ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM A PARTIR DE UMA VISÃO COMPARATIVA COM O SISTEMA JURÍDICO LUSITANO*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

Resumo: O texto visa abordar o emprego da arbitragem envolvendo a Administração Pública como litigante. Volta-se ao exame da sua admissibilidade e do alcance do julgamento dos árbitros. Igualmente, será analisado o respectivo procedimento. Para um melhor aperfeiçoamento do sistema brasileiro, considerou-se adequada uma comparação com o modelo português, cuja experiência se encontra com salutar desenvolvimento.

Palavras-Chave: arbitragem – administração pública – direito comparado – Brasil – Portugal

PUBLIC ADMINISTRATION AND ARBITRATION FROM A COMPARATIVE VIEW WITH THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM

Abstract: The text aims to approach the use of arbitration involving the Public Administration as a litigant. It examines its

* A ideia de escrever este texto surgiu durante estágio para investigação a nível de pós-doutoramento perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a supervisão do Professor Doutor Licínio Lopes Martins. A despeito da elaboração do trabalho final se direcionar para o exame do ativismo judicial em matéria de direitos sociais, a sedução que emana da riqueza do acervo bibliográfico daquela instituição fez com que ultimasse a recolha de material para mais uma visualização comparativa com o sistema jurídico português, desta vez com a arbitragem envolvendo os entes integrantes da Administração Pública, assunto que também se insere no projeto apresentado ao descortino da Instituto Jurídico daquela Faculdade de Direito (tópico 4, alínea *b*).

** Professor da Faculdade de Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público. Cursa Pós-Doutoramento em Direito Público perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

admissibility and the scope of the arbitrators' judgment. The procedure will also be analyzed. For a better improvement of the Brazilian system a comparison with the Portuguese model was considered adequate, whose experience is in good development.

Keywords: arbitration – public administration – compared right – Brazil – Portugal

> "Neste novo mundo em que há mais direito, um direito mais omnipresente e difuso, e mais informação sobre o direito, o próprio direito está em vias de transformação. (...) À medida que se vai alargando e infiltrando no mundo, o direito sofre, ele próprio, um processo de alteração. As suas instituições florescem, mas vão simultaneamente perdendo o seu carácter autónomo e estanque" (Marc Galanter[1]).

I – INTRODUÇÃO[2].

afirmação do Estado de Direito, na síntese de Giannini[3], trouxe como consequências, a submissão do Poder Público à legalidade e, de conseguinte, à possibilidade do cidadão demandar contra o Estado perante um segmento estatal[4] imparcial.

---

[1] Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 36, p. 121, fevereiro de 1993.

[2] De logo, calha advertir que a transcrição dos preceitos legais referidos no decorrer do texto será parcial, com o propósito de não alongar desnecessariamente e em demasia o texto. Limitamo-nos a fazê-lo quanto aos que reputamos de maior relevo. A consulta à legislação portuguesa foi realizada com base no disponibilizado pelos sítios www.dre.pt, www.pgdlisboa.pt e www.stadminisrativo.pt. e, particularmente à CRP, pelo www.parlmento.pt. Quanto às fontes brasileiras, recorreu-se ao www.planlato.gov.br e ao www2.camara.leg.br.

[3] *Diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão; Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. Volume segundo, p. 45-46.

[4] Não se afigura despiciendo, antes necessário, afirmar que, ao nos referirmos ao Estado, como organização política, utilizamos o vocábulo estatal, ao invés do estadual, como é praxe nas plagas lusitanas. O modelo federativo assimilado pelas constituições brasileiras desde 1891 impôs essa diferenciação terminológica, tanto que a praxe dos correspondentes dicionários – bem como a da doutrina jurídica – reserva o termo

O próprio direito administrativo, cuja sistematização somente foi possível com a disciplina mediante padrões jurídicos dos comportamentos estatais, teve coincidente com a sua gênese o surgimento da jurisdição administrativa, como nos mostra o modelo francês.

A evolução e o aperfeiçoamento das instituições do direito público, com as mudanças no perfil do Estado que, do absenteísmo liberal, perpassou o modelo social-intervencionista, para aportar no social-garantidor, aumenta – e muito – os deveres do Poder Público e, com isso, propicia um agigantamento do conteúdo da relação jurídico-administrativa.

Isso faz com que o contencioso entre cidadão e a Administração Pública se torne, num aspecto numérico e quantitativo, mais frequente. Se assim vem se mostrando em vários países, não se pode negar que, no Brasil, a partir da vigência da Constituição de 1988[5], abriu-se espaço a uma litigiosidade excessiva, a qual, em não se contendo nas disputas entre particulares, espraia-se também para a seara dos conflitos de interesses entre os administrados e entes públicos, ou, ainda, entre estes.

