragem, o interesse público já foi definido e disposto no bojo do contrato, em uma “ordem decrescente de abstração: Constituição, lei, atos regulamentares e ato administrativo individual/contratos”.

Assim sendo, não se pode furtar da Administração Pública, fundamentado no conceito genérico e indeterminado de indisponibilidade do interesse público, o direito de recorrer à arbitragem como meio de resolução de seus conflitos, sendo que a mesma, pelo contrário, se coaduna com o destaque especial que o consensualismo tem atribuído ao Direito Administrativo.

Por último, ainda retratando os obstáculos doutrinários sustentados para não se permitir a arbitragem na seara do Direito Público, temos o **princípio da publicidade** administrativa, previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Por meio dele, a Administração Pública deverá, no exercício de suas atividades, promover a mais ampla divulgação de todos os atos (salvo as exceções previstas em lei - sigilos) praticados pela mesma.

Com relação ao presente mote, objetiva-se conciliar (ou não) o procedimento arbitral, por ser o mesmo marcado pela confidencialidade, com a publicidade, como princípio constitucional que estabelece uma das raízes principais de observância obrigatória pelos entes públicos.

Ponto a ser frisado é que a legislação brasileira de arbitragem em nenhum momento impôs (obrigatoriamente) que o procedimento arbitral fosse tomado pela confidencialidade, apesar desta característica ser bem aceita e acolhida em tal meio, uma vez que preserva os sigilos comerciais<sup>160</sup>, imagens das partes, segredos industriais, etc. Apesar desta

---

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios.**

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod\\_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf) Acesso em 17/09/21

<sup>160</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas.** 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 295.

ausência legislativa, o parágrafo 6º<sup>161</sup> do artigo 13 da Lei n. 9.037/96, exige que o juiz arbitral atue com certa discricção.

Aqui se descortina esta temática, porque participando a Administração Pública do procedimento, a confidencialidade deverá, como regra, ser afastada do caso concreto. Acolhendo vertentes de compatibilização, bem como movimentos jurídicos de aceitação dos entes públicos na arbitragem administrativa, em 2015, com a reforma da lei de arbitragem<sup>162</sup>, ficou expressamente assentado que quando as instituições fossem parte nas demandas arbitrais, deveria necessariamente ser observada a publicidade.

Não foi à toa que o legislador ordinário promoveu a reforma acima citada, mas com o intuito de que os procedimentos arbitrais que envolvessem a Administração Pública fossem elevados a um patamar de fiscalização e controle social da atuação administrativa pela sociedade.

Outro ângulo a ser esclarecido, na esfera de atuação do Poder Público, determinadas situações deverão ser cravadas pelo sigilo, devendo-se observar inclusive as restrições impostas pela Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), quando do trato de questões relacionadas à segurança do Estado e da sociedade (artigo 23), bem como quando se tratar de procedimentos que envolvam a intimidade, imagem, vida privada e honra das pessoas (artigo 31).

Em consequência, não se tornam incompatíveis o princípio da publicidade e a confidencialidade na arbitragem, sendo tais indicadores plenamente harmônicos quando do trato da Administração Pública no procedimento arbitral instaurado para resolução de demandas na formatação extrajudicial.

## 2.4 O princípio da eficiência e a arbitragem administrativa

O ambiente do Direito Público tem passado por algumas tendências que promovem uma certa interação entre os diferentes ramos da ciência jurídica. Entre esses diálogos, pode-se citar uma vasta constitucionalização do Direito Administrativo.

---

<sup>161</sup> Artigo 13. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 18/09/21

<sup>162</sup> § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o **princípio da publicidade**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 18/09/21

No Brasil, desde a promulgação da Constituição em 1988, observa-se que tal ramo sempre esteve com suas raízes principiológicas fixado no texto constitucional, chegando a ter capítulo próprio (VII) para tratamento da Administração Pública.

Outra tendência que se tem acentuado no Direito Administrativo é a fuga para o direito privado<sup>163</sup>, uma vez que o mesmo tem aderido a institutos e conceitos de utilização mais comum deste segmento, e entre esses instrumentos, pode-se citar justamente a arbitragem (mecanismo de resolução alternativa de demandas).

Não se pode negar que o Direito Administrativo se encontra cercado de princípios, justificados até mesmos por suas raízes históricas. Tal ramo do direito tem sua origem em uma sistematização não-codificada, e sim pretoriana<sup>164</sup>, vislumbrando-se assim o papel importante que se pode dar aos princípios.

Adentrando especificamente no texto constitucional brasileiro, em sua redação original, o mesmo trazia como princípios de carga administrativa (podendo-se aplicar a outros ramos do direito público), previstos no artigo 37, *caput*, os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Em 1998 foi promulgada no Brasil a Emenda Constitucional de n. 19, que tratou de forma mais densa sobre a reforma administrativa brasileira.

Através deste veículo legislativo de reforma (EC n. 19/98), foi inserido mais um princípio dentro do arcabouço constitucional-administrativo, que foi justamente o princípio da eficiência (considerado um dos pilares principais da reforma promovida), constando expressa no artigo 37<sup>165</sup> da Constituição. Após esta inserção, outras legislações ordinárias (como por exemplo o artigo 2º<sup>166</sup> da Lei n. 9.784/99 – lei do Processo Administrativo Federal) passaram a contemplar o princípio da eficiência em seus textos normativos.

Ao tratar do princípio da eficiência jamais poderá se afastar de um modelo administrativo de formatação gerencial, direcionada para obtenção de controle dos resultados

---

<sup>163</sup> A expressão foi criada pela administrativista portuguesa Maria João Estorninho. MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.119

<sup>164</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.212

<sup>165</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 18/09/21

<sup>166</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e **eficiência**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm) Acesso em 18/09/21



quando da prática administrativa. A Administração Pública gerencial, em contraponto ao modelo burocrático, possui direcionamento focado na eficiência dos serviços, por meio de um controle mais apurado dos resultados, bem como uma avaliação de desempenho da atuação administrativa.

Eficiência, conceitualmente atrelado à doutrina italiana, seria o “dever de boa administração”. Tal princípio, na configuração administrativista, estaria vinculado à ideia de ação<sup>167</sup>, necessariamente de produção de resultado em celeridade, devendo o mesmo realizar satisfação aos anseios sociais. Verifica-se que o princípio da eficiência convoca o oposto de lentidão, descaso, características essas que têm se observado, talvez não como regra, na atuação administrativa brasileira.

Pelo acima exposto, percebe-se que o eixo de aplicação da eficiência administrativa está umbilicalmente ligado aos pressupostos de economicidade, eliminação de gastos, impressão de qualidade na atividade administrativa, celeridade na tomada de decisões e tramitação dos procedimentos, elevação da taxa de produtividade e um melhoramento no rendimento dos serviços funcionais.

Interessante ponderação realizada por Carvalho Filho<sup>168</sup> quando da análise dos institutos correlatos da **eficiência, eficácia e efetividade**. O primeiro seria a metodologia (modo) pela qual o Estado concretiza sua função administrativa. Já o termo eficácia estaria atrelado à observação dos meios e instrumentos que o agente público empregou para o desenvolvimento da atuação. Por último, e mais idealizada no que tange aos resultados produzidos em decorrência do operar público, tem-se a efetividade.

Observando as características da arbitragem anteriormente exploradas nesta dissertação, percebe-se que tal mecanismo, como meio de resolução de conflitos fora das alçadas do Poder Judiciário, mostra-se como um harmonioso veículo de concretização do princípio da eficiência administrativa.

Não se pode negar que quando se trata de celeridade, a arbitragem salta à frente em relação à taxa de congestionamento processual que marca a realidade da jurisdição estatal. Sabe-se que os maiores demandantes do judiciário brasileiro são os entes públicos, e que referidos conflitos, até pela sistemática recursal estabelecida, tramitam durante anos, muita das

---

<sup>167</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** / Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. P.122

<sup>168</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Editora *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2009. p.30

vezes, pelo lapso temporal estendido, não se pode mais nem falar na presença do interesse processual.

Outra característica da arbitragem que se alinha com a eficiência administrativa é a produção de um resultado por agentes especializados (árbitros). Inegável que quando a demanda tramita perante o Poder Judiciário, jamais ou dificilmente o magistrado irá ter a *expertise* que o árbitro detém. Isto é muito latente principalmente quando se enfrenta situações relacionadas à execução de contratos administrativos de longa duração. Nestas situações, até por impossibilidade técnica, o membro da jurisdição estatal irá ter que solicitar assessoramento (peritos) para o desfecho da lide, provocando uma série processual de burocrática atuação, que tornará a eficiência administrativa prejudicada.

Com a redução de demandas pelos entes públicos perante o Poder Judiciário, inegavelmente terá uma diminuição de custos com a manutenção do mesmo, bem como das despesas processuais previstas em lei (principalmente quando arcadas pela parte adversa e a Fazenda Pública tem a finalização da demanda de maneira desfavorável a ela).

Assim sendo, não se pode negar que a adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos harmoniza-se perfeitamente com o princípio da eficiência administrativa na consecução do interesse público, uma vez que a promoção do mesmo poderá ser auferida de maneira mais rápida e eficiente, observados os mandamentos legais.

## **2.5 Escolha do árbitro para dirimir litígios envolvendo a Administração Pública**

Conforme já retratado anteriormente, quando as partes, por livre vontade, entendem em submeter eventual conflito que porventura surja (cláusula compromissória) ou que já esteja em evidência (compromisso arbitral) ao procedimento arbitral, as mesmas poderão exercer a opção de eleger um ou mais árbitros (formatação colegiada), de forma direta. Tal regramento está previsto no artigo 10, inciso II<sup>169</sup> da Lei n. 9.307/96.

Atenção deverá ser concedida ao artigo 13 da legislação citada, uma vez que a mesma retrata que o árbitro é uma pessoa de confiança das partes envolvidas na demanda,

---

<sup>169</sup> Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; **II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 19/09/21

podendo, no caso de arbitragem institucional, delegar que a eleição do profissional seja realizada pelas entidades de arbitragem especializada (artigo 13, §3º da lei n. 9.307/96). Mesmo na arbitragem institucional, os regramentos quanto à escolha dos árbitros poderão ser diferenciados (sorteio entre os componentes do quadro, permissibilidade de os demandantes procederem com a escolha de forma direta dentro dos critérios estabelecidos). Vale ressaltar que toda esta previsão de escolha dos árbitros delimitado pela legislação está atrelada ao princípio da autonomia da vontade.

Interessante questão, que inclusive tem sido objeto de estudo entre os administrativistas, seria a metodologia de escolha dos árbitros ou instituição arbitral quando envolver, entre umas das partes, a Administração Pública, tendo em vista a submissão ao regramento de Direito Público (licitação, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público, etc.).

Analisando a Lei n. 9.307/96 (lei de arbitragem brasileira), não se constata entre seus dispositivos nenhum comando normativo quanto à escolha acima delimitada, ficando a mesma omissa sobre a seleção dos árbitros (ou comissão) para apreciar e julgar os conflitos quando da presença da Administração Pública como uma das partes.

Diante da omissão legislativa, tem-se questionado sobre a necessidade ou não de realização de licitação para contratação da entidade arbitral (institucional) ou do árbitro (*ad hoc*).

Tendo em vista a arbitragem ser um serviço especializado, até mesmo por retratar uma das suas características principais, o foco central da discussão gira em torno do instituto da inexigibilidade que estava previsto no artigo 25, inciso II, §1º<sup>170</sup> da Lei n. 8666/93 (lei de licitações e contratos). Vale frisar, nos termos já tratados anteriormente, referida lei foi recentemente revogada pela Lei n. 14.133/21 (que também trata de licitações e contratos),

---

<sup>170</sup> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm) Acesso em 19/09/21

prevendo em seu artigo 74, inciso III, §3º<sup>171</sup> a mesma hipótese de inexigibilidade tratada pela lei revogada.

Apesar da citação legislativa acima, fortes vozes doutrinárias se manifestam contrariamente à incidência da lei de licitações (mesmo no viés da inexigibilidade) quando se trata de escolher o árbitro ou instituição arbitral para apreciação/julgamento das causas que envolvam a Administração Pública. Fato a ser ressaltado é que a contratação dos mesmos traz um liame de incertezas quanto ao objeto a ser entabulado, uma vez que não se sabe se a demanda conflituosa irá surgir durante a execução, geralmente alongada, do contrato, ou restrita a valores (talvez entre em controvérsia a margem econômica e/ou a complexidade técnica).

Ao submeter a Administração Pública ao procedimento arbitral, não se pode afastar de uma análise restritiva quanto à reputação<sup>172</sup> da instituição arbitral, traço este marcado por aspectos subjetivistas, sendo tal situação incompatível com o desencadeamento de um processo licitatório.

Sustentando que a escolha dos árbitros/entidade arbitral não pode se submeter nem ao procedimento de inexigibilidade licitatória, tem-se Marçal Justen Filho<sup>173</sup>, argumentando que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (referido inciso trata dos objetos que deverão ser objeto de licitação – obras, serviços, compras e alienações) não se aplica a tal

---

<sup>171</sup> Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: § 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 19/09/21

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios.**

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod\\_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf) Acesso em 17/09/21

<sup>173</sup> “A atuação da câmara arbitral não é orientada, portanto, a fornecer uma utilidade autônoma à parte litigante. Não se trata de disponibilizar instalações físicas, serviços de assessoramento ou qualquer outro benefício destinado à utilização pela parte no desempenho de suas atividades próprias. Toda e qualquer atuação da Câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desempenho satisfatório da função arbitral. Portanto, numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma Câmara de arbitragem presta serviços às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido”. Marçal Justen Filho. **In: Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros.**

<https://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20-%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf> Acesso em 19/09/21

escopo, uma vez que quando as partes acionam o juízo arbitral, não se forma uma relação contratual entre elas e a Câmara, inexistindo vínculo de comutatividade que implicaria analisar a situação sobre o prisma da incidência da lei de licitação.

Possivelmente influenciado pelo entendimento doutrinário que sustenta a tese de aplicação da lei de licitação para contratação de árbitro/instituição arbitral quando uma das partes demandantes for a Administração Pública, foi publicada a Lei n. 12.815/2013 (Lei dos Portos), regulamentada inicialmente pelo Decreto n. 8.465/15 (recentemente revogado pelo Decreto n. 10.025/19). Tal Decreto recentemente revogado, trouxe previsão expressa (§3 do artigo 7º) de que a escolha do árbitro ou instituição arbitral será realizada por contratação direta por inexigibilidade licitatória.

Com a recente revogação do mesmo, o novo Decreto n. 10.025/19 agregou previsões diametralmente opostas no que tange ao procedimento arbitral quando se tratar de resolução de conflitos no setor de infraestrutura em geral (setores portuário, transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário).

Dando um passo mais à frente para a consolidação da arbitragem administrativa, quando se tratar de conflitos originados de contrato referentes aos seguimentos acima citados, os mesmos poderão ser resolvidos pelo mecanismo acima relatado. No ato executivo está previsto que a arbitragem será, preferencialmente, institucional (inciso V do artigo 3º), e a Câmara arbitral que irá compor o litígio, deverá ser previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União (inciso VI do artigo 3º<sup>174</sup>).

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro ao mesmo tempo que vem acolhendo a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos, ainda que envolvendo os entes públicos, se afasta da adoção de inexigibilidade licitatória, alinhando-se com o instituto do credenciamento<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional; VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18) Acesso em 19/09/2019

<sup>175</sup> Inclusive esse tem sido o entendimento de Gustavo da Rocha Schmidt: “Existem no Brasil, nada obstante, algumas – poucas, é verdade - instituições arbitrais com notória experiência e especialização na gestão de procedimentos arbitrais. Uma alternativa interessante para fomentar a competição entre elas na prestação de tais serviços seria a utilização da figura do credenciamento. Todas as entidades que atenderem às exigências mínimas estabelecidas pelo Poder Executivo, em ato regulamentar, poderiam postular o seu credenciamento. A escolha da instituição arbitral, entretanto, não poderá ficar a critério da Administração Pública. A indicação da câmara de arbitragem, dentre aquelas que obtiverem o credenciamento, deve ficar a cargo do particular”. SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018. p.70

## 2.6 Aspectos pontuais relacionados à arbitragem administrativa

Observa-se que, de forma vertiginosa, a arbitragem vem sendo aceita no meio doutrinário, jurisprudencial e legislativo (este com grande avanço ultimamente) como mecanismo eficaz de resolução de demandas em que uma das partes seja ocupada pela Administração Pública.

No entanto, para se proceder com a aplicação do instrumento de forma legítima, algumas particularidades deverão ser observadas, uma vez que as relações jurídicas entabuladas com a presença dos entes públicos deverão observar preceitos estabelecidos em seu regime jurídico.

A título de exemplo, visando a adequação dos normativos basilares, quando na demanda houver a presença da Administração Pública, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), publicou a Resolução Administrativa n. 09/2014<sup>176</sup>, que trata dos procedimentos a serem adotados quando os entes públicos foram partes no conflito a ser solucionado.

Assim sendo, trataremos de algumas especificidades relacionadas à arbitragem quando envolver a Administração Pública.

Ao se retratar sobre os **critérios de julgamento** da arbitragem de maneira geral, a mesma poderá ser dividida em arbitragem de direito e arbitragem por equidade. Na primeira modalidade, ao realizar o julgamento da demanda, o árbitro (ou Câmara) irá proferir o mesmo atrelado ao direito posto (direito positivo); já na segunda modalidade, por equidade, o ato resolutivo do conflito poderá pautar-se pela justiça do caso concreto, sendo facultado ao profissional utilizar-se dos usos e costumes.

Tratando de conflito que envolva a Administração Pública, nos termos do artigo 2º, § 3º<sup>177</sup> da lei de arbitragem brasileira (lei n. 9.307/96), a mesma deverá seguir a metodologia de julgamento de direito. Vale ressaltar que tal parágrafo foi inserido no bojo da legislação pela reforma realizada em 2015<sup>178</sup>, mostrando a intenção do legislador em permitir que a Administração Pública até participe da arbitragem administrativa, mas vedando que o critério

---

<sup>176</sup>. **Interpretação e aplicação do Regulamento do CAM/CCBC Arbitragens que envolvem a Administração Pública Brasileira.** <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/>  
Acesso em 20/09/2021

<sup>178</sup> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 20/09/2021.

de julgamento a ser adotado seja a equidade. Tal preceito está em devida coerência com o princípio da legalidade administrativa previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal brasileira.

Promovendo harmonia no sistema da legalidade estabelecido ao se tratar de arbitragem administrativa, a nova lei de licitações e contratos, recentemente publicada (Lei n. 14.133/21), previu em seu artigo 152<sup>179</sup>, quando tratou dos meios alternativos de resolução de controvérsias, que a arbitragem deverá sempre ser de direito, observando o princípio da publicidade.

No que tange ao **direito aplicável**, irá se averiguar se as partes poderão eleger nos contratos administrativos qual ato normativo será aplicado para resolução de eventual conflito. Vale ressaltar que o § 1º do artigo 2º<sup>180</sup> da lei de arbitragem concede poderes para as partes escolherem as regras jurídicas (de direito) que serão aplicadas no procedimento arbitral, condicionadas a observação de não se violar os bons costumes e a ordem pública. Em complementação, no §2º ficou autorizado que as partes poderão prever a aplicação dos princípios gerais do direito, usos e costumes, bem como nas regras de direito internacional.

Ao se tratar de demandas arbitrais que envolvam entes públicos, a autonomia da vontade deverá ser balizada com o regime jurídico que encapsula os contratos administrativos, não podendo as partes cederem no procedimento para aplicação das regras acima expostas.

Apesar de o conflito não ser submetido para apreciação do Poder Judiciário, em sendo aplicada a arbitragem administrativa, jamais as imposições legislativas, (principalmente as relacionadas nas Lei n. 14.133/21 - licitações e contratos públicos; Lei n. 8987/95 - concessão e permissão de serviços públicos; e Lei n. 11079/04 – parcerias públicas e privadas) poderão ser dissipadas no andamento processual que aplique a arbitragem.

Mesmo quando se tratar de conflitos transnacional, mas que envolva entes da Administração Pública brasileira, a doutrina majoritária entende que a lei a ser aplicada será a

---

<sup>179</sup> Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 20/09/21.

<sup>180</sup> § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 20/09/2021.

brasileira, apesar de o Enunciado n. 11<sup>181</sup> da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal prever que será válida a adoção de lei estrangeira.

Com relação ao **idioma** a ser utilizado no processo arbitral, deverá ser observado a língua portuguesa, uma vez que várias leis setoriais no Brasil (Leis n. 13.348/17; 11.079/04; 8.987/95, etc) exigem tal formatação.

Vale ressaltar que o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/02) exige no seu artigo 224 que qualquer documento redigido em língua estrangeira, deverá obrigatoriamente ser traduzido para o português, quando for produzir efeitos em território brasileiro.

No que tange ao local em que a arbitragem deverá ser realizada (**sede**), várias leis do país (§3º do artigo 31 da Lei n.13.448/17; artigo 11, inciso III da Lei n. 10.079/04; artigo 23-A da Lei n. 8987/95) preveem que a mesma deverá ser tramitada e decidida no Brasil. Tal previsão legislativa ocorre em razão de ser mais cômodo para execução da sentença contra a Fazenda Pública proferida no próprio país, sendo que em caso de eventual ação de anulação, torna-se mais fácil ser apreciada pelo Poder Judiciário brasileiro, sem esquecer do trato econômico que circunda todo o procedimento arbitral, mesmo envolvendo os entes públicos.

De forma ordinária, as **despesas e custos** (despesas periciais, honorários dos árbitros, taxas das Câmaras, etc.) com a arbitragem, são rateadas, de início, entre os demandantes, sendo que ao término do procedimento, o litigante que não for vitorioso, irá ressarcir ao outro os valores desembolsados.

Em se tratando de arbitragem que envolva a Administração Pública, tem-se pactuado (até mesmo incluído nos editais e contratos administrativos) que todos os valores sejam antecipados pelo particular (mesmo que a iniciativa do procedimento arbitral seja do Poder Público), sendo que ao final faz-se o acerto das despesas, e caso o sujeito privado se consagre vencedor, o ente público irá ressarcir todos os gastos, mas guardando uma relação proporcional com o sucesso obtido<sup>182</sup>.

Justifica-se tal mecanismo de pagamento antecipado pelos particulares em razão de toda burocracia orçamentária imposta pela legislação aos entes públicos, sendo necessária a

---

<sup>181</sup> Arbitragem – **nº 11**: “Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas; (...). Acesso em 16/09/21 <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>

<sup>182</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.31



solicitação de dotação especial para fins de disponibilização das despesas processuais da arbitragem.

Questão que já foi objeto de debate quando do trato da arbitragem administrativa é saber se há necessidade ou não de previsão da mesma no documento editalício (**previsão no edital**). Doutrinadores têm sustentado que não há necessidade de que se preveja no edital em caso de eventual conflito, podendo ser pactuado posteriormente<sup>183</sup>.

Referido entendimento doutrinário está alinhado com a lei brasileira de concessão de serviços públicos (Lei n. 8.987/95), bem como com a lei que trata das parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04), uma vez que as mesmas são taxativas ao preverem que a arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos, terá previsão no edital realizada de maneira facultativa.

Vale ressaltar que a discussão já foi palco de apreciação no âmbito do STJ (Superior Tribunal de Justiça), sendo questionado se seria necessário ou não que a cláusula de arbitragem estivesse prevista no edital. Pelos menos em duas situações, este Tribunal Superior (responsável pela uniformização de entendimento no que tange à legislação ordinária) teve que se manifestar: Recursos Especiais número 606.345/RS e 904.813/PR. Nos dois pronunciamentos, o respeitável Tribunal manteve o entendimento de que não haveria necessidade de constar no edital, ou mesmo no contrato assinado pelas partes que a arbitragem seria o mecanismo extrajudicial de resolução de demandas, podendo ser entabulado, posteriormente, um compromisso arbitral.

Por fim, consolidando todos os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acima citados no que tange à necessidade ou não de previsão da arbitragem no edital, a nova lei de licitações e contratos trouxe direcionamento expresso em seu artigo 153<sup>184</sup> de que os contratos administrativos poderão ser aditados para se permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, entre elas, a arbitragem.

## **2.7 Da análise jurisprudencial (Tribunais Superiores e Corte de Contas da União) da arbitragem administrativa no Brasil**

---

<sup>183</sup> VOSCEREAU, Isabella Moreira de Andrade. **Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013

<sup>184</sup> Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 20/09/21

Nesta abordagem, concedendo uma dinâmica maior ao trabalho, iremos tratar sobre os posicionamentos das Cortes judiciais brasileira, bem como do Tribunal de Contas da União, quanto à possibilidade (ou não) de os entes públicos serem partes nos procedimentos arbitrais.

Tal ênfase se mostra de grande utilidade, uma vez que após toda explanação teórica, trataremos de alguns casos concretos tramitados nas cortes judiciais, aderindo um aspecto “mais vivo”<sup>185</sup> ao estudo da temática.