Esse fenômeno fez com que, no âmbito dos tribunais pátrios, fosse elevado consideravelmente o número das ações judiciais nas quais figuram como uma das partes uma entidade política ou administrativa[6].

É de se despertar, então, para o problema de que a multiplicidade incontida de litígios em face do Poder Público é algo que compromete e, igualmente, implica ameaça à efetividade do direito administrativo e das suas normas.

Daí se chamar atenção à necessidade de resolver o

estadual para identificar Estado-membro, ente que integra a federação.

[5] No curso do texto será identificada pela sigla CRFB.

[6] A partir de dados obtidos junto ao Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (disponível em: www.paineis.cnj.jus.br. Acesso em: 13-07-2020), verifica-se que a litigiosidade entre Estado e cidadão continua numa ascendência. Basta ver que, no ano de 2017, foram ajuizadas novas demandas em matéria tributária e administrativa, respectivamente, nos quantitativos de 4.844.480 e 2.592.615, números que, em 2019, atingiram os patamares de 5.168.177 e 2.967.908.

problema, sendo de notar que, conforme se vê da organização judicial brasileira, praticamente escalonada em quatro graus de jurisdição, o tempo da solução de tais conflitos de interesse parece se protrair indefinidamente, contribuindo ainda mais para o congestionamento do Judiciário, situação que somente reflete uma deficiência da experiência jurídica de um país[7].

A era da revolução dos cliques não tolera mais tal cenário. Exige não somente novas formas de relacionamentos entre o cidadão e a autoridade, mas sim, numa mesma intensidade, que o controle jurisdicional da Administração não se opere, única e somente, perante os órgãos jurisdicionais estatais, sejam juízos ou tribunais ou ainda integrantes do contencioso administrativo. O reclamo por uma duração razoável de tais lides reclama que assim seja[8].

Essa preocupação foi manifestada por Ricardo Pedro, para quem "o confronto da variedade dos modos de resolução de litígios de direito administrativo com a necessidade constitucional de cumprimento da justiça administrativa em tempo útil deixa o desafio de como se devem assegurar as exigências de celeridade da justiça administrativa com um nível de tutela do Direito ainda compatível com a ideia de Estado de Direito"[9].

Por isso, o presente estudo visa examinar a admissibilidade, bem como as respectivas limitações, do emprego da arbitragem nas relações jurídicas de direito público, especialmente

---

[7] O fenômeno, há quase vinte anos, foi objeto de uma análise por Diogo Freitas do Amaral (A crise da justiça. *Análise Social*, vol. XXXIV, p. 247-257, 2000), a qual gravitou em torno da realidade portuguesa.

[8] À guisa de ilustração, observe-se que a Constituição da República Portuguesa, ao delinear o princípio da tutela jurisdicional efetiva, preconiza, no seu artigo 20º, nº 4 e 5, como direito de todos, o de que "uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo". Por sua vez, a CRFB, pelo art. 5º, LXXVIII, aditado pela Emenda Constitucional 45/2004, diz que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

[9] Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). *In*: *Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 24.

administrativas, o que, nos tempos recentes, vem sendo alvo de uma notável evolução.

Muito embora como resultado principal, imediato, visese ao melhor conhecimento e, de conseguinte, aperfeiçoamento do direito pátrio, optou-se por se enveredar num comparativo com o modelo lusitano.

Para isso, contribui não somente uma semelhança nas fontes jurídicas principais, sendo de notar que, tanto o Brasil como Portugal, não adotam o modelo do contencioso administrativo, de inspiração francesa, mas sim uma opção pela submissão dos litígios entre os cidadãos e os entes públicos, ou entre estes, a órgãos integrantes do Judiciário, muito embora, no solo luso, haja, para esse fim, uma justiça administrativa especializada, conforme se vê do art. 209º, nº 1, *b*[10], e art. 212º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa[11], nos termos da redação conferida pela VII Revisão (2005).

Lançado, pois, o desafio.

2 - CONSIDERAÇÕES GERAIS EM TORNO DA ARBITRAGEM.

A arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos de interesses substitutivo da jurisdição estatal. Caracteriza-se

[10] Artigo 209º Categorias de tribunais. 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: (...) b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; (...) Artigo 212º Tribunais administrativos e fiscais. (...) 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 17-11-2019. Atentando-se à classificação formulada por Vieira de Andrade (*A justiça administrativa*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 14-16), o qual triparte os modelos organizativos de justiça administrativa em administrativista, quase-judicialista e judicialista, propriamente dito, tem-se que Brasil e Portugal se acham inseridos na última categoria, notabilizada pela submissão da decisão das questões jurídico-administrativas aos tribunais integrantes do Judiciário, quer se trate de tribunais comuns ou tribunais especializados em face da matéria.