Com relação ao Poder Judiciário, apesar de os Tribunais de 2º grau possuírem importantes decisões sobre o reconhecimento de a Administração Pública ser parte nos processos de arbitragem, iremos nos deter em analisar alguns julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Tramitou na esfera do **STF** (1955 a 1973) o processo reconhecido como “**caso Lage**”. Tal caso foi iniciado logo após a II Guerra Mundial. Neste contexto, foi publicado o Decreto-Lei n. 4.648/42 incorporando os bens da empresa Organização Lage (navegação, portos, estaleiros, etc.) ao patrimônio da União. Tendo em vista que as partes não chegaram a um consenso sobre o aspecto indenizatório, em 1946 foi publicado o Decreto-Lei n. 9.521/46, sendo que seu artigo 4º<sup>186</sup> submetia a pretensão das partes (valor da indenização) para a resolução arbitral.

Após a constituição do Tribunal Arbitral, processo tramitado e finalizado, foi fixado determinado valor indenizatório. Modificando o posicionamento, o próprio Governo Federal, logo após o julgamento, entendeu que o Juízo Arbitral era inconstitucional, cancelando os créditos para realização do pagamento.

Inconformado, o grupo (Lage) ajuizou uma ação que tramitou por todas as instâncias possíveis, até aportar no STF. Nesta Corte Superior, em 1973, foi proferido Acórdão<sup>187</sup> no sentido de que seria juridicamente possível o juízo arbitral (constitucionalidade)

---

<sup>185</sup> MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. "O que é uma boa tese de doutorado em direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, vol. 10, n. 1, 2013, p. 432-433. In Parada, André Luis Nascimento. *A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos*. André Luis Nascimento Parada – Brasília, 2015. 5.115

<sup>186</sup> Art. 4º. A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, **e o respectivo "quantum" será fixado pelo Juízo Arbitral** a ser instituído de acordo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei

<sup>187</sup> STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

decidir demandas que envolvam a Fazenda Pública. Estudiosos entendem que este caso julgado pela Corte Constitucional foi decisivo para o acolhimento da tese de que a Administração Pública não poderia ser privada de participar de demandas quando as mesmas tramitarem no juízo arbitral.

Outra demanda emblemática tramitada no judiciário brasileiro foi o “**caso COPEL**” (Companhia Paranaense de Energia – sociedade de economia mista). Tal empresa iniciou um projeto com a Petrobrás Distribuidora S.A para construção de uma usina termoeétrica a gás, no município de Araucária (Paraná), e para isso constituíram uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), a UEG (Usina Elétrica a Gás de Araucária). Referida unidade, já sendo produtora independente de energia, entabulou um contrato para venda de energia com a Copel pelo prazo de 20 anos, sendo que no contrato continha uma cláusula específica de que caso surgisse alguma demanda conflituosa, a mesma seria resolvida através da arbitragem.

Após alguns incidentes, que gerou a suspensão de pagamento pela Copel, a UEG ingressou com requerimento de arbitragem na instância competente (no caso, a CCI – Paris/França). Em seguida, a Copel judicializou a situação, alegando justamente a nulidade da cláusula arbitral. Em fase final, extinguindo o feito de forma definitiva, as partes acordaram.

Ainda no âmbito da jurisdição estatal, outra Corte que tem se pronunciado reiteradamente, até antes da publicação da Lei n. 13.129/2015 (alterou a lei de arbitragem brasileira para promover a inclusão de parágrafo específico admitindo que os entes públicos sejam partes no juízo arbitral) pela aceitação da arbitragem administrativa é o **STJ** (Superior Tribunal de Justiça – órgão competente para promover a unificação interpretativa da legislação federal no Brasil).

Um dos casos mais importantes apreciados pela citada Corte foi uma lide estabelecida entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul (sociedade de economia mista) e a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda (empresa privada),

---

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento

sendo o objeto do contrato a aquisição de potência e energia elétrica. Alegando o descumprimento do contrato pela AES, a companhia estadual judicializou a demanda, tendo a empresa privada alegado, de forma preliminar, a existência de cláusula compromissória arbitral, pleiteando a imediata resolução do feito.

Após não aceitação da tese “levantada” pela empresa, o processo chegou até o STJ, via recurso especial. Em seguida à manifestação do relator (Ministro Otávio de Noronha<sup>188</sup>) pelo provimento do recurso, a Segunda Turma do Tribunal extinguiu o processo sem resolução do mérito, prestigiando a cláusula compromissória arbitral presente no contrato assinado pelas partes, reconhecendo a validade da arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos, nos contratos administrativos.

Outro Recurso Especial julgado pelo STJ e que merece destaque nesta temática foi o de número 904.813/RJ. Tal foi interposto por uma sociedade de economia mista (Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagas), em face de decisões que vinham acolhendo a extinção de processo judicial, tendo em vista a presença de cláusula compromissória. A base meritória discutida no feito era a recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

Após toda a discussão processual, o STJ<sup>189</sup> se posicionou pela validade do compromisso arbitral em que estava prevista a arbitragem como meio de resolução da demanda, prestigiando novamente o instituto.

Pelos julgados acima expostos, percebe-se que a jurisprudência brasileira tem concedido um destaque especial ao instituto da arbitragem administrativa, reconhecendo

---

<sup>188</sup> No voto condutor do julgado, o Ministro Relator trouxe ao conhecimento da Segunda Turma do STJ as seguintes razões de decidir: uma das inovações consignadas na Lei n. 9.307/1996 foi a de conferir força cogente à cláusula arbitral, afastando a solução judicial do litígio, uma vez que estipulada a cláusula compromissória estará definitivamente imposta como obrigatória a via extrajudicial para solução dos litígios envolvendo o ajuste; a energia elétrica é *commodity* de grande importância para o País, razão pela qual cumpre assegurar às empresas que se dedicam à sua comercialização e ao seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios. Não resta dúvida de que, neste contexto, a cláusula compromissória constitui um desses mecanismos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439/RS.

<sup>189</sup>PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

**5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.** 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido.

Acesso em 16/09/21.

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600381112&dt\\_publicacao=28/02/2012](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012)

quando presente originariamente nos contratos administrativos, ou posteriormente, entabulada via compromisso arbitral.

Na tentativa de consolidação, no que tange à validade da arbitragem administrativa no Brasil, o STJ publicou recentemente no seu boletim de Jurisprudência em Teses (publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão) a edição de número 122 (anunciada em 05 de abril de 2019), sendo que a mesma trata especificamente da arbitragem. Dentro da edição, que possui 14 comandos, interessante averiguar o de número 13<sup>190</sup>, uma vez que tal foi bastante enfático ao deixar claro sobre a não existência de óbices legais para estipulação da arbitragem no âmbito das contratações públicas, desde que se observe as restrições legais.

Ainda no seguimento de acolhimento da arbitragem no espectro do Direito Público, em 23 de agosto de 2016 foi realizada em Brasília/DF, a I Jornada de Prevenção e Solução **Extrajudicial** de Litígios, reunindo a doutrina especializada mais abalizada para tratar da temática, sendo que ao final foram consolidados entendimentos (Enunciados aprovados a respeito da arbitragem administrativa: 02, 04, 11 e 13<sup>191</sup>) que reconheceram a viabilidade jurídica da arbitragem administrativa no Brasil.

Outro prisma a ser trilhado neste tópico será a análise do posicionamento do **TCU** (Tribunal de Contas da União) no que tange à participação dos entes públicos no procedimento arbitral.

A Corte de Contas da União, pelo menos nos julgamentos iniciais, passou a entender de forma divergente das Cortes superiores de jurisdição estatal no que tange à validade das cláusulas de arbitragem previstas nos contratos administrativos.

Não se deve esquecer que o TCU é um órgão que auxilia o Congresso Nacional no controle externo (artigos 70 e 71 da Constituição Federal), demonstrado assim sua relevância

---

<sup>190</sup> N. 13: **Não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público**, notadamente pelas sociedades de economia mista, para resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis.

Acesso em 16/09/21 <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>

<sup>191</sup> Arbitragem – **nº 2**: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”; (...) **nº 4**: “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”; (...) **nº 11**: “Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas; (...) **nº 13**: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. Acesso em 16/09/21 <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>

com relação às contratações públicas realizadas pela União. Assim sendo, percebe-se que o mesmo tem atribuição constitucional de julgar as contas dos administradores públicos, bem como os responsáveis que manejam dinheiro público (excepcionando o Presidente da República, apesar de se manifestar previamente, via parecer).

Antes da alteração da lei de arbitragem brasileira (Lei n 9.307/96), que ocorreu através da Lei n. 13.129/15, o TCU tinha entendimento sedimentado pela recusa (viés restritivo<sup>192</sup>) de aceitação da arbitragem administrativa, tendo como principal argumento de sustentação a ausência de autorização legislativa.

Pode-se colher do julgamento inaugural da temática aqui perquirida o Acórdão 286/1993<sup>193</sup> (anterior até mesmo à lei de arbitragem de 1996). Nesta decisão, o TCU deixou claro seu posicionamento contrário à utilização da arbitragem quando da contratação pelos entes públicos, inserindo como principal elemento motivador, até então, a falta de previsão legal. Vale ressaltar que tal julgado serviu de base para decisões posteriores no mesmo sentido<sup>194</sup>, como podemos citar os Acórdãos 584/2003 e 537/2006 (estes já posteriormente à lei de arbitragem, mas anteriormente à sua alteração em 2015).

Por mais de uma década o Tribunal de Contas da União manteve-se irredutível quanto à aceitação da arbitragem para dirimir conflitos que envolvessem entes da Administração Pública Federal. Em uma análise geral, quanto à fundamentação dos julgados restritivos (impossibilidade de arbitragem administrativa), verifica-se que a Corte sempre se sustentou em dois pilares: necessidade de lei específica e indisponibilidade do interesse público.

Com o passar do tempo, aos poucos o TCU foi flexibilizando seu entendimento de viés altamente restritivo, sendo que podemos apontar como mudança importante quando a respeitável Corte publicou o Acórdão n. 1330/07, julgando válida a arbitragem administrativa na seara das Parcerias Público-Privadas (PPP).

---

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez.** In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t.3, p. 615-616

<sup>193</sup> TCU, Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993. “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros.”

<sup>194</sup> ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2017. p. 176

Em seguida, o TCU reconheceu que seria juridicamente possível a arbitragem administrativa em outro julgado (Acórdão n. AC – 157-3/12-P) em que se discutia a cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de concessão aeroportuária, ressaltando somente a necessidade de que a demanda versasse sobre questões de valores patrimoniais.

Acima relatado, um dos principais argumentos do TCU para não se admitir era a ausência de previsão legal. Ocorre que em 2015 a lei de arbitragem brasileira foi alterada, e umas das inclusões normativas relevantes, que concedeu certo brilho à arbitragem administrativa, foi a permissibilidade jurídica de que os entes públicos sejam partes nos procedimentos arbitrais, devendo-se observar somente as restrições impostas pela lei.

## **2.8 Vantagens da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública**

Nos termos expostos anteriormente, não há mais como se negar que a arbitragem se inseriu como um meio alternativo de resolução de demandas, dentro dos limites legais, mesmo sendo a Administração Pública uma das partes.

Tal meio vem crescendo na seara legislativa, uma vez que várias leis passaram a adotar citado mecanismo em seu bojo, quando a temática se refere a resolutividade de conflitos. A própria lei geral de arbitragem brasileira (Lei n. 9.037/96), após a reforma em 2015, inseriu previsão (artigo 1º, §1º) da possibilidade jurídica de adoção do mecanismo nas demandas de regime jurídico-administrativo.

Resta, no momento, discutir se a arbitragem adere vantagens (ou não) quando a Administração Pública for uma das partes interessada na resolução do conflito. Apesar de entendermos que a mesma traz muitas vantagens para o ente público, não se pode negar que críticas, e até razoáveis, poderão escoar pela inadmissão do instrumento na plataforma pública.

Uma das principais vantagens do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública, principalmente quando se adota como paradigma o processo judicial, é a **celeridade**. O interesse público objetiva que as demandas, mesmos nos casos complexos<sup>195</sup>,

---

<sup>195</sup> KLEIN, Aline Licia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

sejam solucionadas com maior rapidez possível, dentro de balizas que formate um grau de segurança jurídica esperado.

Inegavelmente, a taxa de congestionamento<sup>196</sup> no âmbito da justiça pública está assustadoramente maior do que na Câmara arbitral (ou árbitros), sendo que o lapso temporal que se leva da abertura até o trânsito em julgado de uma sentença (ou acórdão) judicial, até pela imensurável via recursal que se adota no sistema processual brasileiro, é incomparável quando se perfaz a resolução na sistemática do procedimento arbitral. Para se ter uma ideia, a lei de arbitragem estabelece que todo o ciclo procedimental seja concluído em seis meses<sup>197</sup> após a instituição do mesmo, ressalvando que as partes poderão dispor de forma diferenciada. Para Eduardo Alvim<sup>198</sup>, essa possibilidade de as partes poderem convencionar de maneira diferente da prevista em lei, traduz-se em uma das principais vantagens da arbitragem, o que se torna difícil no âmbito do processo judicial.

Interessante ponderação realizada por Selma Lemes<sup>199</sup> ao dissecar a motivação da celeridade no procedimento arbitral, onde afirma que o profissional do juízo arbitral teria um tempo mais conveniente para apreciação da demanda, diferente do que acontecesse com o magistrado; a própria normatividade do arcabouço procedimental da arbitragem induz uma certa flexibilidade; bem como a expertise do árbitro para aplicação do conhecimento técnico na resolução do conflito estabelecido.

Outra vantagem que se pode apontar na arbitragem, plenamente aplicável na modalidade administrativa, é a **flexibilidade procedimental**. O aspecto pragmático do procedimento arbitral é de uma evidência cristalina, ainda mais quando se compara com a rigidez das regras estabelecidas no processo civil. A própria lei de arbitragem brasileira, em seu artigo 21<sup>200</sup>, (Lei n. 9307/96) faculta às partes estabelecerem flexibilizações quanto ao

---

<sup>196</sup> CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 126.

<sup>197</sup> Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 21/09/21

<sup>198</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 145

<sup>199</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 175-176

<sup>200</sup> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em 21/09/21



procedimento arbitral. Tal razão se justifica porque o foco principal da arbitragem é a resolução do problema “montado”, e não o cumprimento imensurável de regras.

Vale ressaltar que apesar da flexibilidade estabelecida em lei, deverá ser observado o devido processo legal<sup>201</sup>, sendo este uma garantia que não se pode transigir, principalmente para não se violar direito das partes.

Analisando a arbitragem pelo aspecto econômico-financeiro, o **custo do procedimento arbitral** tem-se mostrado como mais uma vantagem para se aderir a Administração Pública ao referido meio. Em uma análise preliminar, pode acontecer de se averiguar o ônus financeiro da arbitragem pelo simples cálculo do valor e chegar à conclusão que o custo é maior do que quando se tramita um processo na via judicial. Ocorre que a base analítica não poderá se isolar no valor, uma vez que o pagamento das custas deverá ser agregado com o benefício da celeridade na definitividade da resolução de demanda, a expertise do árbitro, julgamento em instância única, etc.

Selma Lemes<sup>202</sup> chega a afirmar que a simples previsão da cláusula compromissória em eventual contrato administrativo (concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas, execução de serviços em geral, fornecimento de bens), por si só, já gera uma diminuição no custo da aquisição.

O **julgamento em instância única**, regra geral, traduz-se em grande vantagem do procedimento arbitral, principalmente quando se está em foco os entes públicos. O direito processual civil brasileiro, apesar de várias e recentes reformas, inclusive com a publicação do um novo CPC em 2015, ainda padece de um sistema recursal que perpetua o curso das demandas judiciais, ainda mais se tratando de Administração Pública.

Regra geral, o julgamento proferido pelo árbitro (ou Câmara arbitral), não sendo caso de nulidade previstas em lei, fica impossibilitado de ser atacado (via ação anulatória) por qualquer das partes, concedendo assim agilidade à resolução conflituosa posta à apreciação.

Especificamente em relação aos contratos administrativos de infraestrutura, mostra-se cada vez mais a necessidade urgente de implantação da arbitragem, uma vez que,

---

<sup>201</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 236

<sup>202</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 188.

conforme pondera Carlos Alberto Carmona<sup>203</sup>, tal método, pela expertise (especialidades temáticas) dos profissionais, tende a ser mais adequado para resolução dos conflitos, principalmente os de alta complexidade.

Assim sendo, independentemente de que prisma se observe, a arbitragem tem-se demonstrado como um mecanismo vantajoso para resolução das demandas que envolvam a Administração Pública em geral.

Finalizada a investigação, não esgotante, sobre a aplicação/aceitação da arbitragem administrativa na seara do Direito brasileiro, iremos, em seguida, tratar da mesma, no contexto do Direito português, principalmente pela maturidade que o tema já possui em Portugal, referência na temática em testilha.

---

<sup>203</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas.** <https://www.migalhas.com.br/depeso/224914/a-arbitragem-no-setor-de-infraestrutura-portuaria-e-as-jabuticabas>  
Acesso em 21/09/21

### 3. Da Arbitragem Administrativa em Portugal

Pode-se observar que nas linhas gizadas anteriormente, retratamos os meios de resolução alternativa de conflitos, adentrando principalmente na esfera da arbitragem, onde expusemos o tratamento da mesma no Brasil quando envolver litígios em que conste a Administração Pública como um dos entes interessados.

Agora, jamais intencionado em perfilhar um estudo exauriente do tema, iremos focalizar o campo da arbitragem administrativa na seara do direito lusitano.

Não se pode negar que os meios alternativos de resolução de litígios possuem suas originalidades, regra geral, nas crises apontadas pelos mecanismos oficiais (Órgãos de Jurisdição), assim também ocorreu em Portugal<sup>204</sup>.

Mariana França<sup>205</sup> entende que a crise na justiça se dá no seu viés qualitativo (não apenas na morosidade e volume de demandas), sendo que os mecanismos de resolução extra Judiciário deverão responder à essa prestação de qualidade, e não a mera retirada dos conflitos que estão “nas mãos” Jurisdicionais. Referidos meios irão trilhar a “solução mais adequada”, não se atrelando somente ao aspecto da celeridade, mas focando principalmente na qualidade da prestação a ser oferecida para resolutividade litigiosa.

A crise do Direito e da Justiça tem sido um elemento propulsor para o engrandecimento das formas alternativas de resolução dos litígios. Analisando referida evolução, Mariana França<sup>206</sup> pontua que a existência do paralelo de que a identificação do Direito com a lei ocasionou a criação de “um sistema estatal e monopolizador da Justiça”, e partindo da premissa de que o Direito não nasce de uma única fonte, há de se concluir que não existe somente uma esfera de aplicação do Direito quando da dissipação dos litígios. Há uma evolução das soluções jurídicas<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> MENKEL-MEADOW, Carrie, *Roots and Inspirations – A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution, in The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco, Jossey-Bass 2005, p. 19

<sup>205</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª ed. Almedina, 2015. p.25.

<sup>206</sup> GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª ed. Almedina, 2015. p.28.

<sup>207</sup> ANTÓNIO Hespanha, em “*O Caleidoscópio do Direito*”, 2007, p.213 pontua que no direito há uma certa evolução “*da ideia da certeza dos princípios e das soluções jurídicas (modernismo) para a de uma mera solução razoável, exigida pela indeterminação, complexidade e necessidade de contextualização das sociedades de hoje (pós-modernas).*” In: GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3ª ed. Almedina, 2015. p.28.

### 3.1 Aspectos gerais

Em abordagem retrospectiva, ficou demonstrado que a arbitragem pode ser entendida como um dos meios de resolução alternativa de conflitos, sendo que as partes escolhem um profissional (ou vários) para proferir uma decisão no intuito de se pôr fim a demanda.

Percebe-se que a mesma, apesar de seu nascedouro está mais atrelado às partes privadas, avançou para o território jurídico dos entes públicos, sendo considerado um mecanismo eficaz de dissipação de litígios.

Apesar de todo um debate jurídico sobre sua natureza jurídica, diz-se que a arbitragem está em um “meio caminho” de alocação entre um julgamento proferido pelo Poder Judiciário, bem como a relação contratual entabulada pelas partes interessadas<sup>208</sup>. Não se pode negar a origem contratual da arbitragem (concretizada no fundamento da convenção de arbitragem), mas sua natureza é de plena atividade jurisdicional<sup>209</sup>.

Em Portugal, atualmente, a arbitragem voluntária (apesar de pouco conteúdo material em relação aos entes públicos) é regulamentada pela Lei n. 63/2011 (LAV), sendo que referido ato legislativo foi substituído da Lei n. 31/86.

Bem antes da publicação da atual lei regulamentadora, os juristas portugueses que atuavam na seara arbitral, pleiteavam uma alteração, ou até mesmo substituição, do regimento anterior (LAV de 1986), sustentando que a mesma era “lacunosa e insuficiente” para produzir uma autonomia esperada ao instituto da arbitragem, além de que não se adequava à adoção globalizada (mesmo após a recomendação da Assembleia-Geral das Nações Unidas) que os países estavam tendo em relação à Lei-Modelo da UNCITRAL<sup>210</sup>. Vale destacar que a atual LAV seguiu o modelo UNCITRAL, uma vez que tal conduta seria necessária para protagonizar Portugal no campo da arbitragem internacional (credibilidade e desenvolvimento)<sup>211</sup>.

Não se delimitando apenas ao cotejo do direito privado, a arbitragem avançou para sua atuação no âmbito do regime administrativo, sendo Portugal, país de tradição romano-

---

<sup>208</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2005, p. 183-186.

<sup>209</sup> FREITAS, José Lebre de. **Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem**, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço – Volume II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 626.

<sup>210</sup> MENDES, Armindo Ribeiro. **A Nova Lei de Arbitragem Voluntária: Evolução ou Continuidade?** in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2012 (n. 05), p. 07.

<sup>211</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.121.

germânica, um dos ordenamentos jurídicos em que mais se consolidou tal mecanismo de resolução alternativa de demandas, se destacando como fomentador da arbitragem administrativa<sup>212</sup>.

### 3.2 Evolução histórica da arbitragem em Portugal

Surgiram várias teses para se averiguar a origem e evolução da arbitragem no território português, sendo os parâmetros consagrados nas teses da evolução (continuação), revolução (inovação) e a da revolução temperada<sup>213</sup>.

Vale ressaltar que vários estudiosos se debruçam sobre o tema desde o século XIX, alguns entendendo que a arbitragem sofreu somente uma evolução, uma vez que já no século XII, existiam os alvidros (árbitros necessários); enquanto isso, outros estudiosos perfilham o entendimento de que a arbitragem não foi criada tradicionalmente em Portugal, mas sim, um instituto de origem francesa e espanhola (tese da revolução)<sup>214</sup>.

Alves de Sá<sup>215</sup> parte da premissa que a arbitragem foi originada do liberalismo adotado pelo constitucionalismo em Portugal, sem deixar de reconhecer certa influência dos alvidros (tese da revolução). Tal instituto nasceu ancorado na revolução francesa. Apesar de reconhecer que a arbitragem é antiquíssima, como fenômeno jurídico, a mesma ficou muito tempo em estado de nostalgia, justificável pela incompatibilidade com os sistemas absolutistas que imperavam nos modelos políticos.

Adotando a tese da evolução, Francisco Cortez<sup>216</sup> entende que a arbitragem já existia antes mesmo do liberalismo constitucional, sendo produto de um desenho evolutivo que

---

<sup>212</sup> ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em conflitos com a administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 35

<sup>213</sup> CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira**. Rio de Janeiro: Lmen Juris, 2019. p. 47.

<sup>214</sup> CABRAL, Luis Pedroso de Lima. **Arbitragem e Direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português**, in Arbitragem e Direito Público, Lisboa: Editora AAFDL, 2015, pp. 17/74.

<sup>215</sup> SA, Eduardo Dally Alves de. **Comentário do Código de Processo Civil Português**, 1878, vol. 1, Lisboa: Rodrigues, Coimbra: Imprensa da universidade, 1877, p. 1171

<sup>216</sup> CORTEZ, Francisco. “**A arbitragem voluntária em Portugal. Dos ricos-homens aos tribunais privados**”, in O Direito, Lisboa, Ano 124 (vol. III). 1992, p. 373. In Gabriela Carvalho, p. 53: “os juizes alvidros parecem ter sido promovidos por uma tentativa dos monarcas de aperfeiçoar a justiça pública. Nesta perspectiva, teriam sido tomadas uma série de medidas por D. Afonso III, D. Dinis e D. Afonso IV, que procuravam organizar o sistema judiciário de modo a facilitar aos seus súditos, nobres ou plebeus, o recurso à justiça pública, entre às quais se contaria com a possibilidade conferida às partes de acordar a entrega de uma demanda a juizes árbitros ou alvidros, aqueles que são feitos e eleitos pelas partes”.

nasceu nas Ordenações Afonsinas, em que houve um alinhamento dos costumes dos juízes alvidros (formatação consuetudinária) e a idade da lei dos juízes árbitros.

Os Alvidros ou Alvedrios eram os homens bons que exerciam a função de árbitros, sendo que os mesmos julgavam uma determinada demanda promovendo uma integração quando do aparecimento de lacunas, proibido de possibilidade ilimitada de atuação, sempre prezando por decisões lastreadas em valores jurídicos (costumes, equidade, etc). Interessante síntese retratada por J. O. Cardona Ferreira<sup>217</sup>, ao enfatizar que, em território lusitano, os alvidros eram os juízes escolhidos pelas partes (seus julgamentos eram adstritos aos poderes conferidos), sendo que suas decisões poderiam ser submetidas aos sobrejuízes, devendo-se ressaltar que seus pronunciamentos poderiam ser utilizados como mecanismos de composições.

Surgiu certa discussão sobre a natureza dos alvidros, principalmente quanto à sua origem, se seria pública ou privada, dando origem a dois posicionamentos. Coelho da Rocha<sup>218</sup> sustenta a tese de que os alvidros possuiriam natureza privada, uma vez que o Estado não interferia na esfera de escolha dos interessados. Por outro lado, Marcelo Caetano<sup>219</sup> entende que uma das principais funções do alvidros estava relacionada ao aperfeiçoamento da Justiça, sendo esta a responsável pela execução de suas decisões, concedendo assim a natureza pública à origem dos mesmos.

Por outro lado, Duarte Nogueira<sup>220</sup> partindo de um entendimento revolucionário na modalidade temperada (tese da revolução temperada), entende que o direito romano passou a ter significativa importância no surgimento da arbitragem em Portugal, sendo a mesma um braço de consolidação de “soluções legais” que produzem eficácia até os dias atuais.

### **3.3 Assento constitucional e legal da arbitragem administrativa portuguesa**

Mesmo sendo a arbitragem um dos principais meios de resolução alternativa de litígios, observa-se que a Constituição da República de Portugal não chegou a definir tais meios.

---

<sup>217</sup> FERREIRA, J. O. Cardona. “**Julgados de Paz (lei 78/2001 de 13/07) na redação da lei 54/2013, de 31/07**”, 3ª edição, Lisboa: Almedina, 2014, p. 11

<sup>218</sup> ROCHA, Manuel Antonio Coelho. **Instituições de Direito Civil Portuguez**, 1917, p.33

<sup>219</sup> CAETENO, Marcello. “**História do Direito Português**”. Fontes. Direito Público. 3ª edição. Lisboa: Verbo, 1992, pp. 374 e 376

<sup>220</sup> NOGUEIRA, José A. A. Duarte. **A Arbitragem na História do Direito Português** (subsídios), Revista Jurídica, n. 20 (Nova Série), 1996, p. 12

Apesar disso, ocorreu um avanço no texto constitucional, uma vez que é possível absorver a legitimação que fundamenta tais mecanismos<sup>221</sup>.

Analisando a Constituição portuguesa, duas normas contidas na mesma acolhem os meios alternativos de resolução de demandas: artigo 202º, nº 4<sup>222</sup> e artigo 209º, nº 2<sup>223</sup>.

No inciso do primeiro artigo citado, a Constituição de Portugal deixou claro que a atividade jurisdicional não constitui a única forma de se resolver os conflitos que aparecem no meio social, abrindo espaço jurídico para se adotar outros meios, como por exemplo, a mediação, arbitragem, etc<sup>224</sup>. Pode-se dizer que esta previsão constitui um grande avanço no sistema jurídico lusitano, valendo ressaltar que tal afirmativa ficou ausente na Constituição brasileira de 1988.

Observa-se que o artigo 209º, número 2, sustenta que a legitimidade dos meios alternativos de resolução dos litígios sempre será assegurada, devendo-se observar que a voluntariedade constitui um elemento fundamental para que haja a substituição da jurisdição estatal<sup>225</sup>. Referido artigo, na visão de Mário Aroso<sup>226</sup>, categoriza a autorização existencial dos tribunais arbitrais.

A título de acréscimo, tendo em vista a temática estabelecida nesta dissertação (arbitragem administrativa), vale registrar que a CRP expressou em seu artigo 212º, nº. 3<sup>227</sup> que os conflitos de origem administrativa e fiscais seriam submetidos aos tribunais respectivos.

---

<sup>221</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 43. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>222</sup> Artigo 202.º 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos. Acesso em 22/11/2021.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

<sup>223</sup> Artigo 209.º 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Acesso em 22/11/2021.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

<sup>224</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ressaltam que, a propósito de do artigo 202º, nº 4 da CRP que, “*pese embora a função jurisdicional se encontre reservada aos tribunais, que são órgãos públicos de soberania, daí não decorre qualquer impossibilidade ou proibição constitucional de formas de composição não jurisdicional de conflitos*”. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, cit., p. 511. Citado in Monteiro, António Pedro Pinto, e outros. Manual de Arbitragem. Almedina. 2019. p.45. ISBN: 978-972-40-7965-3 p. 44

<sup>225</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>226</sup> ALMEIDA, Mario Aroso de. “*Manual de Processo Administrativo*”, ed. Almedina, 2016, p. 502 e ss.

<sup>227</sup> Artigo 212º

**3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.**

Acesso em 22/11/2021.  
[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

Conforme antes retratado, apesar de uma atuação originária no âmbito do Direito Privado, a arbitragem pública, principalmente em território lusitano, tem ganhado cada vez mais espaço, corporificando em plenitude seu espaço na esfera das relações jurídicas administrativas.

No plano infraconstitucional, a arbitragem administrativa teve seu assento previsto no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 1984, aprovado pelo Decreto-Lei nº 129. Não se pode esquecer que já na Constituição da República de Portugal de 1976 constava o instituto da arbitragem.

O próprio artigo 2º, nº 2 do ETAF de 1984 admitia a presença dos tribunais arbitrais nas matérias contenciosas das relações contratuais administrativas, bem como nas demandas de responsabilidade civil decorrentes de atos praticados pela gestão pública (acrescido das ações de regresso).

Após o ETAF/84, foi aprovada a Lei n. 31/86 (Lei de Arbitragem Voluntária), em que a mesma trouxe a previsão (artigo 1º, n 4) de que os entes estatais (pessoas coletivas de direito público) poderiam ser autorizados a celebrarem convenções de arbitragem, condicionando tal ato à previsão em lei especial, com exceção dos litígios que fossem provenientes das relações de direito privado. Em 2011, referido ato legal foi revogado pela nova Lei de Arbitragem Voluntária (LAV nº 63/2011), sendo que a previsão anteriormente retratada, foi mantida integralmente em seu artigo 1º, nº 5<sup>228</sup>.

Como ponderado por Sérvulo Correia<sup>229</sup>, tal artigo acima descrito da LAV de 2011 não deixa de indicar o fenômeno da arbitrabilidade ao delimitar as matérias que podem ser submetidas, por disposição direta da LAV, aos tribunais arbitrais, no enfoque administrativo, que seriam os litígios decorrentes das relações de direito privado, mas praticados nos atos de gestão pública.

Assim sendo, quando se tratar de litígios que envolvam relações jurídicas de Direito Público, a LAV possui uma previsão geral, necessitando do esmiuçamento mais específico para aperfeiçoamento das convenções arbitrais geradas no plano da

---

<sup>228</sup> Artigo 1º. 5 - O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado. Acesso em 22/11/2021. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis&so_miolo=)

<sup>229</sup> SÉRVULO Correia, “*A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos*”, in Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1994, pp. 239.



voluntariedade<sup>230</sup>. Ou seja, nas matérias que tratem de relações jurídicas administrativas, a utilização da arbitragem necessita de legislação específica<sup>231</sup>.

Em 2002, com a publicação do Decreto-Lei n.º 13, a matéria deixou de ter sua previsão constante no ETAF/84 (revogado), passando a ser tratada na esfera do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), que entrou em vigor em 2004 (01 de janeiro), alterando o panorama antes existente<sup>232</sup>. Tal tema será tratado de forma mais detalhada a seguir.

Não há de se esquecer que outros atos normativos trouxeram previsão da arbitragem administrativa em Portugal, ainda que de forma pontual. O Código de Procedimento Administrativo (CPA), em seu artigo 188º; Decreto-Lei nº. 55/99 (regime jurídico das empreitadas de obras públicas – matérias relacionadas à indenização e preços); Decreto-Lei nº. 18/2008 (Código dos Contratos Públicos); Decreto-Lei nº. 555/99 (regime jurídico da urbanização e edificação); Lei nº 168/99 (Código das Expropriações – aqui trata da arbitragem necessária, alheia à vontade das partes, compulsória<sup>233</sup>).

Dentre todas as previsões legais que respaldam a utilização da arbitragem administrativa em Portugal, merece destaque especial o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

### **3.4 Tratamento da arbitragem administrativa no CPTA – recentes reformas**

Em 22 de fevereiro de 2002, foi aprovado no ordenamento jurídico português o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA – Lei nº 15/2002), sendo que a mesmo passou a ter vigência somente em 01 de janeiro de 2004. Tal ato normativo foi objeto de uma série de reformas, como serão vistas em diante.

Já em sua redação originária, o CPTA consagrou grande avanço no que tange à arbitragem administrativa, uma vez que planificou as matérias (jurídicos-administrativos) que poderiam ser objeto deste meio alternativo de resolução de demandas. Tal código centralizou

---

<sup>230</sup> CLARO, João Martins. “*A arbitragem e o anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 22, p. 85.

<sup>231</sup> ALMEIDA, Mario Aroso de. “*Manual de Processo Administrativo*”, ed. Almedina, 2016, p. 504.

<sup>232</sup> SERRA, Manuel Fernando dos Santos. **A arbitragem administrativa em Portugal: Evolução Recente e Perspectiva**, in Mais Justiça Administrativa e Fiscal, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora S.A, 2010, p. 19

<sup>233</sup> CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019. p. 68.

entre seus artigos 180º e 187º (Título IX – Tribunais arbitrais e centros de arbitragem) o tratamento específico da arbitragem na seara do Direito Público, concedendo um brilho mais detalhado do que o encontrado anteriormente no EATF de 1984<sup>234</sup>.

Vale ressaltar que desde a sua publicação, o CPTA esteve em constantes reformas pelos seguintes atos legislativos: Lei nº 4-A/2003 (alterou os artigos 182º, 184º e 186º); Lei n. 59/2008 (aprovação do Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas – reformando os artigos 180º e 187º); Lei nº 63/2011 (LAV – revogou os artigos 181º, nº 2 e 186º).

A primeira grande reforma do CPTA que teve considerável influência na arbitragem administrativa ocorreu através do Decreto-Lei nº. 214-G/2015.

O artigo 180º<sup>235</sup>, nº1, alíneas “a” até “d” trata das matérias que poderão ser submetidas ao juízo arbitral, sendo que o mesmo já passou por reformas após sua publicação original. Vale ressaltar que ocorreu um alargamento da competência dos juízos arbitrais<sup>236</sup>.

Em síntese, no que se refere à arbitrabilidade objetiva no segmento do Direito Público, o CPTA prever as seguintes matérias: litígios relativos aos contratos públicos e atos administrativos relativos à sua execução; demandas que estejam relacionadas à responsabilidade civil na modalidade extracontratual; lides que digam respeito à validade dos atos administrativos, e por último, os fatos relacionados aos eventos de emprego público<sup>237</sup>.

A alínea “a” do número 1º afirma que as lides inerentes aos contratos administrativos, até mesmo atinentes à declaração de nulidade ou anulação de atos administrativos na fase executória, poderão ser submetidas ao procedimento arbitral. Aqui vale

---

<sup>234</sup> FARINHO, Domingos Soares. «O Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais», in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014, p. 421.

<sup>235</sup> Artigo 180º. 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de:

- a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respectiva execução;
- b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas;
- c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário;
- d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

Acesso em 22/11/2021.  
[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=439&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

<sup>236</sup> SILVA, Suzana Tavares. «O Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais», in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014, pp. 401-420

<sup>237</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 181. ISBN 978-972-40-7965-3.

ponderar que antes mesmo do novo CPTA, em Portugal já se admitia, no que tange aos contratos administrativos, a aferição do juízo arbitral em relação aos aspectos da validade, interpretação e execução dos mesmos.

A questão principal que passou a ser palco de discussões foi a seguinte: quando da execução dos contratos administrativos o tribunal arbitral poderia apreciar demandas relacionadas aos atos administrativos? E aqui alguns doutrinadores já entendiam que os juízos arbitrais não poderiam, de forma definitiva, apreciar a legalidade dos atos administrativos quando da execução dos contratos<sup>238</sup>.

Com a inclusão, na parte final da alínea “a”, da expressão “incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respectiva execução” tal questão entrou em grau de superação.

Outra matéria passível de apreciação pelo juízo arbitral, mesmo quando a Administração seja uma das partes interessadas, é a responsabilidade civil extracontratual, aqui incluso a efetivação do direito de regresso, bem como as indenizações devidas (**alínea “b” do número 1º**). Assim sendo, passou-se também para a competência dos tribunais arbitrais (não excluindo a jurisdição administrativa), além das demandas relacionadas à responsabilidade extracontratual, os destaques relacionados às fixações de indenizações decorrentes de atos da Administração Pública (lícitos e ilícitos)<sup>239</sup>.

A título de acréscimo, tendo em vista a previsão contida no artigo 185º, número 1 do CPTA, será vedada a utilização da arbitragem administrativa quando a demanda for relacionada à responsabilidade civil da Administração Pública fruto do exercício da função política, legislativa ou jurisdicional.

Item de suma importância na análise da arbitragem administrativa em Portugal refere-se à apreciação dos atos administrativos pelos tribunais arbitrais (**alínea “c” do número 1º**). Antes da reforma do CPTA em 2015, discussão muito acirrada que se travava entre os estudiosos era sobre a possibilidade da referida análise pelos árbitros, uma vez que estava expresso na citada alínea a seguinte afirmativa: “*questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade*”. Posteriormente, após a reforma,

---

<sup>238</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II, Coimbra, 2001. pp 656/657

<sup>239</sup> FAUSTO de Quadros, «**Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem**» in *RIAC*, nº 7, 2014, Almedina, Coimbra, p. 12.

passou a constar a seguinte expressão: “*questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário*”.

Na redação original, o legislador acabou equivocando-se quanto à correspondência entre o poder de revogação com o poder de disposição<sup>240</sup> da matéria que poderia ser submetida ao juízo arbitral. Quando se retrata a atuação da arbitragem administrativa, a mesma irá ter atuação no controle dos atos administrativos, jamais sobre a composição dos mesmos, não possuindo poder discricionário para produção de atividades administrativas, como se fossem verdadeiros prolongamentos dos entes públicos<sup>241</sup>.

Com a revisão do CPTA, efetivando a substituição das expressões acima retratadas, não há de se negar que a competência dos Tribunais Arbitrais foi atingida por um certo alongamento material, dissipando eventuais dúvidas que porventura ainda existiam.

Vale ressaltar que os árbitros poderão apreciar a legalidade dos atos administrativos, devendo-se afastar, no que tange à apreciação, do mérito ou conveniência dos mesmos, tendo como fundamento desta assertiva o princípio da separação dos poderes. Ponto a ser esclarecido é que o juízo arbitral, assim como os Tribunais Administrativos, não poderão ficar vedado de apreciar o poder discricionário quando o mesmo colidir os princípios administrativos firmados no texto Constitucional português, uma vez que se adentra à esfera da legalidade<sup>242</sup>.

O artigo 185º, n. 2º<sup>243</sup> do CPTA traz uma redação em que os árbitros estão vedados de “pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade” das atividades exercidas pela Administração Pública. Tal previsão impõe uma certa limitação da matéria de Direito Público aos árbitros.

Como arremate às matérias que podem ser submetidas ao juízo arbitral, tem-se os litígios que digam respeito às relações jurídicas de emprego público (**alínea “d” do número 1º**), devendo-se ressaltar que antes da reforma ocorrida em 2008, a expressão contida era

---

<sup>240</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 78.

<sup>241</sup> PORTOCARRERO, Marta. “**Contratos sobre exercício dos poderes públicos, Transação e Arbitragem**”. Universidade Católica Porto, 2015, pp 316 ss.

<sup>242</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 79.

<sup>243</sup> Artigo 185. Limites da arbitragem.

**2 - Nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade.** Acesso em 23/11/2021.  
[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis)

“litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público”, não ocorrendo mudança substancial no referido conteúdo.

### 3.5 Alterações recentes ao CPTA – Lei nº 118/2019

Conforme assinalou-se anteriormente, o CPTA já passou por algumas reformas desde a sua publicação originária. Em 2019, foi publicada a Lei nº 118, sendo que tal ato legislativo promoveu novas reformas no CPTA, em que serão comentadas quanto à esfera da arbitragem administrativa.

Pode-se, dentro do elenco da arbitragem de Direito Público, afirmar que os artigos alterados do CPTA (inclusive com acréscimos) foram: artigo 180º, número 3; artigo 181º, números 3 e 4; artigo 185º- A, números 2 e 3; artigo 185º-B, número 2.

O número 3 do artigo 180º foi modificado, tratando o mesmo da impugnação dos atos administrativos relativos à formação dos contratos públicos, desdobrando-se as fases na modalidade pré-contratual, bem como dos recursos, observadas as condicionantes das decisões arbitrais.

No que tange ao artigo 181º, foram acrescentados dois números, o de nº 3 retrata a situação de a norma (convenção internacional, ato legislativo e decreto regulamentar) ter recusada sua aplicação por ser a mesma inconstitucional ou ilegal. Neste caso, obrigatoriamente o Tribunal Arbitral deverá notificar o Ministério Público com atuação no tribunal administrativo de círculo. Conforme comentado por Ricardo Pedro<sup>244</sup>, este acréscimo atinge um tema crucial de discussão (muito importante) no âmbito da arbitragem administrativa: participação ou não do MP nos processos arbitrais que tratem das demandas de Direito Público.

Alguns doutrinadores<sup>245</sup> entendem que o MP não deverá participar dos processos que tramitam nos juízos arbitrais, mesmo tratando da temática administrativa, devendo ser averiguada a matéria na mesma formatação das lides privadas; outros afirmam que poderá participar somente na fase recursal (verifica-se que foi a posição adotada pelo legislador

---

<sup>244</sup> OLIVEIRA, Ricardo Pedro, António M. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos- Anotação à Lei nº118/2019, de 17 de setembro*. Disponível em: Grupo Almedina (Portugal), ebook, 2020.

<sup>245</sup> ESQUÍVEL, José Luís. “A arbitragem administrativa no quadro da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: algumas notas”, in *Atas da Conferência sobre Iniciativas Legislativas de Reforma do Processo Administrativo e Tributário*, Eduardo Paz Ferreira, Vasco Pereira da Silva, Ana Paula Dourado, João Miranda, Nuno Cunha Rodrigues, Ana Gouveia Martins (Coord.), Lisboa: ICPJ, 2019, pp. 104 e 107, citado por Oliveira, Ricardo Pedro, António M. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos- Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*. Disponível em: Grupo Almedina (Portugal), ebook, 2020.

reformador); por outro lado, há estudiosos que sustentam o argumento de que o MP deverá participar, na arbitragem administrativa, de todos os recursos admitidos.

Ainda na reforma/acrécimo do artigo 181º, temos o número 4, em que foi acrescentado que aos árbitros serão aplicados os impedimentos e deveres previstos na arbitragem tributária, devendo-se somente promover as necessárias adaptações.

Outro comando objeto de alteração pela Lei nº 118/19 foi o artigo 185º-A<sup>246</sup>, sendo acrescentados os números 2 e 3, onde os mesmos tratam da impugnação e recurso das decisões arbitrais (Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Administrativo).

O número 2 do citado artigo trata especificamente dos recursos que atacam as decisões arbitrais diretamente para o Tribunal Constitucional, sendo o mesmo aplicável quando a decisão recusa a aplicação de uma norma afirmando que a mesma é inconstitucional, ou pelo contrário, quando aplique uma norma em que foi alegada a inconstitucionalidade da mesma.

Já o número 3, de forma inovatória, trata dos recursos para o Supremo Tribunal Administrativo (efeito meramente devolutivo), e em duas situações: na alínea “a” prevê-se o recurso de oposição de julgados, e na alínea “b”, recurso *per saltum* de revista excepcional diretamente para o STA<sup>247</sup>.

No que circunda à reforma de 2019, ainda na temática da arbitragem administrativa, o artigo 185-B, que trata da publicação das decisões arbitrais, sofreu um acréscimo com relação ao número 2, principalmente na atividade executória dos pronunciamentos, na busca de uma maximização da transparência. Por meio de tal dispositivo,

---

<sup>246</sup> Artigo 185-A Impugnação e recurso das decisões arbitrais

**2 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que reca aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada.**

**3 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Supremo Tribunal Administrativo:**  
**a) Quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo;**  
**b) Quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, nos termos do artigo 150.º**

<sup>247</sup> OLIVEIRA, Ricardo Pedro, António M. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos- Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*. Disponível em: Grupo Almedina, Grupo Almedina (Portugal), ebook, 2020.

ficou taxado que as decisões proferidas pelo juízo arbitral somente poderão ser executadas após o depósito para publicação junto ao Ministério da Justiça<sup>248</sup>.

### 3.6 Superação dos obstáculos e demonstração das vantagens da arbitragem administrativa

Ao contrário do que ocorreu com o Direito Privado, a arbitragem sempre foi alvo de obstáculos quanto à sua aceitação ao se tratar da modalidade administrativa.

Alicerçado no dogma da garantia do interesse público, via-se com certa desconfiança o afastamento dos tribunais administrativos para julgamento das lides em que estava presente a Administração Pública.

Não se pode esquecer que a Lei lusitana de Arbitragem Voluntária (LAV – Lei nº 63/2011), permite, condicionada a autorização à existência de lei específica<sup>249</sup>, a arbitragem administrativa (não ocorrendo essa exigência nas lides de Direito Privado), não podendo o ente público exercer essa faculdade de forma aleatória<sup>250</sup>.

Adentrando na esfera dos obstáculos para aceitação da arbitragem administrativa, pode-se afirmar que sempre se existiu uma crença imperativa de credibilidade, no que tange à competência, depositada nos Tribunais Administrativos e Fiscais. Tal fato se dar pelo motivo de que a esfera de competência desses tribunais ser de ordem pública<sup>251</sup>.

Sustentando a não aceitação da arbitragem administrativa, doutrinadores<sup>252</sup> afirmam que o artigo 212º, número 3<sup>253</sup> da Constituição Portuguesa seria suficiente para afirmar a exclusividade da competência dos Tribunais Administrativos para julgar lides que digam

---

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Ricardo Pedro, António M. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos- Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*. Disponível em: Grupo Almedina, Grupo Almedina (Portugal), ebook, 2020.

<sup>249</sup> CLARO, João Martins. *A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. In: *Cadernos de Justiça Administrativa*. Nº 22, Julho/Agosto 2000, p. 85.

<sup>250</sup> CARVALHAL, Ana Paula Z, *A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL*, Revista FMU Direito. São Paulo, ano 24, n. 33, p.1-18, 2010.

<sup>251</sup> LEITÃO, Alexandra. *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, cit. pág. 396.

<sup>252</sup> RAMOS, Diogo Ortigão; Matos, Pedro Vital, — *Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português*, in News Letter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial), n.º 25, Março, 2007, págs. 25 a a 28, em especial, cit. pág. 26.

<sup>253</sup> Artigo 212º. Tribunais Administrativos e Fiscais. 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Acesso em 23/11/2021.  
[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis)

respeito às relações jurídicas administrativas. Neste mesmo sentido “caminha” Anselmo Rodrigues, ao ponderar que, devido a impossibilidade de a competência dos Tribunais Administrativos ser tida como subsidiária, constitucionalmente seria vedada a constituição de juízos arbitrais para julgar litígios administrativos<sup>254</sup>.

Além do obstáculo acima apresentado, outros se mostraram como impedimentos doutrinários dos estudiosos que entendiam acerca da impossibilidade de adoção da arbitragem administrativa, como por exemplo a fixação principiológica da indisponibilidade do interesse público; o princípio da legalidade, principalmente em razão da necessária autorização legal específica; bem como o postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública<sup>255</sup>.

Apesar dos obstáculos acima demonstrados, verifica-se que a arbitragem administrativa possui várias vantagens que levam à superação do princípio da inarbitrabilidade<sup>256</sup> dos litígios de Direito Administrativo. Ao comentarmos sobre a arbitragem administrativa brasileira (capítulo passado), chegamos a detalhar algumas vantagens que se destacam quando se adota a mesma.

Os principais argumentos de sustentação das vantagens de adoção da arbitragem de Direito Público fixam-se na celeridade, especialização, segurança jurídica e economicidade.

No que tange à celeridade da tramitação e pronunciamento de decisão arbitral, principalmente em um cenário de resolução alternativa de conflitos, a mesma concede uma luminosidade especial à arbitragem, uma vez que se vivencia uma morosidade de tramitação processual, não somente nos tribunais judiciais comuns, mas também nos administrativos. No juízo arbitral as regras processuais se mostram de forma diferenciada das estatuídas no CPC, devendo-se destacar a existência de instância única, faculdade concedida às partes de escolherem os procedimentos, bem como pelo fato de que as hipóteses de anulação das sentenças serem mais exíguas.

Em Portugal, nos termos do artigo 30º, nº 2 da LAV, foi concedido às partes, no procedimento arbitral, escolherem as regras processuais que serão adotadas durante a

---

<sup>254</sup> ANSELMO Rodrigues, *A possibilidade de arbitragem tributária*, in *Arbitragem em Direito Tributário: I Conferência AIBAT-IDEFF*, org. Diogo Leite de Campos, Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 25 a 34, em especial cit. pág. 31.

<sup>255</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 101.

<sup>256</sup> OLIVEIRA, Ana Perestelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 52



tramitação do mesmo, e caso não acordem quanto a esse ponto, o próprio tribunal fixará as mesmas (artigo 30º, nº 2 da LAV), sendo de observância obrigatória as balizas fundamentais estabelecidas na legislação específica. Não há de se negar que esta instrumentalização concede um impulso mais célere aos processos que tramitam na seara arbitral.

Interessante previsão contida na legislação lusitana é a faculdade concedida às partes de as mesmas deliberarem quanto à escolha dos árbitros (artigo 10º, nº 1 da LAV), sendo que no âmbito da jurisdição estatal, tal poder é peremptoriamente vedado. Daí decorre que os interessados poderão mirar profissionais com capacidade técnica específica para dirimir determinadas demandas que exigem além do conhecimento mediano. Tal realidade acaba por exigir dos árbitros uma constante busca pelo aprimoramento do conhecimento científico, influenciando no campo do Direito<sup>257</sup>, gerando assim uma necessidade de especialização<sup>258</sup> contida nos vários ramos da ciência jurídica administrativa (saúde, meio ambiente, infraestrutura, etc).

### 3.7 Arbitragem voluntária e arbitragem necessária

Não se pode esquecer que os mecanismos de resolução alternativa de conflitos, principalmente a arbitragem, possuem existência anterior à resolução dos litígios pelo Poder Judiciário, não se olvidando que estes meios cederam certos espaços após a estatização da jurisdição<sup>259</sup>.

Enquanto meio alternativo de resolução de demandas, a arbitragem poderá ser observada entre várias espécies<sup>260</sup>, balizando-se entre os seguintes critérios: fundamento, organização, âmbito ou direito aplicável. Focalizando o fundamento da arbitragem, pode-se dizer que a mesma se divide entre voluntária e necessária.

---

<sup>257</sup> BASTOS, Filipe Brito. «A Arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses», in AAVV, *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL Editora, Lisboa, 2015, p. 80.

<sup>258</sup> FARINHO, Domingos Soares. «As vantagens da arbitragem no contexto dos meios de resolução de conflitos administrativos», in AAVV, *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL Editora, Lisboa, 2015, p. 498.

<sup>259</sup> COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma Urgência para o Brasil**. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (Coordenadores). *Arbitragem e Mediação – A Reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2015. P. 101-102

<sup>260</sup> Para um melhor estudo sobre as espécies de arbitragem, verificar ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Op. cit., pp. 18-20;

A **arbitragem voluntária** é aquela que deriva de um ato de disposição das partes (convenção de arbitragem), em que os interessados exerceram a opção de submeterem a resolução de um eventual conflito ao pronunciamento de um árbitro ou tribunal arbitral.

Vale ressaltar que os interessados poderão exercer a faculdade acima dita de forma antecipada, ou após o aparecimento do conflito. Apesar de anteriormente citado, quando o exercício da opção for anterior, diz-se que o instituto utilizado foi a cláusula compromissória. Em sendo posterior, a faculdade realizou-se através do compromisso arbitral, conforme disposição contida no artigo 1º, nº 3<sup>261</sup> da Lei de Arbitragem Voluntária.

Referida espécie de arbitragem, mesmo tendo seu enquadramento legislativo, seria uma manifestação da jurisdição, mas no sentido puramente privado, jamais mera delegação do Estado<sup>262</sup>. Seria uma forma de se produzir resolutividade aos conflitos, mas substitutiva e alternativa à jurisdição pública, mantendo seu fundamento privado<sup>263</sup>.

Pode-se dizer, conforme pontua António Pedro<sup>264</sup> e outros, que a arbitragem voluntária possui dupla dimensão: a primeira de Direito material, e a outra de Direito processual.

Tomando-se como base a dimensão de Direito material, afirma-se que a arbitragem não pode se afastar de seu fundamento contratual, representada pela convenção de arbitragem, uma vez que a mesma tem suas raízes atreladas aos postulados da autonomia privada e da liberdade contratual exercida pelos interessados para a resolução de um eventual conflito. Já no plano processual, a arbitragem assume um papel de cariz jurisdicional, uma vez

---

<sup>261</sup> Artigo 1º. Convenção de Arbitragem. **3 - A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).**

Acesso em 25/11/2021. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis)

<sup>262</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>263</sup> Expressamente reconhecido pelo TRG, no Ac. De 30/01/2014, processo 1257/13.2TBVCT.G1, “legitimada a arbitragem pela vontade das partes e reforçada legalmente com alguns atributos antes considerados exclusivamente estaduais, a jurisdição arbitral caracteriza-se pelo exercício de funções pelos árbitros idênticas às dos juízes estaduais e em sua substituição”. In. Monteiro, António Pedro Pinto, e outros. **Manual de Arbitragem**. Almedina. 2019. p.45. ISBN: 978-972-40-7965-3 p.13

<sup>264</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13. ISBN 978-972-40-7965-3.

que o tribunal arbitral deverá aplicar na condução procedimental o exercício efetivo da função jurisdicional<sup>265</sup>.

Tomando como base uma conceituação acordada pela doutrina<sup>266</sup>, bem como a jurisprudência<sup>267</sup>, afirma-se, na toada do contexto acima exposto, que a arbitragem, na sua vertente voluntária, é “contratual na origem, privada na sua natureza, jurisdicional na função e pública no resultado<sup>268</sup>”.

Por outro lado, a **arbitragem necessária**, retirando o elemento da voluntariedade, é aquela em que o ordenamento jurídico impõe que, em caso de aparecimento de eventual conflito em relação à determinada matéria<sup>269</sup>, o mesmo deverá ser submetido, de forma compulsória, ao juízo arbitral. Tal figura jurídica, pode ser designada como arbitragem forçada, obrigatória ou necessária<sup>270</sup>. Doutrinadores chegam a afirmar que, tendo em vista que os interessados não poderão optar entre a jurisdição estatal e a modalidade arbitral, a mesma possui um cariz eminentemente público<sup>271</sup> em relação ao tribunal que irá se formar.

Em Portugal, citam-se como litígios que obrigatoriamente serão submetidos ao procedimento arbitral: conflitos relacionado ao desporto (artigo 4.º, n.º1, da Lei n.º 74/2013, de

---

<sup>265</sup> TC no Ac. 230/86: “o tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal. É um tribunal que cabe na definição genericamente dada por Marcelo Caetano, segundo a qual “tribunal é o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo as fórmulas pré-estabelecidas, possui a autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados”. Por outro lado, acrescentou que “o tribunal arbitral voluntário é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para em suma praticar atos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem”. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 14. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>266</sup> ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 79.

<sup>267</sup> Ac. do STJ de 20/01/2011, processo 2207/09.6TBSTB.E1.S1; Ac do STJ de 18/01/2000, processo n. 99ª1015, o Acdo TRP de 23/03/2004, processo n. 0326177; Ac. Do TRG de 30/01/2014, processo n. 1257/13.2TBVCT.G1; Ac. Do TRL de 15/05/2007; processo n. 1473/2007-1.

<sup>268</sup> FRANCISCO Cortez, “**A arbitragem voluntária em Portugal**”, III, p.555. A frase colhe naturalmente parcial inspiração na formulação de Charles Jarrosson, La Notion d’Arbitrage, cit., p. 5 quando afirma que a arbitragem tem uma natureza mista que se manifesta por ser: “convencional na origem e jurisdicional na sua função”. In. Monteiro, António Pedro Pinto, e outros. **Manual de Arbitragem**. Almedina. 2019. p.45. ISBN: 978-972-40-7965-3 p.14

<sup>269</sup> CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 83.

<sup>270</sup> A fórmula mais comumente utilizada pela doutrina é o termo necessária, podendo ser citados Dário Moura Vicente, **Da Arbitragem Internacional**, cit, p. 27 e J. P. Remédio Marques, Ação Declarativa à Luz do Código Revisto, cit, 2011, p. 58, Rui Medeiros, “Arbitragem Necessária e Constituição”, cit, p.1305. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 14. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>271</sup> STUMPF, Christoph. Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, cit, p. 210, considerando que os tribunais arbitrais necessários são tribunais estaduais plenos. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 16. ISBN 978-972-40-7965-3.

6 de Setembro); demandas que digam respeito ao exercício do direito de greve que afetem os serviços essenciais (artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho); discussões relacionadas à energia elétrica de alta tensão; patentes relacionadas aos fabricantes de remédios; valor da indenização nas expropriações, quando houver desacordo entre expropriado e expropriante; entre outros.

Há certa discussão doutrinária entre os estudiosos lusitanos sobre a constitucionalidade<sup>272</sup> da arbitragem necessária, bem como os limites<sup>273</sup> da mesma. No plano da constitucionalidade, a questão restou aparentemente pacificada pelo Tribunal Constitucional (Ac n.º 52/92<sup>274</sup>), uma vez que o mesmo admitiu a existência do mecanismo, fundamentando a argumentação nos termos do artigo 209, n.º 2 da CRP, por entender que quando a Constituição retrata os tribunais arbitrais, não faz diferenciação entre Tribunais Arbitrais voluntário e Tribunais Arbitrais necessários<sup>275</sup>, mantendo a existência das duas modalidades.

Doutrinadores entendem que a arbitragem necessária, por estar totalmente alheia à voluntariedade<sup>276</sup>, não pode ser considerada uma espécie de arbitragem, sendo uma completa desnaturação do instituto. Gabriela Carvalho<sup>277</sup> pontua que tal espécie de arbitragem se configura como uma restrição da garantia de acesso ao Poder Judiciário, pelo motivo de que os interessados na resolução de demanda não poderem escolher entre a arbitragem e a Justiça Pública. Sustenta que eventual limitação deveria decorrer de forma direta de previsão constitucional, não podendo ser criação da ordem legislativa ordinária.

O fundamento para a criação da arbitragem necessária seria lastreado no fato de que a Jurisdição oficial não teria a especialização necessária para o deslinda da demanda

---

<sup>272</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p.572-573.

<sup>273</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 84.

<sup>274</sup> Ac. 52/92. Relatoria Conselheira Assunção Estaves: “*mesmo que os tribunais arbitrais se não enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania, nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais*”.

<sup>275</sup> BLANCO, Carlos Morais, **Apontamento sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade**, in Newsletter Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal n.º 1, Lisboa: Almedina, 2013, p.12. In: CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 84.

<sup>276</sup> PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 112. In: CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 84.

<sup>277</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 85.

submetida, bem como pelo motivo de que tais litígios não permitiriam uma espera mais alongada para a resolução definitiva a ser proferida pelo Poder Judiciário.

### 3.8 Arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada

Adentrando no aspecto organizacional, pode-se afirmar que a arbitragem terá duas modalidades: institucionalizada e não institucionalizada (*ad hoc*). Conforme ressaltado por Ricardo Pedro<sup>278</sup>, tais espécies estão previstas no ordenamento jurídico português desde que se aprovou a antiga LAV (Lei de Arbitragem Voluntária de 1986)

Afirma-se que a arbitragem é considerada **institucionalizada** quando a mesma funciona perante uma instituição (centro ou câmara) de feição permanente e de carácter especializado, possuindo uma regulamentação própria, em que estarão previstas as regras procedimentais (organização, etc).

Tendo em vista que as partes optam por submeter eventual litígio à uma câmara arbitral, bem como adoção do seu regulamento, a escolha poderá ser realizada já na formação da convenção de arbitragem (período anterior ao conflito), ou em um momento posterior, entabulando um aditivo ao acordo.

Conforme previsão constante na Lei de Arbitragem Voluntária (artigo 62º, nº1<sup>279</sup>), faz-se necessário para criação de um centro de arbitragem institucionalizada de autorização do Ministro da Justiça. Pedro Metello<sup>280</sup> entende que esta condicionante se faz relevante, principalmente pelo fato de se evitar a criação desregrada desses centros de arbitragem, podendo chegar até a uma descredibilização do instituto.

Por outro lado, a **arbitragem *ad hoc*** (não institucionalizada) é aquela em que, diante da ausência de previsão específica de um centro arbitral para resolução de conflitos, as

---

<sup>278</sup> PEDRO, Ricardo. **Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público**. In. Arbitragem e Direito Público. AADFL – 2015. p. 100. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

<sup>279</sup> Artigo 62º. Centros de Arbitragem Institucionalizado.

1 - A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do disposto em legislação especial. Acesso em 28/11/2021. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1579&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis)

<sup>280</sup> NÁPOLES, Pedro Metello de. Anotação ao artigo 62.º da LAV, in AAVV, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª Ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2017, p.184.

partes preveem (na convenção de arbitragem) que, em surgindo litígio, o mesmo será submetido a um tribunal especificamente constituído para esse fim (resolução<sup>281</sup>).

Nas palavras de Mariana França<sup>282</sup>, a arbitragem *ad hoc* possui natureza efêmera, uma vez que é constituída para resolução, de forma única e específica, de um determinado litígio. Tal aspecto gera uma certa dificuldade, principalmente pelo ataque recursal (visando anulação) que poderá ocorrer posteriormente à decisão, devendo-se lembrar que o tribunal, anteriormente criado, já estaria extinto.

O modelo de arbitragem *ad hoc* tem certas vantagens<sup>283</sup> que merecem ser destacadas, sendo elas: ausência de custos administrativos que seriam gastos na arbitragem institucionalizada (tal fato seria relevante somente nas demandas de valor reduzido<sup>284</sup>); também apontado pela doutrina como certa vantagem da arbitragem *ad hoc*, seria o fato de se ter uma tendência maior de confidencialidade, tendo em vista o reduzido acesso aos autos arbitrais (tal vantagem é objeto de ponderações pelos estudiosos, ao entenderem que nas duas espécies de arbitragem, as informações não se concentram somente na pessoa do árbitro); para Bernhard Berger e Franz Kellerhals<sup>285</sup>, o ponto mais positivo da arbitragem *ad hoc* reside no fato de a mesma possuir regras mais flexível, que transcorrem por todo o procedimento arbitral, sendo que os interessados poderão estabelecer as mesmas dentro dos limites estabelecidos pela lei de arbitragem. Na arbitragem institucionalizada, no momento que os interessados escolhem as câmaras ou centros, as regras já estão previamente estabelecidas.

Pode-se apontar também algumas desvantagens em relação à arbitragem *ad hoc*. Em tal modalidade, a celeridade processual poderá ser comprometida, principalmente pelo fato

---

<sup>281</sup> GARY B. Born, **International Commercial Arbitration**, Vol. I, cit., p. 169, aquando da definição de arbitragem *ad hoc* parece centrar-se, num conceito de relativa simplicidade: as arbitragem *ad hoc* nem com um conjunto de regras processuais (e de outra natureza) pré-elaboradas, nem como benefício da designação do árbitro por parte da estrutura administrativa de uma instituição arbitral, dependendo exclusivamente, do acordado pelas partes na convenção de arbitragem e no disposto na legislação nacional aplicável à arbitragem. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 19. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>282</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015. p.123.

<sup>283</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 24. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>284</sup> Analisando os custos da arbitragem institucionalizada, V. Hellwing Torgler Et Alli, entende que na “arbitragem institucionalizada existe uma previsibilidade das custas, o que pode não ocorrer na arbitragem *ad hoc*”. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 35. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>285</sup> BERNHARD Berger / FRANZ Kellerhals, **International and domestic Arbitration in Switzerland**, Ob.cit, p. 7. In. MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 35. ISBN 978-972-40-7965-3.

de depender mais da atuação das partes (comportamento de paralisia processual), culminando com a ausência de colaboração com a instituição; aponta-se como outra desvantagem da modalidade *ad hoc* a ausência de controle/fiscalização mais evidente da atuação do tribunal arbitral, sendo que na institucionalizada, o dever deontológico dos membros, possui maior rigidez.

Não se pode negar que a arbitragem institucionalizada possui diversas vantagens que merecem ser consideradas como objeto de estudo. Por meio desta modalidade, as partes têm o conforto jurídico da previsibilidade, uma vez que na condução do procedimento, há de se observar as regras previamente estabelecidas, aderindo certa segurança em relação ao resultado esperado. Até mesmo o fato de o rol de árbitros estar previamente elencado, com a competência<sup>286</sup> devidamente evidenciada, traduz na confiança de um resultado bom na solução da contenda apresentada.

Doutrinadores<sup>287</sup> apontam que a falta de transparência e de independência de algumas câmaras/centros, produzindo uma certa desconfiança por partes dos interessados, gera uma grande desvantagem para a arbitragem institucionalizada, assim como a ausência de flexibilidade no que tange às regras de condução procedimental por parte da instituição.

Adentrando à esfera da arbitragem administrativa, observa-se que o artigo 187º, número 1<sup>288</sup> do CPTA cita a modalidade institucionalizada, ao afirmar que o Estado poderá autorizar a “instalação de centros de arbitragem institucionalizada”, dentro dos limites legais, visando a composição dos conflitos (passíveis de serem resolvidos por este mecanismo de resolução alternativa de litígios) previstos no artigo 180º do CPTA, ressalvando as “relações jurídicas de emprego público, os sistemas públicos de proteção social e urbanismo”. De antemão já se percebe, como destacado por Mário Aroso e Carlos Cadilha<sup>289</sup>, para que se possa sustentar juridicamente a arbitragem administrativa, faz-se necessária autorização legal.

A existência do Decreto-lei 425/86 passou a ser questionada, uma vez que tal ato normativo foi editado ainda na vigência da antiga LAV (Lei n. 31/86). Nesta lei continha a

---

<sup>286</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 37. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>287</sup> SILVA, Artur Flamínio. **A Resolução de Conflitos Desportivos.**, cit., pp.379

<sup>288</sup> Artigo 187º. Centros de Arbitragem. 1 - O Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem nos termos do artigo 180.º, designadamente no âmbito das seguintes matérias: c) Relações jurídicas de emprego público; d) Sistemas públicos de proteção social; e) Urbanismo. Acesso em 30/11/2021.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis)  
<sup>289</sup> **Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 899, 2010.

previsão de que as entidades que pretendessem constituir centros de arbitragem institucionalizada deveriam requerer ao Ministro da Justiça. Em 2009 foi publicado o Despacho n. 5097/2009<sup>290</sup>, de lavra do Secretário de Estado de Justiça, autorizando a criação do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), sendo que ao fundamentar o ato, o diploma legal foi arrolado como elemento estruturante.

Interessante ponderação enfatizada por Ricardo Pedro<sup>291</sup> nos mostra que o CAAD, apesar de ser uma instituição privada sem fins lucrativos, poderá sofrer intervenções Estatal em seu funcionamento, principalmente pelo fato de que sua constituição passa pelo controlo da legalidade, controlo quanto à sua promoção e financiamento, e por último, ingerência em sua gestão, uma vez que entidades públicas poderão participar nos Conselhos de representantes, ou até mesmo no Conselho Deontológico.

Observando a literalidade do artigo 187º, número 1 do CPTA, tem-se levantado certo debate sobre uma aparente redução das matérias que poderiam ser objeto de arbitragem administrativa, uma vez que o inciso direciona os méritos de apreciação para as demandas relacionadas às relações jurídicas de emprego público (funcionalismo), proteção social (previdência público) e aspectos urbanísticos.

A palavra “designadamente” expressada no número 1 do artigo 187º do CPTA, deverá ser interpretada no sentido de que a mesma não promove nenhuma exclusão de matérias a serem discutidas na arbitragem administrativa quando o legislador optou em pontuar que o litígio seria submetido à arbitragem de Direito Público. Para citar como exemplo, observa-se o artigo 476º, número 2º, alínea “b” do Código de Contratos Públicos (CCP), onde está previsto que, caso a entidade adjudicante realize a opção de submeter eventuais litígios ao mecanismo da arbitragem, o sistema deverá ser, após aceitação da parte cocontratante, da “jurisdição do centro de arbitragem institucionalizada para resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato”<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> **Diário da República**, 2ª série, nº 30, de 12-02-2009.

<sup>291</sup> PEDRO, Ricardo. **Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público**. In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público). Lisboa: AAFDL, p. 120-121, 2009),

<sup>292</sup> Artigo 476º. Resolução Alternativa de litígios.

2 - Quando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente: **b) A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo xii, a incluir no caderno de encargos e no contrato:**  
Acesso em 01/12/2021.  
[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=2063&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2063&nversao=&tabela=leis)



Vale ressaltar redação constante no número 2, artigo 187º do CPTA, uma vez que, não existindo previsão legal em sentido contrário, para que um ente público seja submetido à uma câmara arbitral, o membro do Governo responsável pela área da justiça, bem como o membro competente em razão da matéria, deverá expedir uma portaria em que a mesma retrate o tipo e o valor máximo das demandas que poderão ser submetidas, daí facultando os interessados o direito de procurarem referidos centros de atuação na arbitragem administrativa.

### 3.9 Tribunais Arbitrais e Tribunais Administrativos

Apesar de anteriormente demonstrar-se que a arbitragem aplicada na seara do Direito Público é predisposta a elencar mais atributos positivos (celeridade, especialização, segurança jurídica, economicidade, etc) em detrimento das desvantagens, verifica-se que os estudiosos tendem a abraçar de forma mais intensa a arbitragem fiscal<sup>293</sup>, uma vez que há certas controversas em relação à aceitação da arbitragem administrativa como meio de resolutividade das lides no âmbito do Direito Público.

Em Portugal<sup>294</sup>, essa rejeição de não aceitação de aplicação do instrumento na esfera administrativa é bastante diminuta, ao contrário do Brasil (apesar de ter se alargado bastante o abraçamento do instrumento da arbitragem administrativa), fundado nos obstáculos anteriormente demonstrados (princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da legalidade em razão da necessidade de autorização legal expressa, bem como a inafastabilidade do controle jurisdicional), sendo muitos já devidamente superados.

Assim sendo, em território lusitano, o instrumento é de grande utilização e eficácia para promover a resolutividade de conflitos no âmbito do Direito Público, permitindo aos interessados evitarem a submissão dos litígios aos Tribunais Administrativos<sup>295</sup>.

Foi visto que a arbitragem possui natureza contratual na sua origem, sendo a mesma de natureza privada, exercendo uma função jurisdicional, tendo um resultado público<sup>296</sup>. Ponto interessante a se destacar é que a arbitragem retrata a função jurisdicional, produzindo

---

<sup>293</sup> CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019. p. 71.

<sup>294</sup> NOGUEIRA, José A. A. Duarte. **A Arbitragem na História do Direito Português (subsídios)**, in *Revista Jurídica*, 11.02, abril de 1996, p. 33.

<sup>295</sup> Correia, J.M. Sérvulo, “**A arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre situações pelo Direito Administrativo**”, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 694/718.

<sup>296</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 58. ISBN 978-972-40-7965-3.

resolutividade na composição dos conflitos que lhes são submetidos. Nisso se firma a natureza jurídica híbrida da arbitragem: contratual na origem e jurisdicional no exercício da função e resultado.

Perfilhando o entendimento acima citado (natureza de função jurisdicional da arbitragem), afirma-se que o sistema judicial português não possui natureza unitária, inexistindo uma concentração de função jurisdicional em uma única organização judiciária<sup>297</sup>, dando azo à existência de várias categorias de tribunais (separados entre si, tendo estrutura e regimes próprios<sup>298</sup>).

Alinhado à essa afirmação de várias categorias de tribunais, pode-se citar os arbitrais entre os mesmos, uma vez que são “verdadeiros e próprios tribunais<sup>299</sup>”, chegando a Constituição prevê-los de forma expressa (artigo 209º, número 2, da CRP<sup>300</sup>). Inclusive, ratificando a natureza jurisdicional da atividade exercida pelos tribunais arbitrais, o Tribunal Constitucional<sup>301</sup> português já se manifestou, em diversas oportunidades, endossando a natureza acima citada exercida por eles.

A própria Constituição da República portuguesa (artigo 209º, número 2) talha o princípio de que o exercício da jurisdição seria um monopólio estadual<sup>302</sup>, permitindo assim a conjugação existencial tanto dos tribunais arbitrais quanto dos Órgãos do Poder Judiciário (tribunais estaduais).

Vale destacar que embora os tribunais arbitrais exerçam a função jurisdicional, os “*tribunais arbitrais não são tribunais como os outros*” (frase exposta no Acórdão do Tribunal

---

<sup>297</sup> J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., p. 662. In MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 59. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>298</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. II, cit., pp. 546 e 547. Citado in MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 44. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>299</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 60. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>300</sup> Artigo 209º. Categorias de Tribunais I. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: **2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.**

Acesso em 01/12/2021.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis)

<sup>301</sup> Acórdãos do Tribunal Constitucional números 230/86 e 52/92; 250/96, de 29/02/1996 (Relatora Maria Fernanda Palma, processo n. 194/92); 506/96, de 21/03/1996 (Relatora Maria Fernanda Palma, processo n. 137/93); 181/2007, de 08/03/2007 (Relator Paulo Mota Pinto, processo n. 343/05); e 42/2014, de 09/01/2014 (Relator Fernando Vaz Ventura, processo n. 564/12). In MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 63. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>302</sup> CORTEZ, Francisco. “**A arbitragem voluntária em Portugal**.” p. 555. In MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 65. ISBN 978-972-40-7965-3.

Constitucional n. 230/86<sup>303</sup>). Além de os tribunais arbitrais não estarem no rol dos órgãos estaduais, bem como seus componentes não serem juízes de carreira, o Acórdão citado deixou taxado que os mesmos não são órgãos de soberania<sup>304</sup>.

No que toca aos órgãos que poderão exercer soberania em Portugal, a própria CRP (artigo 110<sup>305</sup>) retrata o rol, elencando o Presidente da República, A assembleia da República, o Governo e os Tribunais, não citando assim, os tribunais arbitrais.

Pode-se indicar alguns poderes que os árbitros não possuem quando se compara ao exercício da função jurisdicional praticados pelos órgãos judiciais (Poder Judiciário). Os tribunais arbitrais não dispõem de competência executiva (Lei de Arbitragem Voluntária - artigo 47º, número 1); ausência de poderes para aplicação de multas; privados de exigirem juramento de quem forem chamados a prestar depoimento; não poderem determinar a condução coercitiva, nem condenar testemunha por praticarem eventuais falsidades na prática de seus atos; em certos momentos, terão que recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de provas (documental, testemunhal/pericial – artigo 38º da LAV)<sup>306</sup>.

Assim sendo, observa-se que os poderes dos árbitros possuem uma abrangência mais restrita quando em comparação com a justiça estadual, uma vez que irão administrar a justiça em prol somente das pessoas que se vincularam a ele por força de uma convenção de arbitragem.

A título de acréscimo, como já retratado anteriormente, adentrando na esfera de competência dos tribunais arbitrais, percebe-se que esta é mais reduzida quando em comparação à justiça estatal, principalmente pelo fato de que nem todos os conflitos poderão ser submetidos a julgamento pelos árbitros (arbitrabilidade objetiva: natureza patrimonial da demanda, bem como a transigibilidade do direito controvertido), existindo inclusive, alguns em que a própria lei (específica) já submete de antemão aos tribunais do Estado.

---

<sup>303</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n. 230/86.

<sup>304</sup> Tal citação inclusive já foi objeto de interpretação de vários estudiosos portugueses, como Miguel Galvão Teles, “**Recurso para o Tribunal Constitucional**”, p. 210 e Armindo Ribeiro Mendes, “**A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**”, pp. 158 e 159). In MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 66. ISBN 978-972-40-7965-3.

<sup>305</sup> Artigo 110º. Órgãos de soberania.

**1. São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais.**

<sup>306</sup> MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 68. ISBN 978-972-40-7965-3.

Com relação aos Tribunais Administrativos e Fiscais, a Constituição da República portuguesa (artigo 212º, número 3<sup>307</sup>) fixou que os mesmos possuem competência para julgamento de demandas (ações e recursos) que possuam como mérito litígios derivados das “relações jurídicas e fiscais”. Apesar desta previsão, em nenhum momento o texto maior proíbe que referidas ações possam ser julgadas na formatação de arbitragem. Tal artigo deverá ser interpretado em conjunto com a previsão constante no artigo 209º, número 2, da CRP (introduzido pela revisão constitucional de 1982), uma vez que este permite ao legislador, dentro de sua “margem de conformação<sup>308</sup>”, regule a arbitragem administrativa e fiscal<sup>309</sup>.

A divisão orgânica dos tribunais administrativos em Portugal está aferida nas seguintes instâncias ou graus de jurisdição: em primeiro nível de instância judiciária encontram-se os tribunais administrativos de círculo (atualmente no número de 16); em segunda instância, têm-se os tribunais centrais administrativos Norte e Sul (Secções de Contencioso Administrativo); e a última instância, constituída pelo Supremo Tribunal Administrativo (Secção de Contencioso Administrativo)<sup>310</sup>.

### 3.10 Do Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD

No intuito de finalizar o presente capítulo, principalmente na análise de demandas administrativas, iremos tecer comentários sobre o CAAD.

Visando o estabelecimento e fortalecimento da resolução alternativa dos conflitos, o Conselho da Europa, através do Conselho de Ministros, expediu em 05 de dezembro de 2001, a Resolução n. 175/2001, que apesar de ser uma norma de *soft law*, recomendou que os litígios

---

<sup>307</sup> Artigo 212º. Tribunais Administrativos e Fiscais.

**3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.**

Acesso em 01/12/2021.

[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=4&nversao=&tabela=leis)

<sup>308</sup> CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019. p. 74.

<sup>309</sup> RAMOS, Vasco Moura. “*Arbitragem e Direito Público*”, Lisboa: editora AAFDL, 2015, p. 249. In. CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 75.

<sup>310</sup> CAUPERS, João e EIRÓ, Vera. *Introdução ao Direito Administrativo*. 12ª Edição. Âncora Editora. 2016. p. 396.

fossem resolvidos por mecanismos alternativos à jurisdição estatal (mediação, arbitragem, etc)<sup>311</sup>.

Portugal, sempre em vanguarda ao tratar do tema da arbitragem administrativa, e com certa tendência a trilhar uma linhagem institucionalizada, autorizou a criação, através do Despacho n. 5097/2009<sup>312</sup> do Secretário de Justiça, de um Centro de Arbitragem.

Com a promulgação do Decreto-Lei nº 10 de 20 de janeiro de 2011 (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária – RJAT), foi institucionalizada em território lusitano a arbitragem tributária.

Vale frisar que o CAAD vem à tona em Portugal como uma resposta viável à ineficiência dos meios convencionais de atuação nas demandas do contencioso administrativo e tributário, sendo uma alternativa mais célere na resolutividade definitiva dos litígios.

Nos termos do seu estatuto, o Centro é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, vinculada ao Ministério da Justiça. Mesmo não sendo um órgão da Jurisdição estatal, aprecia e julga demandas relacionadas às relações jurídicas de Direito Público. Francisco Domingos<sup>313</sup> resalta que o CAAD é uma instituição constituída por tempo indeterminado, atuando no plano nacional, tendo caráter especializado, sendo seus associados as pessoas coletivas de direito público ou de direito privado.

No que tange à composição do mesmo, é constituído<sup>314</sup> pela Direção (Presidente e dois vogais), um Conselho Fiscal, uma Assembleia-geral, um Conselho de Representantes, e o Conselho Deontológico (órgão independente).

De suma importância no âmbito deste Centro tem-se mostrado o Conselho Deontológico, uma vez que ao mesmo tempo em que designa os árbitros, poderá exonerá-los, caso descumpriam seus deveres, realizando um controle de zelo na prestação dos serviços de arbitragem administrativa.

---

<sup>311</sup> OLIVEIRA, Maria da Conceição. **Mediação e Arbitragem no Roteiro da Boa Administração. – A Experiência Portuguesa no Contexto Europeu**, in. Mais Justiça Administrativa e Fiscal, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora S.A, 2010, p.59

<sup>312</sup> Publicado no Diário da República de Portugal, nº 30, 2ª série, de 12 de fevereiro de 2009.

<sup>313</sup> DOMINGOS, Francisco Nicolau. “Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, escolha dos árbitros e limites institucionais.”. In. **Arbitragem Tributária: Desafios Institucionais brasileiros e a experiência portuguesa**. Coordenação Tathiane Piscitelli, Andréa mascitto, Priscila Faricelli de Mendonça. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, página 67.

<sup>314</sup> Artigo 5º dos Estatutos do CAAD.

Presidente do referido órgão é nomeado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei 214-G/2015), sendo um demonstrativo de que o Estado tem legítimo interesse na consecução da lisura do procedimento arbitral.

Interessante posicionamento enfatizado por Ricardo Pedro<sup>315</sup>, ao retratar que, no elenco dos centros de arbitragem de direito público, deverá ser concedido certo destaque ao CAAD. Tal importância advém pelo brilho de atuação que este centro tem realizado na arbitragem institucionalizada de Direito Público, bem como pela maneira de atuação que o Estado intervém no mesmo.

No que tange à atuação, há de ser ressaltado que o CAAD atua com pioneirismo (devendo ser relativizado quanto ao aspecto cronológico, uma vez que alguns centros anteriormente constituídos já atuavam nos litígios derivados das relações jurídicas administrativas) nas lides de arbitragem administrativa e fiscal.

Com relação aos níveis de intervenção estatal, o primeiro que se pode destacar é que o Estado realiza controle de legalidade<sup>316</sup> quando da sua constituição; outra forma de intervenção ocorre quando o Estado exerce o papel de promotor e financiador; a gestão do CAAD também é compartilhada com as entidades públicas no Conselho de Representantes, quanto por Representantes do Estado no Conselho Deontológico (Presidente é designado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

Vale ressaltar que, apesar de não terem competência exclusiva para julgar as demandas relacionadas à arbitragem administrativa, outros centros<sup>317</sup> possuem atribuição para julgar litígios que se originam das relações jurídicas de Direito Público, podendo-se elencar: Centro de Arbitragem da AEP (Associação Empresarial de Portugal/Câmara de Comércio e Indústria) e da AIP (Associação Industrial Portuguesa/Câmara de Comércio e Indústria); Centro de Arbitragem da Associação de Indústrias da Construção Civil e Obras Públicas; Centro de Arbitragem de Litígios Cíveis, Comerciais e Administrativos (CAL); Instituto de Arbitragem Comercial; e por último, o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Luso-Espanhola.

---

<sup>315</sup> PEDRO, Ricardo. Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público. In. **Arbitragem e Direito Público**. AADFL – 2015. p. 127. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

<sup>316</sup> PEDRO, Ricardo. Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público. In. **Arbitragem e Direito Público**. AADFL – 2015. p. 127. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

<sup>317</sup> PEDRO, Ricardo. Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público. In. **Arbitragem e Direito Público**. AADFL – 2015. p. 129. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

Assim, torna-se de suma importância que o legislador português conceda preferência, quando do estabelecimento de meios para resolução de demandas originadas das relações jurídicas administrativas, aos centros institucionalizados na formatação privada, em detrimento de meios institucionalizados públicos<sup>318</sup>, enfatizando, principalmente o mérito da resolutividade praticada por aqueles.

---

<sup>318</sup> PEDRO, Ricardo. **Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público**. In. Arbitragem e Direito Público. AADFL – 2015. p. 131. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

## 4. DISPUTE BOARDS

### 4.1 Nova ênfase dos contratos administrativos: a consensualidade

Avançando na temática da resolução alternativa dos conflitos, principalmente quando da inserção da Administração Pública na dinâmica destes instrumentos, iremos tratar dos *dispute boards*, no intuito de se fazer um estudo paralelo entre este mecanismo e a arbitragem, sempre focalizando as relações jurídicas administrativas.

Fundamentada nos princípios da legalidade e da eficiência administrativa, visando a promoção de uma Administração Pública mais gerencial e menos burocrática, a consensualidade se manifesta como um vetor necessário de comportamento do gestor público. Em território brasileiro, ao contrário do que já acontecia em Portugal, somente na década de 90 passou-se a discutir de forma mais incisiva sobre tal temática, notadamente entre os estudiosos do assunto<sup>319</sup>.

Ao se surgir como meio para satisfação dos interesses da sociedade, o Estado acabou tendo que se reposicionar ao se colocar como instrumento entre a coletividade e o Poder Público, dando azo ao surgimento da contratualidade administrativa. Mesmo que os instrumentos de consensualidade vão além da mera contratualidade, essa se destaca como um frutífero meio para se promover a coordenação de vontades e esforços, culminando com uma Administração Pública mais concertada<sup>320</sup>.

Nesse contexto, com o avanço da democracia, o indivíduo passou a exercer uma notória participação (coadjuvante ou mesmo em um viés determinante) na seara administrativa, robustecendo ou dando início à conceituação de consensualidade (interferência/participação da sociedade no manejo/escolha das políticas públicas), bem como sua aplicação na esfera do Direito Administrativo.

No Brasil, o tema passou a ser objeto de estudo a partir das observações expostas nos países europeus que possuem filiação ao *civil law*, sendo que, conforme ponderado por

---

<sup>319</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. p. 82.

<sup>320</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v. 57, p. 118, 2003.



Juliana Palma<sup>321</sup>, três indicadores justificam essa ascensão da consensualidade em meio ao Direito Administrativo: a implantação/aperfeiçoamento da democracia substancial, as contratualizações promovidas pelo Estado, bem como a aplicação do princípio da eficiência.

Com o avançar do movimento democrático, não se pode negar que o cidadão passou a exercer uma participação mais incisiva no que tange à escolha das políticas públicas (principalmente na tomada de decisões administrativas), sendo que a consensualidade brota naturalmente como meio de se pensar em uma Administração Pública reorganizada (redemocratização constitucional).

Mostrando-se como barreira de inibição do autoritarismo estatal (intervenção direta), a contratualização tem-se mostrado um elemento útil para se estabelecer pactos/relações entre a sociedade e a Administração Pública. Como consequência desse movimento de consensualidade administrativa, deverá ser dada especial ênfase ao princípio da eficiência, uma vez que o Estado atinge seus objetivos da forma menos agressiva/onerosa (não participativa) ao cidadão, produzindo resultados mais efetivos.

Percebe-se que a consensualidade traz à tona a inserção dos instrumentos privados nas relações jurídicas administrativas com a finalidade primordial de se promover a satisfação dos interesses sociais (públicos). Conforme frisado por Maria João Estorninho<sup>322</sup>, independente da formatação de atuação do Poder Público (procedimentos de direito público ou privado), o mesmo sempre irá buscar o alcance dos fins para que foi constituído (finalidade pública).

Dallari<sup>323</sup>, dando realce especial ao princípio da indisponibilidade do interesse público (não lesão ao mesmo), entende que a aplicação da consensualidade seria um veículo/técnica de gestão administrativa, sendo que a mesma se concretizaria com a formatação de acordos e resoluções não litigiosas (amigáveis) entre os particulares e a Administração Pública.

Percebe-se que, independentemente do ponto de vista a ser adotado, a aplicação da consensualidade no Direito Administrativo fulmina/minimiza o autoritarismo estatal que até então esteve ocupando lugar no pódio principal das relações jurídicas administrativas, sempre

---

<sup>321</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. p. 82-84.

<sup>322</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 130-132.

<sup>323</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, p. 15-16, jan./mar. 2005.

ressaltando que os mecanismos de negociação/participação (celebração de acordos, resolução dos conflitos de forma alternativa ao Poder Judiciário, participação na escolha das políticas públicas a serem realizadas, etc) atendem a finalidade pública de forma mais eficiente.

Portugal, assim como ocorre na adoção dos mecanismos de resolução alternativa de conflitos quando envolver o Poder Público (principalmente a arbitragem), adotou a consensualidade aplicada às relações jurídicas administrativas no seu Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 4/2015), onde seu artigo 5<sup>o324</sup> foi incisivo ao prever o princípio das boas práticas administrativas, sendo que para se alcançar o mesmo, o Poder Público deverá pautar suas condutas pela eficiência, economicidade e celeridade, aproximando de forma não burocrática, os serviços públicos do cidadão.

Dando destaque especial à consensualidade administrativa, o artigo 12<sup>325</sup> do Código português acima citado, robusteceu a participação social na seara administrativa, autorizando os particulares, bem como as associações, quando em pauta discussão de assuntos que retratem seus interesses, a participarem das decisões do Poder Público. Corroborando o teor acima, artigo 17<sup>326</sup> do mesmo código promove a inserção de uma administração mais aberta à sociedade, realçando que, independentemente da existência de processo em curso, qualquer pessoa poderá ter acesso aos arquivos e registros administrativos.

Interessante previsão contida no Código é o artigo 56<sup>o327</sup>, uma vez que ao tratar das normas de procedimento administrativo, assentou o princípio da adequação procedimental.

---

6. Artigo 5. Princípio da Boa Administração. 1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) Acesso em 06/01/2022.

<sup>325</sup> Artigo 12. Princípio da Participação. Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objeto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respetiva audiência nos termos do presente Código. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) Acesso em 06/01/2022.

<sup>326</sup> Artigo 17. Princípio da Administração Aberta. 1 - Todas as pessoas têm o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento que lhes diga diretamente respeito esteja em curso, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade das pessoas. 2 - O acesso aos arquivos e registos administrativos é regulado por lei. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) Acesso em 06/01/2022.

<sup>327</sup> Artigo 56. Princípio da Adequação Procedimental. Na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) Acesso em 06/01/2022.

De acordo com referido vetor legislativo, na ausência de normas jurídicas imperativas (injuntivas), o gestor público aplicará a discricionariedade, decidindo em consonância com o interesse público pontuado, orientado pelo princípio da participação, eficiência, economicidade e celeridade.

Aplicando um realce especial à consensualidade, o artigo 57<sup>328</sup>, ao tratar dos acordos endoprocedimentais, pautados nos trilhos da discricionariedade administrativa, permite que a Administração Pública e os interessados celebrem pactos (podendo ter como objeto organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se oponham).

Nesse contexto da consensualidade administrativa, não somente na formatação que se busca na execução das atividades a serem desenvolvidas pelo Poder Público, mas também esticando o foco para a resolução alternativa (fora das entranhas do Poder Judiciário) de conflitos entre a Administração e os entes privados, surge o *Dispute Boards*, tema a ser explorado em seguida.

#### 4.2 Origem e conceito de *Dispute Boards*.

De forma reiterada, a doutrina sinaliza que a origem dos *Dispute Boards* ocorreu nos Estados Unidos, ainda na década de 70 (século XX). Conforme apontado por Augusto Barros<sup>329</sup>, segundo relatos da FIDIC (International Federation of Consulting Engineers – fundada em 1913), nos países que adotaram o *common law*, quando se tratava de contratos referentes à construção civil (final do século XVIII e início do século XX), eventuais atos de prevenção de litígios eram desenvolvidos pelo engenheiro que teria responsabilidade sobre a obra, arbitrando as soluções das demandas que surgissem durante a execução.

Passando para o início do século XX, o poder de decisão do engenheiro foi sendo minimizado, uma vez que não mais emitiria juízo definitivo sobre a problemática surgida, apesar de que sua manifestação fosse uma condição precedente para que o litígio fosse

---

<sup>328</sup> Artigo 17. Acordos Endoprocedimentais. 1 - No âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento. [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=) Acesso em 06/01/2022.

<sup>329</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. P. 70-71

submetido à arbitragem. Com a redução dos poderes de decisão destes profissionais, o mercado passou a procurar meios que pudessem resolver os conflitos surgidos durante a execução dos contratos de construção civil (principalmente os de longa duração), visando blindar a boa exequibilidade da obra (prazos, orçamento, etc). Neste cenário, surge o *Dispute Board*.

Há relato histórico, apesar da data antes referenciada, que o primeiro caso de utilização deste instrumento ocorreu no projeto de construção da *Boundary Dam*, nos Estados Unidos (estado de Washington), ainda no final da década de 1960. Neste *case*, os contratantes requereram que o *joint consulting board* continuasse emitindo suas manifestações, apesar que de forma não vinculante (não obrigatória), em relação aos litígios que viessem a surgir.

Em seguida, foi publicado um relatório pelo US National Committe sobre tecnologia na perfuração de túneis<sup>330</sup>, tendo esta inovação chamado a atenção do mercado, culminando com a utilização do instrumento no projeto de construção do Túnel *Eisenhower*.

Quando da construção do *Eisenhower Tunnel*, os *dispute boards* não possuíam balizas de regramento previamente fixadas, os contratantes não tinham dever de observância obrigatória com relação às manifestações emitidas pela junta de especialistas, apesar de ser inerentes aos mesmos a notoriedade e expertise no que tange ao objeto contratual<sup>331</sup>. Apesar disso, todas as controvérsias surgidas durante a execução contratual (total de quatro), foram resolvidas em sua plenitude pelo *dispute boards*, isentando o objeto contratual de eventual demanda litigiosa<sup>332</sup>.

A partir do caso acima citado, referido método alternativo de resolução de demandas passou a ser adotado com grande relevância nos Estados Unidos, passando a compor vários projetos de construção civil.

Com as experiências bem-sucedidas dos *dispute boards* na seara internacional, principalmente entre as décadas de 70 e 80, três iniciativas se mostraram determinantes para

---

<sup>330</sup> *Better Contracting for Underground Construction highlighting a familiar litany of undesirable consequences of claims, disputes and litigation*. In: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p.69-95, jul./dez. 2019. p. 71.

<sup>331</sup> VAZ, Gilberto Vaz. **Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?** *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, p. 133, jul.-set. 2013.

<sup>332</sup> HARMON, Kathleen M. J. **Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Board on the Central Artery/Tunnel Project**. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, vol.1, n. 1, February 1, 2009. p.19

sua difusão<sup>333</sup> nos projetos de construção civil: o Banco Mundial, em 1995, passou a exigir, entre as cláusulas contratuais, a previsão dos *dispute boards* nos projetos que recebessem financiamento da instituição<sup>334</sup>; em 1996, a FIDIC passou a recomendar que os *dispute boards* fosse o método de resolução de conflitos adotado de forma preferencial em relação aos demais meios, principalmente no momento das revisões dos contratos padrões; por último, vale frisar que em 1996 o Reino Unido publicou o UK Adjudication Act<sup>335</sup>, requerendo que os contratos de construção civil tivessem cláusulas de adjudicação<sup>336</sup>.

Então, o que seriam os *dispute boards*?

Os *dispute boards*, também conhecidos na literatura jurídica portuguesa de Comitês de Resolução de Disputas (CRD), é um método alternativo de resolução de conflitos, instrumentalizado por um conselho (ou comitê) em que os membros possuem expertise em relação à temática discutida no objeto contratual (construção civil), devendo os mesmos analisarem as demandas tão logo surjam, exarando pareceres/recomendações e/ou emitindo decisões vinculantes<sup>337</sup>.

Interessante ponderação conceitual emitida por Arnold Wald, em que já define o instituto acrescentando que os membros têm sua nomeação realizada no momento da celebração do contrato, para que possam acompanhar durante toda a execução do mesmo, podendo fazer recomendações (*Dispute Review Boards – DRB*), exarar decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*), ou referidas atribuições exercidas de forma cumulativa/combinada<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 71

<sup>334</sup> Exigência constante do *Standard Bidding Document for Procurement of Works* para os projetos considerados como “*major works*”, ou seja, acima de USD10 milhões, publicado pelo Banco Mundial em maio de 2012 e disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Works-EN-22-Mar12\\_Rev5.docx](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Works-EN-22-Mar12_Rev5.docx).

<sup>335</sup> *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/53/section/108>.

<sup>336</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 71. A adjudicação é outro método bastante efetivo de resolução de disputas em contratos de construção, com procedimentos mais simples e custos reduzidos, sendo mais indicado para obras de menor complexidade e menor custo.

<sup>337</sup> KUKIELA, Marina e NETO, Edson Francisco Rocha. **DISPUTE BOARDS: MAIS UM IMPORTANTE MECANISMO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** In. *Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 678.

<sup>338</sup> WALD, Arnoldo. **Dispute Resolution Boards: evolução recente.** *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011. “painéis, comitês ou conselhos, para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute

Interessante definição exposta no regulamento (em língua portuguesa) pelo ICC (International Chamber of Commerce), em que o mesmo esclarece que os *dispute boards* poderão ser instituídos no momento da assinatura do contrato, ou no início da execução de um contrato de médio e longo prazo, justamente para evitar ou superar qualquer conflito que possa surgir durante a tramitação da obra<sup>339</sup>.

Assim sendo, fica claro que o *dispute boards* passou a ser mais um mecanismo de resolução alternativa (extrajudicial) de conflitos, inclusive, por suas próprias características e natureza jurídica, de aplicabilidade no âmbito dos contratos administrativos.

### 4.3 A experiência brasileira na utilização dos *dispute boards*

No Brasil, tal mecanismo de resolução alternativa de conflitos ainda vive sua fase de experiência embrionária<sup>340</sup>, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro sempre priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos demais meios extrajudiciais de resolução de litígios.

Caso primordial de sucesso dos *dispute boards* ocorrido no Brasil deu-se no início dos anos 2000, já no movimento de adoção dos mecanismos alternativos de resolução das demandas. A obra de construção civil discutida naquele momento era a “Linha 4 Amarela” do Metrô do município de São Paulo<sup>341</sup>. O financiador do projeto, o BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento), exigiu que fosse assentado em cláusula contratual a existência dos comitês de resolução de conflitos. Após isso, vários contratos foram firmados e rescindidos relacionados à essa obra, sendo que o comitê atuou com brilhantismo durante toda a execução do percurso contratual.

Entre todas suas decisões proferidas neste caso da “Linha 4 Amarela” do Metrô de São Paulo, o comitê chegou a ser questionado judicialmente em relação à uma decisão, mas

---

Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes”.

<sup>339</sup> ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Regulamento Relativo aos Dispute Boards**. Paris, 2016. “um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato.

<sup>340</sup> RODRIGUES, Marco Antônio e MELLO, Felipe Varela. **Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. In: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes> Acesso em 07/01/2022.

<sup>341</sup> JOBIM, Jorge Pinheiro, RICARDINO, Roberto, CAMARGO, Rui Arruda. **A Experiência Brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo**. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (Coord.). *CRD – Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura*. São Paulo: PINI, 2016. ISBN 978-8572664738. Ref.174.

a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve na íntegra a decisão do comitê de resolução, inclusive tecendo comentários elogiosos à decisão do colegiado<sup>342</sup>.

Evento de grande porte realizado em território brasileiro ocorreu em 2016 (Olimpíadas do Rio de Janeiro), sendo que foram celebrados 35 contratos internacionais. As próprias empresas que executaram os contratos receberam de forma positiva a ideia de constituir Comitês para resolução das demandas que porventura aparecessem. Como consequência dessa dinâmica administrativa, os resultados brotaram de forma positiva, tanto por parte dos gestores públicos, que passaram a contar com o mecanismo extrajudicial à sua disposição, quanto dos contratantes, uma vez que o instituto passou a inibir possíveis litígios, estimulando as partes a procurarem soluções negociadas.

Outra situação em que se utilizou o instrumento no Brasil foi na expansão da Usina Hidrelétrica de Itaipu para a Ciudad Del Este (localizada na fronteira do Brasil com o Paraguai), entre os anos de 2003 e 2007. No percurso da obra, foram “levantadas” oito demandas no Comitê, sendo que todas elas tiveram a resolutividade devidamente aferida com sucesso.

Além dos *cases* acima citados, Antônio Luís Pereira de Souza<sup>343</sup> retrata a história de sucesso dos *dispute boards*, ressaltando que no ano de 2009, mais de 2500 projetos já tinham adotados os *DBs* em mais de 4000 contratos.

Percebe-se, pelo contexto acima trilhado, que os *dispute boards* vem ganhando espaço na prática administrativa brasileira, uma vez que, conforme será adiante demonstrado, o mesmo é um instrumento de resolução extrajudicial de demandas com baixo custo financeiro, em que as decisões/recomendações são expedidas com certa celeridade, tentando ao máximo manter o contrato em plena vigência (paralisação de obras seriam em casos

---

<sup>342</sup> Desembargador Torres de Carvalho, relator do caso, “a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta”. In. SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 89

<sup>343</sup>SOUZA, Antônio Luís Pereira. **Dispute Boards.** Disponível em: [https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS\\_.ADRs-DBs.pdf](https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf). Acesso em 07/01/2022.

“Em 2009 mais de 2.500 projetos já adotaram *DBs* em mais de 4.000 contratos, totalizando um valor contratual próximo a US\$ 130 bilhões, seja na África do Sul, Austrália, Bósnia Herzegovina, Bangladesh, Bulgária, Camboja, China, Croácia, Dinamarca, Egito, Estados Unidos, Etiópia, França, Geórgia, Grécia, Hong Kong, Itália, Índia, Maldivas, Nova Zelândia, Paquistão, República Checa, Rússia, Santa Lúcia, Sérvia, Suíça, Turquia, Uganda, Ucrânia e Vietnã. E no Brasil, tem ensejo o 3º *DB*, na PPP Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais.”

excepcionalíssimos), procedimento com certa flexibilidade, adimplemento espontâneo dos resultados proferidos.

O legislador brasileiro, vislumbrando o aumento significativo que vem sendo imprimido aos *dispute boards*, iniciou uma série legislativa, ainda que embrionária, de regulamentação do instituto, o que será visto mais à frente.

#### 4.4 Espécies de Dispute Boards

Nos termos anteriormente retratado, os *Dispute Boards* são comitês (ou conselhos) formados por especialistas que possuem como função primordial prevenir ou resolver alguns litígios que porventura surjam durante a execução de um contrato de obra da construção civil. Arnold Wald<sup>344</sup>, ao conceituar o instituto, acaba fazendo referência às modalidades existentes, principalmente quando aponta as características dos mesmos (recomendações/decisões ou ambos).

Vale ressaltar que as modalidades de *dispute boards* (partindo da premissa de que o mesmo é um mecanismo extrajudicial de prevenção e resolução de conflitos) poderão variar conforme os seguintes fatores a serem adotados: momento da formação do comitê; a vinculação das decisões proferidas pelo comitê; e por último, o quantitativo dos especialistas que comporão o conselho.

Quanto à primeira modalidade (momento da formação), os *dispute boards* podem ser abordados como *standing dispute board* e *dispute board ad hoc*. No que tange à mecânica de funcionamento dos *dispute boards*, observa-se que as partes (cada uma) indicam um membro para compor o mesmo (ocorrendo normalmente no ato de celebração do contrato), sendo que esses membros (presumidamente *experts* no assunto do objeto discutido no contrato, imparciais e independentes), apontam um terceiro (a ser ratificado pelos contratantes), conjugando uma característica ímpar<sup>345</sup> ao comitê constituído. Neste panorama, afirma-se que, regra geral, os

---

<sup>344</sup> WALD, Arnaldo. **Dispute Resolution Boards: evolução recente.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011. Os *Disputes Boards (DBs)* são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards – DRB*) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards – CDB*), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes.

<sup>345</sup> ETCHARREN, Rodrigo Zamora. **Las reglas CCI sobre dispute boards.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 10, p. 190-201, jul.-set. 2006. p.192



comitês são *standing dispute board*, uma vez que os mesmos são formados quando da celebração do contrato (tendo sua duração mantida por toda execução contratual).

Entretanto, destoando da situação acima exposta, o *dispute boards* poderá ser constituído a posteriori em relação à formação contratual, principalmente quando do surgimento de um evento litigioso. Falha apontada nesta modalidade do mecanismo é que o mesmo não atuará de forma preventiva, na iminência do conflito (tempo real), omitindo as principais características do instituto<sup>346</sup>, inclusive poderá culminar com o atraso na execução contratual da obra. Regra geral, após a atuação desses comitês (recomendação/decisões), os mesmos são extintos.

Partindo para a última classificação acima apontada (em seguida irá ser explorada a segunda), quanto à quantidade de membros do comitê, regra geral, os mesmos são compostos por três conselheiros, mas não há vedação para que se instale *dispute boards* com apenas um *expert*. Tal fato ocorre principalmente em projetos menores, uma vez que as despesas a serem desembolsadas poderão não ser compatíveis com os honorários dos profissionais, sendo o único membro (presidente) escolhido de forma consensual<sup>347</sup> pelos contratantes. Vale destacar que nada impede, principalmente em projetos de grande complexidade, que os *dispute boards* sejam compostos por mais profissionais (como ocorreu nos projetos de construção do aeroporto internacional de Hong Kong e do Eurotúnel).

Partindo para a segunda (a terceira foi analisada anteriormente visando a didática da explanação) e última classificação, entende-se que os *dispute boards* poderão ser analisados conforme o grau de vinculação das decisões.

Ao debulhar o conceito de Arnaldo Wald acima apontado, já se percebe que o mesmo exprime uma ideia que tal mecanismos poderá resultar em recomendações ou decisões (ou ambos). Várias instituições (*Dispute Resolution Board Foundation – DRB; International Chamber of Commerce – ICC; The Chartered Institute of Arbitrators – CIARB; World Bank e a Fédération Internationale des Ingénieurs -Conseils - FIDI*) procuram capitanear os modelos e modalidades de *dispute boards*, sendo que irá se adotar nesta dissertação o modelo exposto pela

---

<sup>346</sup> SOUSA, Antonio Luis Pereira de. **Dispute boards**. 2015, p.39.

<sup>347</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 73

ICC<sup>348</sup>. Fixado nesta premissa, pode-se dizer que os *dispute boards* poderão ser: DRB (*Dispute Review Board*); DAB (*Dispute Adjudication Board*) e CDB (*Combined Dispute Board*).

O *Dispute Review Board* possui aplicação territorial de forma demasiada nos Estados Unidos, bem como de utilização reiterada nos contratos firmados pela FIDIC (Federação Internacional de Engenheiros Consultores). Esta espécie de *dispute board* desenvolve seu ofício expedindo recomendações (não vinculantes para os contratantes) visando prevenir ou debelar eventuais conflitos que “se levantem” durante a execução do objeto contratual. Caso as partes aceitem (observem) os comandos expedidos nas recomendações, o mecanismo passa a ser agregado de total consensualidade.

Ainda se retratando ao *Dispute Review Board*, na hipótese de os contratantes não aceitarem as recomendações expedidas pelo comitê, os mesmos poderão recorrer ao tribunal arbitral ou ao Poder Judiciário. Ponto interessante a ser destacado (previsto no artigo 4, item 3 do regulamento do ICC), permanecendo as partes silentes com relação à recomendação expedida pelo comitê pelo prazo de 30 dias, a mesma se tornará definitiva e vinculante (*binding effect*), salvo se o conteúdo da mesma possuir fim proibido em lei.

Assim sendo, percebe-se que o *dispute board review* desempenha papel fundamental durante a execução do projeto de uma obra da construção civil, podendo atuar para que o conflito não se instale (preventiva), responder às partes de maneira informal, bem como emitir exarar recomendações no intuito de debelar conflitos da forma mais eficiente possível.

Além da modalidade acima apontada (ainda quanto ao grau de vinculação das decisões), tem-se o *Dispute Adjudication Board*. Tal modelo é adotado pelo sistema europeu, sendo que a consensualidade irá ceder espaço de forma parcial (as partes se comprometeram a agir de acordo com a mesma quando da assinatura contratual), uma vez que as decisões emitidas pelo conselho de *experts* são de observância obrigatória<sup>349</sup>. Sendo as decisões vinculativas, caso determinem alguma obrigação a ser executada pelas partes, deverá ser realizada dentro do prazo previsto na mesma.

Ao ser emitida a decisão, os contratantes deverão se manifestar por escrito sobre a mesma. Apesar da característica vinculativa das decisões emitidas na modalidade acima, tais não estão blindadas de instrumentos recursais, as partes poderão recorrer (artigo 5, item 5 do

---

<sup>348</sup> MACHADO, Matheus Oliveira. **A APLICABILIDADE DOS DISPUTE BOARDS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)**. p. 15

<sup>349</sup> MADERO, Cecilia Quintanilla. **Introducción a los dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 10, p. 172-178, jul.-set. 2006. p. 174-175

regulamento do ICC). Vale ressaltar que o recurso será recebido no efeito meramente devolutivo, não ocorrerá a imediata suspensão do *decisum* proferido pelo conselho de *experts*.

Na terceira modalidade (*Combined Dispute Board*), o instrumento apresenta-se de forma híbrida, há combinação do *Dispute Review Board* e do *Dispute Adjudication Board*. Nos termos do artigo 6, item 1 do regulamento do ICC, no CDB o comitê poderá emitir recomendações (tornando-se a regra geral), ou, já na formatação excepcional, proferir decisões.

Para que o CDB atue no viés decisório, faz-se necessário que algum dos contratantes promova o acionamento e a outra parte concorde com o requerimento ou permaneça silente. Pereira<sup>350</sup> ressalva que, mesmo observando o princípio da autonomia da vontade, a atuação dos CBD, bem como o veto da outra parte não estão fixados em uma liberdade absoluta, podendo as regras serem relativizadas nos termos do artigo 6, item 3 do regulamento do ICC.

Por fim, vale deixar claro que esta classificação dos *dispute boards* não possui conotação exauriente, podendo sofrer variações de acordo com a adoção das instituições nacionais ou internacionais.

#### 4.5 *Dispute boards* e os demais mecanismos de resolução de conflitos

Conforme já assinalado, a Administração Pública sempre adotou comportamento unilateral em seus processos decisórios. Ocorre que recentemente o Direito Administrativo vem sendo “invadido” pela consensualidade, lastreado nos princípios da constitucionalização do direito público e na democracia<sup>351</sup>. Fernando Dias entende que o ente público poderá utilizar os vieses da consensualidade até nas atividades em que estejam presentes o poder extroverso<sup>352</sup>, sendo os benefícios colhidos através da pacificação social.

---

<sup>350</sup> PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum. Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87898>>. Acesso em: 10 jan. 2018. In: MACHADO, Matheus Oliveira. **A APLICABILIDADE DOS DISPUTE BOARDS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)**. p. 17

<sup>351</sup> FORTINI, Cristiana e Mucci Daniel, Felpe Alexandre. **A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil**. Revista de Contratos Públicos, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021. p.151.

<sup>352</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier LAtin, 2012, p.298.

Apesar de explorado de forma mais detalhada no início desta dissertação, vimos que existem vários métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, sendo que os mesmos se dividem em autocompositivos e heterocompositivos. Em relação àqueles (negociação, conciliação e a mediação), as próprias partes “sentam” para promover a resolução de eventual litígio que porventura apareça. Por outro lado, nos modelos heterocompositivos (arbitragem e *dispute boards*), os interessados cedem a um terceiro o poder de decisão visando a resolutividade de determinada demanda.

Apesar de se levantarem vozes doutrinárias no sentido de colocar em dúvidas se a **negociação** (as partes promovem os atos diretamente entre si, sem atuação de terceiros) é uma espécie de MESC (Método Extrajudicial de Solução de Conflitos) ou apenas uma técnica<sup>353</sup>, tais comportamentos são plenamente cristalinos quando da atuação dos *dispute boards*, principalmente nos momentos de consultas informais feitas aos comitês (óbvio, sempre atreladas ao objeto finalístico, que poderão ter reflexo na execução do contrato).

Com relação à **conciliação**, mecanismo em que um terceiro não só tenta aproximar as partes, mas também promover um comportamento ativo no sentido de propor soluções visando a resolução de conflitos, o conselho de *experts* deverá ter uma certa cautela quando do exercício das suas atribuições no viés da informalidade, uma vez que, em caso de atuação com alto grau de atividade, e não conseguindo promover a resolução do conflito na informalidade, poderá ter sua imparcialidade/neutralidade questionado quando da expedição de decisões e recomendações.

Outro método de resolução autocompositiva a ser retratado é a **mediação** (um terceiro imparcial promove discussão entre as partes para que as mesmas decidam da forma mais conveniente possível), em pleno crescimento tanto no Brasil quanto em Portugal (legislações próprias), sendo plenamente conciliáveis quanto aos conflitos suscitados em que uma das partes seja a Administração Pública. Este mecanismo é o que provoca “as mais estruturadas discussões<sup>354</sup>” quando da utilização inserta nos *dispute boards*, principalmente tendo-se como referência as condutas preventivas (*avoidance*) do comitê.

---

<sup>353</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 79.

<sup>354</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras.** *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 79.

No intuito de se afirmar a impossibilidade de os *dispute boards* promoverem a mediação de uma disputa, faz-se necessário diferenciar o procedimento de mediação e as técnicas de mediação. Durante a tramitação de uma mediação, um dos componentes da mesma são as reuniões privadas e unilaterais, em que os profissionais mantem contato com apenas uma das partes, sendo que estas acabam realizando certas confissões (fraquezas, aspectos particulares de seus posicionamentos, assimetria de informações, barreiras emocionais<sup>355</sup>, etc).

Daí já se observa que essas reuniões privadas são incompatíveis com o exercício das atribuições dos comitês nos *dispute boards*, uma vez que a neutralidade é um requisito essencial que se adere aos membros do conselho. Não há de se tornar impossível a aplicação de todas as técnicas de mediação no manejo com os contratantes, apesar de inadequado a concretização real da mediação. Interessante ressaltar que não há nenhuma vedação em que o próprio comitê, vislumbrando que a mediação seria o meio extrajudicial de resolução de conflitos mais adequado para o caso concreto, indicar a mesma para os contratantes, mas fora do arcabouço dos *dispute boards*.

Outra forma de resolução extrajudicial de conflitos, agora no viés heterocompositivo, é a **arbitragem** (objeto de estudo dos capítulos anteriores – principalmente quando da sua aplicação na esfera das relações jurídicas administrativas). Visando um estudo analítico e comparativo entre a arbitragem e os *dispute boards*, partindo da premissa de que os dois mecanismos são autônomos meios de resolução extrajudicial de resolução de demandas (natureza jurídica), pode-se afirmar que a arbitragem deriva de forma direta da lei; por outro lado, decorrendo da autonomia da vontade das partes, os *dispute boards* nascem da vontade das mesmas concretizada na formação contratual.

Os componentes do tribunal arbitral são considerados juízes de fato e de direito, enquanto que os *experts* que fazem parte dos *dispute boards* são consultores escolhidos pelos contratantes que possuem poderes e funções ampliadas<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> Conforme mencionado por David Hoffman no artigo *In Practice: Mediation and the Art of Diplomacy* (*Negotiation Journal*, julho de 2011), mediador e professor da Faculdade de Direito de Harvard que acredita que essa ferramenta, em determinadas situações, agrega muito valor ao processo de mediação. In: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 80.

<sup>356</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 81

Quando da análise do grau de vinculação dos atos proferidos pelos comitês, verificou-se que os mesmos emitem recomendações, bem como decisões, sendo estas consideradas como se fossem um aditivo contratual (podendo ter seu mérito discutido nas vias permitidas), inclusive com possibilidade de revisão pelo juízo arbitral ou pelo Poder Judiciário (a depender de como as partes pactuaram a finalização da resolução do litígio previsto no contrato). Por outro lado, as decisões exaradas pelo juízo arbitral são vinculantes, com força de sentença judicial, não necessitando de homologação pelos órgãos jurisdicionais (só poderá ser discutida a nulidade, não o mérito).

Vale esclarecer que os *dispute boards* tem tido certa preferência em relação à arbitragem quando em testilha os contratos de construção civil e obras de infraestrutura, principalmente pelo fato de resolver os conflitos de forma rápida<sup>357</sup>, uma vez que a arbitragem é um processo reativo, aparecendo após a implantação da controvérsia.

Interessante ser esclarecido que os árbitros, visando a formação de sua convicção para análise do litígio, ficarão adstritos aos elementos (informações) ofertados pelas partes nos procedimentos, enquanto que os membros componentes dos conselhos, estarão vivenciando e absorvendo constantemente as informações que surgem durante toda a tramitação executória do contrato, o que de forma evidente irá ser expressado quando da emissão de pronunciamentos e/ou decisões.

Assim, mostra-se confortável e necessário, juridicamente falando, que os profissionais, tanto dos *dispute boards* quando da arbitragem, possuam conhecimento de ambos institutos, uma vez que, quando os membros do comitê entendem a mecânica do procedimento arbitral, eles podem exarar decisões com o máximo de blindagem quando da sua impugnação pelo contratante inconformado; por outro lado, quando os árbitros entendem o funcionamento dos *dispute boards*, os mesmos poderão evitar o enrijecimento do procedimento, contornando o definhamento que porventura apareça quanto à resolutividade extrajudicial da demanda apresentada.

#### 4.6 Vantagens dos *dispute boards*

---

<sup>357</sup> FORTINI, Cristiana e Mucci Daniel, Felpe Alexandre. **A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil**. Revista de Contratos Públicos, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021. p.163.

Inegavelmente, não sem razão, os *dispute boards* vem se destacando como um dos mecanismos extrajudicial de resolução de demandas de grande receptividade quando o objeto contratual está relacionado com obras da construção civil (principalmente as de longa duração). Tal fato se justifica pela razão de que o mesmo apresenta significativas vantagens, conforme será a seguir analisadas.

Uma das principais vantagens dos *dispute boards*, até mesmo quando em comparação com a arbitragem, está relacionada aos **custos**, uma vez que os mesmos se mostram bem reduzidos. Conforme dados publicados pela *Dispute Board Foundation* (DRBF<sup>358</sup>), calcula-se que, o valor despendido com os *dispute boards*, gira em torno de 0,05% a 0,25% do custo final de uma obra (valor global do contrato). Tem-se adotado como regra geral que as partes dividem de forma igual os custos desembolsados com a aplicação destes mecanismos nos contratos de obras.

Interessante previsão constante nos anexos do Regulamento da ICC assenta que a parte que solicitar a apreciação de eventual conflito pelo *dispute boards* deverá recolher uma taxa de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), devendo ponderar este valor como baixo quando em comparação com os custos da obra (vários milhões, ou até mesmo bilhões), retratando uma considerável economia. Quando se avalia a celeridade com que o comitê emite recomendações e/ou decisões, se conclui que pela grande vantajosidade do mecanismo, evitando a interrupção da obra, bem como inúmeros custos indiretos<sup>359</sup>.

Mantendo uma certa distância, neste ponto específico, dos demais meios extrajudiciais de resolução de demandas, os *dispute boards* se destacam com grande vantagem pelo fato de o mesmo ser **constituído, regra geral, no início do cumprimento da relação contratual** (atuação no surgimento dos conflitos), mantendo permanência durante toda a tramitação da obra. Isso, por si só, já demonstra a eficiência que este mecanismo poderá

---

<sup>358</sup> Site oficial desta instituição fornece um banco de dados extensivo, com informações relativas aos projetos do mundo inteiro que utilizaram os *dispute boards* nas obras de construção civil, inclusive com dados referentes ao contratante e construtor, valor dos contratos e valores referentes às disputas solucionadas ou encaminhadas para outros procedimentos de resolução. In: Maria João Mimoso e Joana D’Arc Amaral Bortone. **A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards**. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Maio/Agosto, v.22, ano 2020, Rio de Janeiro, p.310.

<sup>359</sup> PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum. Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015. Autora traz um rol exemplificativo de custos indiretos. Veja-se: “Nesse sentido, podem ser citados, a título meramente exemplificativo, os seguintes custos indiretos: a paralisação dos trabalhos, que por si só já gera diversos outros custos indiretos, como locação de equipamentos ociosos, perecimento de insumos e remuneração de mão de obra ociosa; os danos à imagem dos envolvidos, que podem ficar vinculados à pecha da cultura da litigiosidade; e a perda de oportunidades comerciais, que podem vir a decorrer do atrito entre as partes ou da não conclusão tempestiva dos trabalhos.”

concretizar na resolução e/ou prevenção de conflitos que surjam durante a execução da obra delineada no objeto contratual. Quando do limiar dos fatos conflituosos o comitê já promoverá a devida atuação visando debelar os mesmos, fulminando o crescimento do litígio (com potencialidade até mesmo de promover a interrupção do empreendimento) que poderia enraizar durante a execução da obra.

Conforme aponta Marco Antônio<sup>360</sup>, o objetivo primordial do conselho de *experts* é exterminar, da forma mais célere possível, sempre atrelado à continuidade do cumprimento do objeto contratual, qualquer espécie de conflito que se levante durante a execução da obra, mantendo o eixo de relação contratual dentro de um sistema de harmonia, evitando desgastes diretos e indiretos, bem como a transferência da demanda para as alçadas do juízo arbitral, ou até mesmo, Poder Judiciário.

Outro ponto de destaque nos *dispute boards* é que o mesmo possui constituição estribada em um conselho de *experts* (regra geral, formado por dois engenheiros e um advogado), com **conhecimento especializado** (tanto técnico quanto jurídico) na matéria objeto da relação contratual anteriormente fixada. Acaba que o comitê passa a ter certa familiaridade com as cláusulas contratuais, bem como com os responsáveis pela execução da obra, tornando inegável que irá exarar recomendações/decisões com força qualificada.

Esse fator da *expertise* se mostra de alta relevância para destacar a vantajosidade dos *dispute boards*, uma vez que os membros do conselho poderão identificar problemas que existiam anteriormente (design, estrutura, interpretação de documentos contratuais, eventuais incidentes, etc), mas não tinham sido vislumbrados, uma vez que não eram passíveis de previsão no momento da assinatura contratual<sup>361</sup>. Sustentados na *expertise* dos membros, caso as partes aceitem as recomendações e/ou decisões, os conflitos “levantados” durante a execução da obra serão fulminados imediatamente, evitando a dilação de prazos e custos<sup>362</sup>.

Interessante ponderação realizada por Pereira<sup>363</sup> quando destaca que o *dispute board* tem ganho qualitativo na execução do contrato, uma vez que as decisões são emitidas

---

<sup>360</sup> RODRIGUES, Marco Antônio e MELLO, Felipe Varela. **Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. In: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes> Acesso em 07/01/2022.

<sup>361</sup> CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. **Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p.87

<sup>362</sup> MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. **Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos**. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD).

<sup>363</sup> PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum.



com grande respaldo técnico substancial, com formação dialética, que integram o projeto desde o início.

Segundo dados estatísticos, principalmente pelo fato das características acima apontadas, os contratos que trazem os *dispute boards* como cláusula essencial de resolução extrajudicial de conflitos, têm demonstrado uma **redução de litigiosidade no patamar de mais de 90%**, sendo todos os incidentes resolvidos ainda durante a tramitação da execução da obra (intracontratualmente – sem recorrer ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário<sup>364</sup>), de forma pacífica, e o melhor, mantendo em perfeição a continuidade da mesma.

Além de frear a litigiosidade que não seja nas alçadas dos *dispute boards*, bem como prezar pela celeridade, regra geral, as disputas discutidas no palco deste mecanismo duram em média 145 dias (da propositura do conflito no conselho até a manifestação final), observando todos os prazos regulamentares, inclusive recursais.

#### 4.7 Os contratos administrativos e os *Dispute Boards*

No âmbito da doutrina majoritária, entende-se que o “princípio geral da não-necessariedade da intervenção jurisdicional” no âmbito das relações jurídicas administrativas justificam a utilização dos instrumentos de consensualidade pelo Poder Público<sup>365</sup>, não sendo obrigatório e/ou conveniente o ajuizamento de ações para o cumprimento dos deveres e direitos.

Aparelhar a Administração Pública com instrumentos que concretizem a consensualidade, implica em alavancagem da eficiência, principalmente em um viés focalizado na resolução extrajudicial dos conflitos.

---

Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015, p.16. “Como as manifestações do *dispute board* são construídas de maneira dialética por pessoas com formação técnica e, ainda, que integram o projeto desde seu início, acredita-se que serão mais facilmente absorvidas e aceitas pelo restante dos membros que participam de sua execução. Trata-se de importante fator psicológico que trabalha no sentido do aumento do enforcement das manifestações do comitê. (...) Dessa forma, acredita-se que as manifestações dos *DBs* possuem, ao menos potencialmente, fator qualitativo mais elevado em relação a outras modalidades de resolução de conflitos, como a arbitragem e a jurisdição estatal, tendo em vista que o comitê: (i) é formado por especialistas na matéria; (ii) possui representação paritária; (iii) acompanha o projeto desde seu nascedouro; e (iv) goza de independência técnica”.

<sup>364</sup> PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos *dispute boards* como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum. Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 16-17, fev. 2015.

<sup>365</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público; consequências processuais**. [https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-egocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015#a-4-DTR\\_2016\\_25028](https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-egocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015#a-4-DTR_2016_25028) Acesso em 01/02/2022.

Após devidamente analisado o aparato jurídico brasileiro que acolhem os meios alternativos de resolução de controvérsias, faz-se necessário discorrer sobre os requisitos necessários para adequação dos *dispute boards* no Brasil na esfera dos contratos administrativos.

O artigo 151, parágrafo único, da nova lei de licitações e contratos (Lei n. 14.133/21), semelhantemente ao que já ocorria no artigo 1º da lei de arbitragem (Lei n. 9.307/96), expressou que a utilização dos *dispute boards* (comitê de resolução de disputas) poderá atuar somente em demandas administrativas que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, exemplificando com algumas matérias: restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, inadimplemento de obrigações contratuais e cálculo de indenizações.

Analisando de forma a contrário *sensu*, quando se trata da indisponibilidade, pode-se adotar duas acepções: a vedação para que se renuncie a um direito existente ou a obrigação/necessidade de se submeter eventual litígio ao campo de atuação do Poder Judiciário. Na matéria aqui tratada, seria destaque a discussão com relação à primeira acepção. A pergunta que se faria: nas relações jurídicas administrativas, seria possível o ente público dispor de eventual direito?

Não se pode negar que, até mesmo atendendo diretrizes constitucionais, alguns direitos poderão ser disponíveis pela Administração Pública, e como exemplo legal, dentro do espectro dos *dispute boards*, pode-se citar o cálculo de indenizações nos contratos administrativos que tratem de obras públicas.

Visitando o outro requisito estabelecido pela lei para adoção dos *dispute boards* nos contratos de Direito Público, tem-se a patrimonialidade dos direitos objeto de discussão. Como expressão de significação, pode-se atentar que os direitos patrimoniais seriam aqueles que demonstrassem certo atributo pecuniário<sup>366</sup>. Neste ponto a legislação brasileira de licitações e contratos (parágrafo único do artigo 151 da Lei 14.133/21) foi muito feliz ao adotar, de forma exemplificativa, algumas demandas que traduzem tal viés para fins de adoção dos *dispute boards*, como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

---

<sup>366</sup> Kukiela, Marina e Neto, Edson Francisco Rocha. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In. Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 684.

Marçal Justen Filho<sup>367</sup> pondera, de forma acertada, que a Administração Pública, atendendo ao princípio da eficácia, deverá promover constantes adequações para adotar soluções práticas. Nesta toada, partindo da premissa que os *dispute boards* tanto previnem quanto resolvem, de forma célere e satisfatória, as demandas que porventura surjam durante a execução dos contratos administrativos (obras públicas), não se pode adotar rejeições ao acolhimento do instrumento.

Assim sendo, até mesmo pelos recentes acolhimentos legislativos que se vivencia no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que os *dispute boards* vem se estabilizando como uma prática salutar de resolução extrajudicial de demandas no âmbito dos contratos administrativos.

#### **4.8 Regulamentação do instituto no Brasil – nova lei de licitações e legislações estaduais (São Paulo e Minas Gerais)**

Apesar de juridicamente ser plenamente sustentável a utilização do *dispute boards*, até tempos recentes o mesmo carecia de previsão legal, mesmo derivando referido mecanismo do princípio da autonomia da vontade das partes, inclusive se revelando como um eficiente meio de resolução extrajudicial de demandas (atrelado aos contratos de obra da construção civil).

Estudiosos entendem que, mesmo sendo o *dispute boards* uma criatura do contrato (derivado da autonomia da vontade), quando o trato da situação envolver a Administração Pública (contratos relacionados à infraestrutura), faz-se necessário a existência de leis definindo pelo menos os elementos mínimos de regulamentação (principalmente em observância ao princípio da legalidade estrita) do mecanismo<sup>368</sup>.

Em 2015, ainda externo à esfera legislativa, o Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovou três enunciados (durante a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios) que instrumentalizaram (ainda na avenida doutrinária) o mecanismo em território brasileiro,

---

<sup>367</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.68.

<sup>368</sup> SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul./dez. 2019. p. 86

sendo tal ato de extrema importância para futura inserção deste meio no sistema legislativo nacional, como veremos adiante.

O enunciado CJF n. 49 passou a reconhecer que os *dispute boards* constituem meios de resolução consensual de conflitos; em estágio de confirmação do instrumento, o enunciado CJF n. 76 concedeu força às decisões proferidas pelo conselho de *experts*, ao exarar que os atos proferidos por eles (quando as partes tiverem concordado anteriormente sobre a utilização obrigatório) possuem plena vinculação até serem objeto de decisão confirmatória ou rejeição/reforma pelo Poder Judiciário ou juízo arbitral (em caso de ataque recursal à decisão emitida pelo comitê); por fim, mas não menos importante, na mesma jornada, o CJF aprovou o enunciado n. 80, em que o mesmo recomenda a utilização dos *dispute boards* (após a inserção nas cláusulas contratuais) quando se tratar de contratos de construção ou obras de infraestrutura, uma vez que o mesmo constitui-se em um “braço” preventivo de litígios, inclusive com redução de custos, culminando com a instantânea resolução de conflitos que porventura possa surgir no curso da execução dos contratos (objeto de obras)<sup>369</sup>.

Após a externalização dos enunciados acima citados pelo CJF, ano seguinte (26/04/2016), o Superior Tribunal de Justiça julgou um *leading case* que se tornou referência para a jurisprudência brasileira no que tange ao reconhecimento da aplicação dos *dispute boards* nos contratos de obras da construção civil.

Trata-se do julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ<sup>370</sup>, que teve como relator o Ministro Aurélio Belizze, sendo que neste julgado foi reconhecida (no momento da

---

<sup>369</sup> Enunciado CJF nº 49 – “os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no §3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro” –; Enunciado CJF nº 76 – “as decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada” –; e Enunciado CJF nº 80 – “a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/> Acesso em 12/01/2022.

<sup>370</sup> RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR)[...] OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

(...) 2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência / necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição

fundamentação) a existência, validade e eficácia das cláusulas contratuais que assentasse a previsão dos *dispute boards* (tendo como motivação principal a autonomia da vontade), promovendo assim a extinção do processo sem resolução do mérito. Segundo o Ministro, os *dispute boards* constituem um método extrajudicial de resolução de conflitos, sendo o mesmo alinhado aos contratos de grandes obras de construção civil em que os eventuais conflitos apresentados deveriam ser debelados de imediato.

Assim sendo, já em 2016, logo após a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro em 2015, bem como dos enunciados do CJF acima noticiados, o Judiciário pátrio passou a reconhecer os *dispute boards* como mais um meio de resolução extrajudicial de resolução de demandas.

Partindo para o plano da legislação nacional, até 2021 não havia uma lei que tratasse do assunto de forma que abrangesse toda a República Federativa do Brasil, como já ocorria com a arbitragem e a mediação (tanto no Brasil quanto em Portugal). Vale ressaltar que até 2021, a lei que tratava dos contratos administrativos era a de n. 8666/93, devendo-se deixar claro que a mesma era silente quanto a forma de resolução de conflitos que aparecessem durante a execução contratual.

Interessante pontuar que a lei que dispõe sobre a concessão e permissão de serviço público (Lei n. 8987/95 – Artigo 23-A<sup>371</sup>), passou a prever desde 2005 a possibilidade de utilização de mecanismos privados para resolução de disputas. Na mesma pegada, a Lei Federal de Parcerias Públicas-Privadas (Lei n. 11.079/04 – Artigo 11, inciso III<sup>372</sup>) assentou de forma

---

contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada. 2.2Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. (...) 4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito. (REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016). <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862105153/recurso-especial-resp-1569422-rj-2015-0177694-9/inteiro-teor-862105180?ref=juris-tabs> Acesso em 12/01/2022.

<sup>371</sup> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm) Acesso em 12/01/2022.

<sup>372</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm) Acesso em 12/01/2022.

expressa que os litígios que porventura aparecerem durante a execução do contrato, poderão ser objeto de resolução via mecanismo extrajudicial.

Ponto de realce a ser destacado no aspecto nacional foi a publicação, em 01 de abril de 2021, da Lei n. 14.133/21, denominada nova Lei de Licitações e Contratos, sendo que a mesma revogou a lei anterior (Lei n. 8.666/93) que tratava do mesmo objeto, a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02), bem como, parcialmente, a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei n. 12.462/11). Conforme pode-se observar nesta nova lei, diferentemente da anterior, a mesma reservou um capítulo (XII) específico para tratar “dos meios alternativos de resolução de controvérsias (Artigos 151 a 154<sup>373</sup>).

Observa-se que o artigo 151 da lei foi incisivo ao descrever, de forma não exauriente, quais mecanismos de resolução extrajudicial de controvérsias poderão ser utilizados pelo Poder Público para prevenir ou debelar eventuais conflitos, e entre eles, além de arrolar a arbitragem, a conciliação e a mediação, deixou expresso, como forma autônoma, o comitê de resolução de disputas (*dispute boards*). De todos esses meios citados, os *dispute boards* era o único método que não tinha regulamentação alguma em nível federal<sup>374</sup> (no âmbito municipal, conforme será posteriormente analisado, já existiam leis dos municípios de São Paulo e Belo Horizonte).

O parágrafo único do artigo 151 da Lei n. 14.133/21 retrata (rol exemplificativo<sup>375</sup>) o “campo de atuação” em que poderá ocorrer a ingerência dos *dispute boards*, condicionando a infiltração do mecanismo nos contratos quando tratar de direitos patrimoniais disponíveis, em assuntos relacionados “ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

---

<sup>373</sup> CAPÍTULO XII. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o **comitê de resolução de disputas** e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 12/01/2022.

<sup>374</sup> RODRIGUES, Marco Antônio e MELLO, Felipe Varela. **Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. In: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes> Acesso em 07/01/2022.

<sup>375</sup> KUKIELA, Marina e NETO, Edson Francisco Rocha. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In. Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 688.

Não se pode negar que foi de extrema conveniência e louvável conduta legislativa a previsão dos *dispute boards* (comitê de resolução de disputas) na nova Lei de Licitações e Contratos, devendo-se ressaltar que se faz necessário (apesar de jamais tal ausência desnaturar a existência do mecanismo) um aprofundamento regulamentar, assim como já ocorreu com a lei de arbitragem e a mediação, uma vez que até o momento tem-se somente regras genéricas (artigos 151 a 154).

A título complementar, como informação recente, verifica-se que existem dois projetos de lei no Brasil que possuem como mérito principal o tratamento dos *dispute boards*. O Projeto de Lei n.9.883/18<sup>376</sup>, que tramita no âmbito da Câmara dos Deputados, trata da aplicação do mecanismo aos contratos administrativos em nível nacional, enquanto o Projeto de Lei n. 206/18<sup>377</sup> (Senado Federal) trata da regulamentação do instituto em contratos administrativos continuados celebrados pela União<sup>378</sup>.

Avançando na consolidação dos *dispute boards* no Brasil, em 2020 o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), órgão que pertence ao STJ (Superior Tribunal de Justiça), realizou a I Jornada de Direito Administrativo<sup>379</sup> (entre os dias 03 e 07 de agosto de 2020), em que foram expedidos 40 enunciados temáticos relacionados a este ramo do Direito Público. Alguns enunciados possuem estreita relação com o mecanismo de resolução extrajudicial de demandas aqui discutido.

O Enunciado n. 10<sup>380</sup> retrata a possibilidade de ser realizado aditivos em contratos administrativos originados de processos licitatórios para inserção de cláusulas permitindo a resolução de conflitos por meios de mecanismos alternativos ao Poder Judiciário, citando a mediação, arbitragem e o *dispute boards*. Em 2021, com a publicação da nova Lei de Licitações

---

<sup>376</sup> De iniciativa do deputado Pedro Paulo e com o suporte do CBMA, “dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) em contratos administrativos”.

<sup>377</sup> De iniciativa do senador Anastasia, “regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União”.

<sup>378</sup> RODRIGUES, Marco Antônio e MELLO, Felipe Varela. **Os *dispute boards* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. In: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes> Acesso em 07/01/2022.

<sup>379</sup> FORTINI, Cristiana e Mucci Daniel, Felpe Alexandre. **A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil**. *Revista de Contratos Públicos*, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021. p.153.

<sup>380</sup> Enunciado n. 10: “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e **Dispute Board**”. [file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Enunciados\\_Aprovados\\_IJDA.pdf](file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Enunciados_Aprovados_IJDA.pdf) Acesso em 13/01/2022.

e Contratos (Lei n. 14.133/21), o artigo 153<sup>381</sup> trouxe redação semelhante, permitindo aditivos aos contratos para inclusão deste meio extrajudicial de resolução de conflitos.

Outro Enunciado publicado pelo CEJ que diz respeito ao *dispute boards* foi o de número 19<sup>382</sup>, em que ficou considerada a possibilidade de utilização deste mecanismo (permitindo também a arbitragem, conciliação e mediação) quando o mérito da discussão tratada se referir ao equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, até mesmo por ser a demanda relativa a direitos patrimoniais disponíveis. Tratativa semelhante a este foi prevista logo em seguida no parágrafo único<sup>383</sup> do artigo 151 da Lei n. 14.133/21, em que se tratou, entre outras matérias, do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, verifica-se que o Poder Judiciário, tanto através de seus julgados, quanto da emissão de enunciados de entendimentos pelos Centros de Estudos, sempre se mostrou na linha da viabilidade jurídica do *dispute boards*, sendo tais manifestações trasladadas para o plano legislativo, principalmente com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos.

Avançando no estudo da legislação do *dispute boards* no Brasil, faremos uma breve análise de duas leis municipais importantes: São Paulo e Belo Horizonte.

### **Leis Municipais: São Paulo e Rio de Janeiro**

Adentrando em um campo legislativo de viés municipal (até então tínhamos realizado ponderações apenas no espectro federal/nacional), torna-se importante dedilhar duas relevantes leis que tratam especificamente dos *dispute boards*.

---

<sup>381</sup> . Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 13/01/2022

<sup>382</sup> Enunciado n. 19: “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”. [file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Enunciados\\_Aprovados\\_IJDA.pdf](file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Enunciados_Aprovados_IJDA.pdf) Acesso em 13/01/2022.

<sup>383</sup> Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o **comitê de resolução de disputas** e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao **restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato**, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm) Acesso em 13/01/2022.



Inegável que se tem percebido um crescimento regulamentar (até mesmo para atender o princípio da legalidade e da segurança jurídica) deste instrumento para viabilização da sua utilização nas obras públicas<sup>384</sup>.

Antes de 2018, não existia no Brasil nenhuma legislação, publicada por qualquer ente federativo, que tratasse de forma específica dos *dispute boards*. De forma muito louvável, em 22 de fevereiro de 2018 foi publicada no Município de São Paulo (Estado de São Paulo) a Lei n. 16.873/18, que possui como objeto principal o reconhecimento e instalação “de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”. Através do Decreto municipal n. 60.067/2021 (recentemente publicado), a lei paulistana acabou sendo regulamentada, registrando mais um avanço do instrumento, inclusive no maior município do Brasil.

Tal decreto municipal acima retratado acabou sendo objeto de dúvidas entre os estudiosos do tema, uma vez que, conforme preconiza seu artigo 2º, os *dispute board* só poderão ser utilizados como meio de resolução alternativa de conflitos quando o contrato tratar de obra pública orçada em mais de R\$ 200.000,00 (duzentos milhões de reais)<sup>385</sup>.

Na mesma toada da lei antes citada, o Município de Belo Horizonte (capital do Estado de Minas Gerais), publicou a Lei n. 11.241 em 19 de junho de 2020. Tal ato legislativo regulamentou “*a utilização de Comitê de Prevenção de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada*”.

A Câmara de Vereadores do Município de Belo Horizonte, quando da publicação da lei, lançou matéria relativa à mesma, sendo digno de registro que este ato legislativo foi originário do Projeto de Lei n. 388/17, de autoria do vereador Irlan Melo. Ao fundamentar sua proposição, o respeitável vereador destacou que “as estatísticas apontam que 97% a 99% das decisões proferidas por essas juntas, utilizados no mundo inteiro, jamais foram combatidas em âmbito jurisdicional, ou foram plenamente mantidas pelos julgadores finais”<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> KUKIELA, Marina e Neto, Edson Francisco Rocha. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In. Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 686.

<sup>385</sup> MEDINA, Ricardo. **Os Dispute Boards perigam voltar à estaca zero em São Paulo**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-dispute-boards-perigam-voltar-a-estaca-zero-em-sao-paulo/> Acesso em 13/01/2022.

<sup>386</sup> Originária do Projeto de Lei 388/17, de Irlan Melo (PSD), a Lei 11.241/20 regulamenta em âmbito municipal a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) para prevenir e solucionar possíveis conflitos em contratos administrativos. A entidade não exerce função de tribunal arbitral nem tem o poder de emitir

Tratar-se-á agora de alguns pontos importantes destas duas leis municipais acima apontadas, no intuito de se promover uma maior elucidação das mesmas quanto às matérias que poderão ser submetidas ao *dispute boards*, bem como aspectos pontuais do procedimento.

Ambas as leis ressaltam o aspecto facultativo (e não a obrigatoriedade<sup>387</sup>) da aderência ou não dos Órgãos Públicos para “lançarem mão” do instrumento e preverem nos contratos administrativos que eventuais conflitos que porventura venham a existir, serão submetidos ao “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas”, sendo que este terá como foco principal de atuação a apreciação e resolução de controvérsias surgidas durante o lapso temporal de execução dos contratos de execução das obras públicas.

Primeiro limite material imposto nas duas leis para atuação dos *dispute boards* no âmbito dos contratos administrativos é que o mesmo só poderá ter ingerência nos litígios relativos a direito patrimonial. Por aqui já se percebe que algumas matérias, como por exemplo relacionadas à sanção administrativa, subcontratações do objeto estabelecido na relação contratual, não poderão ser campo de atuação do instituto em comento.

A título de rol exemplificativo, pode-se citar como âmbito material de inserção dos *dispute boards* que possuem relação com a expressão direito patrimonial passíveis de atuação pelo conselho de *experts*: discussões relacionadas ao restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do documento contratual; pleitos indenizatórios relativos a eventuais custos sem previsão contratual; requerimentos que digam respeito aos índices de correção monetária quando a Administração Pública atrasar com o adimplemento de valores, etc.

---

decisões judiciais, mas suas recomendações ou decisões devem ser obrigatoriamente fundamentadas, sob pena de nulidade. O comitê poderá ter funcionamento permanente, com duração por todo o período contratual, ou ser instalado após notificação de disputa por uma das partes. O uso do *Dispute Board* e as regras de seu funcionamento, bem como o prazo para proferimento das decisões, deverão ser previstas expressamente no instrumento convocatório de licitação e no contrato administrativo. Quando aplicável, a modalidade do comitê - de Revisão, de Adjudicação ou Híbrido - também deverá constar na documentação. **De acordo com o autor da proposição, as estatísticas apontam que 97% a 99% das decisões proferidas por essas juntas, utilizadas no mundo inteiro, jamais foram combatidas em âmbito jurisdicional, ou foram plenamente mantidas pelos julgadores finais.** Além de trazer mais segurança jurídica, a ferramenta é capaz de desonerar a estrutura judiciária e, principalmente, preservar o orçamento e cronograma das obras. <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2020/06/conflictos-em-contratos-administrativos-j%C3%A1-podem-ser-mediados-em-> Acesso em 13/01/2022.

<sup>387</sup> FORTINI, Cristiana e Mucci Daniel, Felpe Alexandre. A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil. Revista de Contratos Públicos, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021. p.167.

Não se pode negar que as questões acima citadas possuem certa complexidade, em que se faz necessário uma atuação mais especializada (técnica e jurídica) para produção de uma eficiência administrativa, principalmente visando a continuidade da execução da obra.

Outra limitação imposta, esta somente assentada na Lei Municipal n. 11.241/2020 (município de Belo Horizonte), é que a mesma restringiu os *dispute boards* somente para contratos administrativos de “natureza continuada”, excluindo aqueles que se exaurem em somente um ato (aquelas relações contratuais singelas), até mesmo pela impossibilidade de gerarem controvérsias de alta complexidade.

Conforme anteriormente ponderado, quando se tratou das espécies, os Comitês poderão atuar expedindo recomendações, decisões, ou até mesmo um ato híbrido (combinação referente aos dois anteriores). Ambas as leis municipais citadas previram as três espécies (revisora, adjudicatória ou híbrida<sup>388</sup>) de atos a serem exarados pelo conselho de *experts*, sendo que a opção deverá ser assentada no momento da publicação do edital e contrato, não ocorrendo fixação anterior pelo legislador.

Assim sendo, percebe-se que de uma forma geral (tanto em nível federal quanto municipal) o Brasil vem concedendo um certo tratamento louvável no que tange à regulamentação dos *dispute boards*, inclusive com aplicações práticas (previsões em relações contratuais administrativas), uma vez que tal mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos tem-se mostrado como um instrumento de alta eficiência administrativa, prezando pela total proteção do interesse público (principalmente no que diz respeito à continuidade da execução das obras públicas).

#### **4.9 Breves considerações**

Após a análise acima retratada sobre os *dispute boards*, não há como negar que o instrumento representa um legítimo meio de se contornar a morosidade e ineficiência do Poder Judiciário no que tange às demandas que digam respeito aos contratos administrativos, tendo como objeto, especificamente, obras de construção civil (contrato dessa espécie possuem prazos de execução bastante alongados, podendo surgir imprevisibilidades no curso do mesmo).

---

<sup>388</sup> FORTINI, Cristiana e Mucci Daniel, Felpe Alexandre. **A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil**. Revista de Contratos Públicos, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021. p.170.

Com o surgimento das controvérsias, torna-se ineficiente se socorrer do Poder Judiciário para emitir resolatividade, principalmente no Brasil em que se adotou, uma cultura “contenciosa-judicial”<sup>389</sup>, e por outro lado, uma instituição agravada pela taxa de congestionamento alarmante, sobrecarregada e morosa. Só para se ter uma ideia, no Relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2021 o Poder Judiciário finalizou o ano com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando solução definitiva<sup>390</sup>.

Neste cenário acima desenhado, já se mostra que o *dispute boards* torna-se um instrumento de total eficiência administrativa (inclusive com exemplos de excelentes resultados em casos no campo da internacionalidade), principalmente para se evitar ou resolver conflitos que surjam durante a execução do contrato, evitando o ajuizamento de ações judiciais.

Apesar de anteriormente mencionada quando do trato das vantagens da utilização dos *dispute boards* pela Administração Pública, inegável que o mecanismo vem sendo cada vez mais acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela publicação da nova lei de licitações e contratos. A adoção dos comitês de resolução de controvérsias para atuação extrajudicial coaduna com os princípios constitucionais administrativos, principalmente o da eficiência.

Um dos veículos de comprovação da eficácia dos *dispute boards* tem sido a exigência, por parte do Banco Mundial (gigante patrocinador econômico-financeiro), de que os projetos de execução de obras públicas que tenham seu suporte financeiro (acima de 10 milhões de dólares), contenham entre suas cláusulas, que as demandas que porventura surjam, deverão ser submetidas ao referido meio de resolução alternativa de conflitos, tanto expedindo recomendações, quanto exarando decisões, a depender do previsto anteriormente.

No Brasil, antes mesmo da nova lei de licitações e contratos, já se tinha utilizado tal mecanismo em algumas obras públicas (Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, expansão da Linha Amarela do metrô de São Paulo, etc), sendo que também teve acolhida pelo Poder Judiciário, tanto no campo dos julgados, quanto na emissão de enunciados.

---

<sup>389</sup> KUKIELA, Marina e ROCHA NETO, Edson Francisco. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In. Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 679.

<sup>390</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Justiça em Números 2021. Folha n. 102. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> Acesso em 02/02/2022.

Vale frisar que os *dispute boards* possuem certas vantagens dentro do rol dos métodos de resolução de controvérsias, tanto na modalidade autocompositiva, quanto heterocompositiva. É evidente a utilização das técnicas de negociação durante a atuação dos *dispute boards*, principalmente quando os contratantes “lançam mão” das consultas informais realizadas ao comitê. Com relação à conciliação, os membros do conselho deverão ter certas cautelas, principalmente para não deixarem margens de alegações quanto à sua imparcialidade, caso tenham que emitir recomendações ou proferir decisões.

A mediação, que também possui natureza jurídica de método alternativo de resolução de conflitos, deverá ser utilizada com certas restrições como meio de se promover os *dispute boards*, principalmente na formatação preventiva (*avoidance*). Certas condutas que fazem partes do rol de atribuições das técnicas de mediação, como as reuniões reservadas feitas de forma unilateral, deverão ser evitadas durante a atuação do conselho de *experts*, no intuito de que não seja alegada nulidades (ausência de imparcialidade, etc).

Apesar de anteriormente realizado um paralelo entre a arbitragem e os *dispute boards*, detecta-se que este, ao contrário daquela, possui uma atuação mais preventiva, podendo contornar o avanço do conflito de forma inicial, uma vez que, regra geral, o comitê acompanha a obra desde a sua origem; além disso, os custos de manutenção dos comitês têm sido bem menor do que os aportes que se fazem na arbitragem, principalmente na modalidade institucionalizada. Por ter uma atuação logo em seguida ao surgimento do conflito, ou antes mesmo de acontecer, o conselho de *experts* tem tido certa preferência em relação à arbitragem quando o objeto contratual seja relacionado às obras de construção civil, uma vez que esta surge como um procedimento reativo (após a implantação do conflito).

Interessante ressaltar que atualmente o mundo está vivenciando uma pandemia instaurada pela Covid-19, com grande afetação no cenário econômico-financeiro, inclusive com significativa influência na esfera dos contratos de infraestrutura (públicos e privados), fazendo com que possamos refletir sobre a utilidade dos comitês de resolução de conflitos no âmbito dos contratos administrativos. Não se pode negar que a economia mundial está impactada com esta crise sanitária, respingando seus efeitos nas partes das relações contratuais, fragilizando seus suportes financeiros cada vez mais. Nesse contexto, os conflitos surgidos durante a execução dos projetos de obras necessitam de resolutividade ágil e célere, robustecendo a eficiência brilhante dos *dispute boards* no contexto atual.

No que tange aos seus resultados, principalmente no norte da resolutividade somado com os custos e velocidade de respostas, os *dispute boards* se destacam como um eficiente meio de resolução extrajudicial de conflitos. Impressionantes dados do *Dispute Board Federation*, sediada em Genebra, demonstram que 97,8% dos contratos de engenharia de grande porte que utilizaram o mecanismo para resolução dos conflitos que surgiram deixaram de ser aportados nas “avenidas” da arbitragem e do Poder Judiciário, sendo que a média de tempo para resolução (recomendação ou decisão) foi de 90 dias, sendo um custo estimado em 2% do valor do projeto, contra 8% a 10% quando da tramitação no juízo arbitral ou na justiça estatal<sup>391</sup>.

Assim sendo, na esteira do quanto antes demonstrado, verifica-se que os *dispute boards* tem sido um meio eficaz de resolução alternativa de conflitos, devendo-se destacar que o mesmo agrega segurança jurídica, além de todas as outras vantagens antes enumeradas, aos contratos administrativos que tenham por objeto execução de obras públicas.

---

<sup>391</sup> RAZOLIN, Ricardo. **A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação. V.52, ano 14, p. 197-219. Citado por MACHADO, Matheus Oliveira. A Aplicabilidade dos *Dispute Boards* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, Vol. 110, n. 1, jul./dez, 2018. p. 19. In. KUKIELA, Marina e ROCHA NETO, Edson Francisco. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In. Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 689.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como propósito realizar um estudo analítico sobre a utilização da arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, nas demandas administrativas em Portugal e no Brasil, para ao final fechar a arte com considerações sobre os *dispute boards*.

Nas duas nações, percebeu-se que as bases estruturais para aceitação e desenvolvimento da arbitragem administrativa estão focadas na crise da Justiça, culminado com uma necessidade maior de se obter segurança jurídica no trato das relações, bem como imposição pelos investidores de cláusulas contratuais que contemplassem métodos alternativos à jurisdição estatal para resolução de conflitos, não se podendo desvencilhar do segmento técnico de alta complexidade nos novos contratos entabulados pela Administração.

No primeiro capítulo, tratou-se da arbitragem de uma maneira geral, inclusive contextualizando junto aos demais meios de resolução alternativa de conflitos (mediação, negociação e conciliação). Verificou-se que a mesma é um eficiente mecanismo, inclusive apresentando respostas mais céleres, com segurança jurídica e custos mais econômicos quando em comparação com a Justiça estatal, mostrando-se como um escape da sobrecarga excessiva de demandas judiciais.

Adentrando no segundo capítulo, inerente à seara do Direito Público, pode-se entender que a arbitragem passou a caminhar em um acolhimento vertiginoso no Brasil, tanto na via jurisprudencial (princiada pelo STF, seguindo pelo STJ), quanto no arcabouço legislativo.

Viu-se que o STJ, Tribunal Superior que possui a função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, passou a entender (após o julgamento do caso “Lage” no STF) pela viabilidade jurídica da arbitragem administrativa, com julgamentos favoráveis, antes mesmo das mudanças legislativas a seguir expostas. Saindo do plano processual (julgamentos), de forma a confirmar seu entendimento favorável à aplicação da arbitragem nas relações jurídicas administrativas, o STJ ainda emitiu enunciados de entendimentos no seu boletim de Jurisprudência em Teses (número 122, de 2019). Na mesma proa já apontava o Conselho da Justiça Federal, quando em 2016 realizou a

I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, publicando vários enunciados favoráveis à arbitragem administrativa.

Por outro lado, percebeu-se que o TCU (Tribunal de Contas da União), inicialmente se manifestou totalmente desfavorável à utilização da arbitragem nas relações jurídicas administrativas, justificando seu entendimento na ausência de autorização legal (antes das reformas promovidas no ordenamento) para o manejo do instrumento quando da presença dos entes públicos. Após alguns anos, a Corte mostrou-se mais receptiva ao mecanismo, flexibilizando seu posicionamento contrário, evoluindo em uma exegese de aceitação, mesmo impondo algumas condicionantes.

O ponto de inflexão legislativo brasileiro ocorreu em 2015 quando da alteração da lei de arbitragem, onde seu artigo 1º, §1º foi alterado para prever que este mecanismo de resolução de demandas fosse estendido aos conflitos que envolvessem os entes públicos (direitos patrimoniais disponíveis). Em toada recente, tratando das relações jurídicas administrativas, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/21) passou a tratar de forma expressa sobre a arbitragem administrativa, quando do elenco dos meios alternativos de resolução de controvérsias (artigo 151).

Ao tratar da matéria antes da nova Lei de Licitações e Contratos, o Brasil, ao contrário de Portugal, padecia de uma previsão específica quanto à arbitrabilidade objetiva, uma vez que a Lei de Arbitragem tratava apenas do termo direitos patrimoniais disponíveis. A Lei 14.133/21 manteve a redação da lei de arbitragem, mas fez significativo acréscimos quanto aos mesmos: questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, inadimplemento das obrigações contratuais por quaisquer das partes e cálculos de indenizações.

Pode-se deparar no transcurso da obra que no Brasil levantou-se um movimento doutrinário contra a aceitação da arbitragem quando do envolvimento da Administração Pública. O argumento de que a utilização do meio viola o princípio da legalidade tornou-se totalmente insustentável com a alteração da lei de arbitragem em 2015, bem como a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos. Com relação à violação da inafastabilidade da jurisdição, o argumento não é passível de acolhimento, uma vez que não há obrigação constitucional de que todos os conflitos sejam obrigatoriamente “levados” ao Poder Judiciário. Não há violação alguma à indisponibilidade do interesse público, por outro lado, referido interesse ingressa em



alto nível de observação quando os conflitos originados dos contratos administrativos são resolvidos pela arbitragem, tendo em vista o rol de vantagens oferecidos pela mesma.

Foi visto também que o procedimento arbitral aplicado às demandas administrativas apresenta inúmeras vantagens em relação à tramitação do conflito perante a Justiça estatal. Indiscutivelmente a arbitragem é mais célere, quanto à resolução definitiva do caso concreto, quando em comparação com o Poder Judiciário. Tal fato por si só já se alinha com o ideal de interesse público, não se admitindo que os processos se eternizem nos “balcões” da Justiça oficial (taxa de congestionamento imensurável).

Observado os parâmetros fixados em lei, percebeu-se que a arbitragem concede certas flexibilizações procedimentais que confrontam com o enrijecimento do processo civil, tornando o mecanismo de aplicação mais pragmática. Ao se concluir um processo de arbitragem, verifica-se que o mesmo é bem mais econômico do que o judicial, não podendo se fechar a análise somente no valor, devendo-se agregar todos os benefícios gerados com a resolução definitiva da demanda.

Outra vantagem salutar que se extraiu com a utilização da arbitragem nos conflitos administrativos foi o julgamento em instância única, totalmente ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, em que existem incontáveis meios de se atacar as decisões por meio de recursos, perpetuando a existência das controvérsias em total violação ao interesse público.

Ainda na esteira da arbitragem administrativa, viu-se no terceiro capítulo da dissertação uma análise específica sobre a aplicação do instrumento em Portugal.

Mostrou-se que Portugal, desde muito tempo, é um país que acolhe de forma calorosa a aplicação da arbitragem como meio de resolução alternativa dos conflitos que envolvam a Administração Pública, inclusive sendo considerado pela comunidade internacional como um “*case study*”. A temática possui relevância tão expansiva no ordenamento jurídico português que tem até mesmo assento constitucional a legitimidade existencial dos Tribunais Arbitrais (artigo 209.º, número 2).

Quanto ao aspecto da arbitrabilidade objetiva percebeu-se que Portugal teve um avanço muito grande no tratamento da matéria. Em 2002, quando da publicação do CPTA (artigo 180.º), foi consignado que o Tribunal Arbitral poderia efetuar a arbitrabilidade dos atos administrativos (sendo vedada neste momento a aferição da validade dos mesmos). Em 2015, referido ato normativo passou por uma expressiva reforma, prevendo que os atos

administrativos passassem a ter sua validade julgada pelas Câmaras Arbitrais, vedando apenas a apreciação da conveniência e oportunidade dos mesmos.

Viu-se também que em Portugal, de forma menos impetuosa do que ocorreu no Brasil, a arbitragem administrativa teve certo grau de relutância por parte da doutrina, sempre alicerçada no dogma da garantia do interesse público, onde se enxergava com certa desconfiança o afastamento do Poder Judiciário para julgamento das lides de Direito Público.

Além da proibição de se excluir da Justiça estatal a análise e julgamento dos conflitos administrativos, fundamentados no artigo 212º número 3 da CRP/76, tal linha doutrinária que abraça a ideia de rejeição da arbitragem administrativa firmava seus argumentos na indisponibilidade do interesse público, princípio da legalidade e da proibição traduzida na inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

Conforme mostrado no bojo da dissertação, tais argumentos acima expostos são insustentáveis do ponto de vista jurídico, uma vez que em nenhum momento a Constituição portuguesa fixou a exclusividade do Poder Judiciário para julgar as demandas de Direito Administrativo. A arbitragem administrativa vai justamente ao encontro do interesse público, sendo que ela agrega valores (celeridade, julgamento em instância única, custos, etc) que enaltecem o mesmo. Jamais a adoção da arbitragem para proferir resolutividade nas demandas que envolvam os entes públicos violam o princípio da legalidade, devendo-se ressaltar que em Portugal o procedimento está previsto tanto na Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) quanto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Quanto à estrutura organizacional, percebeu-se que a arbitragem administrativa em Portugal pode ser classificada em *ad hoc* e institucionalizada. Tem-se adotado, de forma preferencial, a tramitação do procedimento arbitral, quando em discussão relações jurídicas administrativas, em centros especializados.

Entre os centros acima citados, pode ser objeto de destaque especial o CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), sendo autorizada sua criação em 2009. Trata-se de uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a mesma um escape do contorno à ineficiência dos meios convencionais de atuação nas demandas do contencioso administrativo e tributário, proferindo resolutividade às demandas de Direito Público de forma mais célere, agregada de segurança jurídica.

Assim sendo, quanto à arbitragem administrativa, tanto em Portugal quanto no Brasil, não se pode deixar de afirmar que a mesma constitui um excelente mecanismo de gestão pública, principalmente pela segurança jurídica repassada pela mesma quando da resolução alternativa de conflitos, atendendo, de forma plena, a eficiência administrativa.

Adentrando no fechamento da presente dissertação, fizemos uma abordagem sobre outro meio autônomo e alternativo de resolução de conflitos, os *dispute boards*. Tal fato se deu em virtude deste mecanismo está sendo adotado em vários países, devendo-se ressaltar que no Brasil, principalmente na seara legislativa, tem recebido um brilho especial de regulamentação (principalmente na nova Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.133/21).

O objeto de atuação dos *dispute boards* é mais restrito quando em comparação com a arbitragem administrativa, uma vez que só irá ter incidência quando em discussão contratos administrativos decorrentes de obras públicas.

A finalidade principal de explanação deste mecanismo foi promover uma análise em conjunto com a arbitragem, para ao final demonstrar que o mesmo possui uma série de vantagens em relação à esta. Entre elas pode-se apontar os custos, onde se mostrou por dados colhidos, que é bem menor quando em comparação com o procedimento arbitral. Outro diferencial dos *dispute boards* é que sua atuação inicia, regra geral, desde o começo da relação contratual, confirmando o fato de que os conflitos poderão ser evitados antes mesmo de instaurados, adicionando-se a qualidade do conhecimento especializado que o conselho de *experts* possui para manejar a resolução do conflito, expedindo recomendações ou proferindo decisões vinculativas.

Posto isto, apesar de os institutos possuírem certas semelhanças, não se pode negar que os *dispute boards* (apesar de o objeto de atuação ser mais restrito), apresenta certas vantagens em relação ao procedimento arbitral administrativo. No Brasil, apesar de ainda muito recente, o instrumento tem certa vanguarda de regulamentação quando em comparação com Portugal, ao contrário do que acontece com a arbitragem administrativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em conflitos com a administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ALMEIDA, Mario Aroso de. “**Manual de Processo Administrativo**”, ed. Almedina, 2016.
- ALVES, Paulo Eduardo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ªed – Rio de Janeiro. Forense. 2019.
- ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II, Coimbra, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez**. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t.3.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem**. RAb 14/51.
- BASTOS, Filipe Brito. «**A Arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses**», in AAVV, *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL Editora, Lisboa, 2015.
- BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei n. 9307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BETTER Contracting for Underground Construction highlighting a familiar litany of undesirable consequences of claims, disputes and litigation. In: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR,

- Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p.69-95, jul/dez. 2019.
- BLANCO, Carlos Morais, **Apontamento sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade**, in Newsletter Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal nº 1, Lisboa: Almedina, 2013.
- BRAGA NETO, Adolfo. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019.
- BROWN, H. J., & Marriott, A. L. (1999). **ADR principles and practice**. London: Sweet & Maxwell.1999.
- BUITONI, Aldemir. **Medir e Conciliar: as diferenças básicas**. Jus Navegandi, n. 2707, ano XV, Teresina, nov. 2010, p.13. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>. Acesso em 07/11/2019.
- CABRAL, Luis Pedroso de lima. **Arbitragem e Direito público: tentativa de aproximação histórica ao caso português**, in Arbitragem e Direito Público, Lisboa: Editora AAFDL, 2015.
- CAETENO, Marcello. “**História do Direito Português**”. Fontes. Direito Público. 3ª edição. Lisboa: Verbo, 1992.
- CAHALI, Francisco Jose. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas**. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- CAIVANO, Roque J. **Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.
- CARMONA, C. A.; MARTINS, P. B. **Arbitragem estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. RePro (Revista de Processo) 58/33-40. In Cahali, Francisco Jose. Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas. 7ª.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96**. 3ª ed.

- São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CARVALHAL, Ana Paula Z, **A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL**, Revista FMU Direito. São Paulo, ano 24, n. 33, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.
- CARVALHO, Gabriela de. **Arbitragem Administrativa portuguesa e brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- CAUPERS, João e Eiró, Vera. **Introdução ao Direito Administrativo**. 12ª Edição. Âncora Editora. 2016.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CESCA, Jane Elisabeth; NUNES, Thomaz Cesca. **Da necessidade da evolução do direito e da justiça: os meios não adversariais de resolução de conflitos no Brasil e no direito alienígena**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 1, n. 2, jul. 2006.
- CLARO, João Martins. “**A arbitragem e o anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos**”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 22.
- COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma Urgência para o Brasil**. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (Coordenadores). **Arbitragem e Mediação – A Reforma da Legislação Brasileira**. São Paulo: Editora Atlas. 2015.
- CORREIA, J.M. Sérvulo, “**A arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobe situações pelo Direito Administrativo**”, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CORTEZ, Francisco. “**A arbitragem voluntária em Portugal. Dos ricos-homens aos tribunais privados**”, in O Direito, Lisboa, Ano 124 (vol. III). 1992.
- COSTA, N. C. A. **Poderes do árbitro: de acordo com a lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CRUYPLANTS, Jean; GONDA, Michel e WAGEMANS, Marc. **Droit et Pratique de la**

- Médiation**, 2008.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, jan/mar. 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17<sup>a</sup> ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, vol. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral de Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Contratos Públicos. Possibilidade de Arbitragem. Revivescência. Realidade Luso-Brasileira**. Trabalho apresentado ao programa de Doutorado em Direito, Especialidade em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Novembro de 2019.
- DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. **Arbitrabilidade. In: Direito internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DOMINGOS, Francisco Nicolau. “**Estrutura do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD): Funcionamento, escolha dos árbitros e limites institucionais**”.
- ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Arbitragem tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017.
- ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.
- ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999.
- ETCHARREN, Rodrigo Zamora. **Las reglas CCI sobre dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 10, p. 190-201, jul-set. 2006.
- FARINHO, Domingos Soares. «**O Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais**», in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014.

- FAUSTO DE QUADROS, «**Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem**» in *RIAC*, nº 7, 2014, Almedina, Coimbra.
- FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FERREIRA, J. O, Cardona. “**Julgados de Paz (lei 78/2001 de 13/07) na redação da lei 54/2013, de 31/07**”, 3ª edição, Lisboa: Almedina, 2014.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como conduzir uma negociação? Como negociar um acordo sem desistir**. Tradução: Maria João Goucha. 6ª ed. – Porto: Asa, 2003. ISBN 972-41-1135-0.
- FORTINI, Cristiana e MUCCI DANIEL, Felpe Alexandre. **A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil**. Revista de Contratos Públicos, n. 26. Cedipre (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Abril de 2021.
- FREITAS, José Lebre de. **Algumas Implicações da Natureza da Convenção de Arbitragem**, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço – Volume II, Coimbra, Almedina, 2002.
- GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ªed – Rio de Janeiro. Forense. 2019.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho administrativo**. v. I. Madrid: MAP, 1991.
- GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.
- GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3ª ed. Almedina, 2015.



- GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2000.
- GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de Arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009.
- GUERRERO, Luiz Fernando. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ªed – Rio de Janeiro. Forense. 2019.
- HARMON, Kathleen M. J. **Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Board on the Central Artery/Tunnel Project**. Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, vol.1, n. 1, February 1, 2009.
- JESUÍNO, Jorge Correia. **A negociação: estratégias e táticas**. 3ª ed, Lisboa: Texto, 2003. ISBN 972-47-0362-22003.
- JOBIM, Jorge Pinheiro, RICARDINO, Roberto, CAMARGO, Rui Arruda. **A Experiência Brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo**. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (Coord.). *CRD – Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura*. São Paulo: PINI, 2016. ISBN 978-8572664738. Ref.174.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- KLEIN, Aline Licia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KUKIELA, Marina e NETO, Edson Francisco Rocha. **Dispute Boards: Mais Um Importante Mecanismo Para A Resolução De Conflitos Envolvendo A Administração Pública**. In: *Arbitragem e Direito Processual / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- LAMAS, Natália Mizrahi. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LEITÃO, Alexandra. **A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública**, Almedina, Coimbra, 2002.

- LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latim, 2007.
- LEVY, Daniel. **Curso de Arbitragem** / Daniel Levy, Guilherme Setogui J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MACHADO, Matheus Oliveira. **A Aplicabilidade dos *Dispute Boards* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vol. 110, n. 1, jul/dez, 2018.
- MADERO, Cecilia Quintanilla. **Introducción a los dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 10, p. 172-178, jul-set. 2006.
- MAJADAS, M. F. “**Arbitragem - solução de controvérsias no mapa da geografia social**”. Revista dos tribunais, ano 92, n. 813, julho, 2003.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Soluções alternativas de resolução de conflitos, em especial a arbitragem**. Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, S.A, 2011.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno** / Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDINA, Ricardo. **Os Dispute Boards perigam voltar à estaca zero em São Paulo**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-dispute-boards-perigam-voltar-a-estaca-zero-em-sao-paulo/> Acesso em 13/01/2022.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs)**, Migalhas, 12 de janeiro de 2006. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps> Acesso em 14 de setembro de 2021
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ªed., ref., ampl. e

- atual., São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Armindo Ribeiro. **A Nova Lei de Arbitragem Voluntária: Evolução ou Continuidade?** in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2012 (n. 05).
- MENKEL-Meadow, Carrie, Roots and Inspirations – **A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution, in The Handbook of Dispute Resolution**, San Francisco, Jossey-Bass 2005.
- MIMOSO, Maria João; ANJOS, Maria Rosário. **Prevenção de Conflitos na Implementação de Contratos Grandes e Complexos**. Edição Especial Publicada no International Journal of Trend in Research and Development (IJTRD).
- MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. **"O que é uma boa tese de doutorado em direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas."** *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, vol. 10, n. 1, 2013.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela – **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7965-3.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v. 57, 2003.
- NÁPOLES, Pedro Metello de. **Anotação ao artigo 62.º da LAV**, in AAVV, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3.ª Ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2017.
- NOGUEIRA, José A. A. Duarte. **A Arbitragem na História do Direito Português (subsídios)**, Revista Jurídica, n. 20 (Nova Série), 1996.
- OLIVEIRA, Ana Perestelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.
- OLIVEIRA, Maria da Conceição. **Mediação e Arbitragem no Roteiro da Boa Administração. – A Experiência Portuguesa no Contexto Europeu**, in. Mais Justiça Administrativa e Fiscal, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora S.A, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração**

**Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios.**  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod\\_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf) Acesso em 17/09/21

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Ricardo Pedro de António Mendes. **Código de Processo nos Tribunais Administrativos- Anotação à Lei nº 118/2019, de 17 de setembro**. Disponível em: Grupo Almedina, Grupo Almedina (Portugal), *eBook*, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PARADA, André Luiz Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização**. Curitiba: Juruá, 2015.

PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**, Oxford University Press, 2013.

PEDRO, Ricardo. **Arbitragem Institucional e centros de arbitragem de direito público**. In. Arbitragem e Direito Público. AADFL – 2015. Coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum. Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, fev. 2015.

PINHEIRO, Luis de Lima. **Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2005.

PLÁCIDO E SILVA, O. J. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTOCARRERO, Marta. **“Contratos sobre exercício dos poderes públicos, Transação e Arbitragem”**. Universidade Católica Porto, 2015.

- RAMOS, Carlos Henrique. **O Novo CPC, Mediação e a Administração Pública**. In: *Mediação e Arbitragem na administração pública.* / Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (orgs.) – Curitiba: CRV, 2018.
- RAMOS, Diogo Ortigão; MATOS, Pedro Vital, — **Admissibilidade da Arbitragem Tributária no âmbito do Ordenamento Jurídico Português**, in NewsLetter DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial), n.º 25, Março, 2007.
- RAMOS, Vasco Moura. “**Arbitragem e Direito Público**”, Lisboa: editora AAFDL, 2015.
- RAZOLIN, Ricardo. **A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação. V.52, ano 14.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROBERTS, S.; Palmer, M. **Dispute process – ADR and the Primary Forms of Decision-Making**. London: Cambridge, 2009.
- ROCHA, Manuel Antonio Coelho. **Instituições de Direito Civil Português**, 1917.
- RODRIGUES, Marco Antônio e MELLO, Felipe Varela. **Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. In: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes> Acesso em 07/01/2022.
- SÁ, Eduardo Dally Alves de. **Comentário do Código de Processo Civil Português**, 1878, vol. 1, Lisboa: Rodrigues, Coimbra: Imprensa da universidade, 1877.
- SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação** / Luiz Antônio Scavone Junior. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.
- SERRA, Manuel Fernando dos Santos. **A arbitragem administrativa em Portugal: Evolução Recente e Perspectiva**, in *Mais Justiça Administrativa e Fiscal*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora S.A, 2010.

- SÉRVULO CORREIA, “**A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos**”, in Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, 1994.
- SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. **Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras**. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02 jul./dez. 2019.
- SILVA, Suzana Tavares. «**O Alargamento da jurisdição dos tribunais arbitrais**», in *O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.
- SOUSA, Antonio Luis Pereira de. **Dispute boards**. 2015.
- SOUZA, Antônio Luis Pereira. **Dispute Boards**. Disponível em: [https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS\\_.ADRs-DBs.pdf](https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf). Acesso em 07/01/2022.
- TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público; consequências processuais**. [https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-egocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015#a-4-DTR\\_2016\\_25028](https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-egocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015#a-4-DTR_2016_25028)
- TARTUCE, Fernanda. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia e Paulo Eduardo. 2ª.ed – Rio de Janeiro. Forense. 2019.
- VAZ, Gilberto Vaz. **Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?** *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, jul-set. 2013.
- VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2003.
- VOSCEREAU, Isabella Moreira de Andrade. **Arbitragem e poder público: da convenção**

**arbitral à instauração da arbitragem.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013

WALD, Arnaldo. **Dispute Resolution Boards: evolução recente.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, jul./set. 2011.

WATANABE, kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna,** in A. P. Grinover (coord.), *Participação e processo*, p. 128. Em estudo anterior Watanabe já havia sacramentado a expressão **ordem jurídica justa** (K. Watanabe, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in Kazuo Watanabe [et al.], *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*).

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** In: Moraes, Maurício Zanoide; Yarshell, Flávio Luiz (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo:DPJ, 2005.