[11] Doravante referida mediante a sigla CRP.

quando, diante de uma pretensão resistida, as partes acordam no sentido de nomear um terceiro, ou mais de um, diverso do juiz ou tribunal originalmente competente por lei para a sua apreciação, para solucionar o litígio, comprometendo-se aquelas à aceitação e ao cumprimento da correspondente decisão.

A ideia – segundo Paulo Furtado[12] – agrega três traços que a singularizam. São eles: a) o conflito de interesses, atual ou potencial, entre dois ou mais sujeitos; b) indicação de um terceiro, alheio à disputa, para julgá-la; c) solução vinculativa para os interessados, conforme a manifestação de vontade destes.

Trata-se de um instrumento possuidor de um denso lastro histórico, seja numa visão global ou diante dos modelos jurígenos lusitano e brasileiro[13]. Já a sua natureza jurídica não escapou a maiores controvérsias.

Alguns autores a enxergam como um modo amigável de resolução de conflitos, o que parece conduzir a arbitragem à província da autocomposição. É como afirma Cláudio Vianna de Lima[14], a não somente apontar como um dos seus fundamentos o princípio universal da autonomia da vontade, mas, duma forma incisiva, situando-a ao lado da mediação e da conciliação.

Discorrendo sobre esse aspecto, Hamilton de Moraes Barros[15] alertou para a distinção entre o juízo arbitral e o ato que a institui, qual seja o contrato arbitral. Deixa claro, quanto a este,

---

[12] Juízo arbitral. *In*: *Digesto de Processo – Fraude à execução/ nulidades*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 3, p. 242.

[13] Sobre a evolução da arbitragem no correr dos tempos, ver Ignacio Granado Hijelmo (El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación. *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, p. 43-47, 2005), com abordagem do direito romano até a sua admissão com o Estado de Direito, a partir da França revolucionária. Da mesma forma, Paulo Furtado (Juízo arbitral. *In*: *Digesto de Processo – Fraude à execução/ nulidades*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Vol. 3, p. 241-242), o qual também traça uma notícia histórica sobre o direito brasileiro, a partir do Assento de 10 de novembro de 1644.

[14] A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, p. 92 e 101, julho/setembro de 1997.

[15] Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. Volume IX, p. 461.

que não se cuida de um contrato de direito material, pois não visa à aquisição, modificação ou extinção de direitos, mas apenas derrogar, para o caso concreto, as leis da jurisdição, subtraindo destas o exame de uma controvérsia.

Por isso, diz, empregando a expressão "juízo arbitral", que este é um negócio jurídico processual, com vista à declaração e ao acertamento das relações entre as partes, no que concerne aos poderes atribuídos para tal a um terceiro, o árbitro.

Interessante a observação de Juan Manuel Trayter[16], ao distinguir a arbitragem de figuras afins, precisamente da mediação, transação e conciliação.

Inicialmente quanto à mediação, o autor observa que esta consiste num procedimento segundo o qual um terceiro neutro, denominado mediador, contribui para a solução do conflito instaurado entre as partes, aproximando-as, para propiciar, ao final, uma composição de seus interesses. Assim, o mediador não resolve por si próprio a controvérsia, enquanto que, diferentemente, o árbitro profere uma decisão vinculativa para as partes.

Tampouco se pode identificar a transação com a arbitragem. Pela primeira, tem-se – diz – um contrato mediante o qual as partes, prometendo ou conservando alguma coisa, evitam a instauração de um processo ou põem término a um já iniciado. Se, por um lado, mantém como nota comum com a arbitragem a existência de um litígio, nesta a questão litigiosa pode ser presente ou futura, enquanto aquela somente pode ter lugar diante de uma controvérsia já surgida.

Além disso, o autor acrescenta que, enquanto a transação diz respeito ao acordo final, ou seja, à própria decisão, a arbitragem constitui o procedimento e a forma de resolução do litígio, de modo que a decisão arbitral poderá acolher inteiramente as razões de uma parte, sem exigir concessões recíprocas.

Diferenciação sucede quanto à conciliação, a qual

[16] El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 143, p. 82-83, maio/agosto de 1997.

configura um ato processual prévio, para o qual o conciliador reúne as partes com o propósito de evitar o conflito. Dista da arbitragem à medida que o árbitro impõe a sua decisão às partes, enquanto o conciliador nada delibera.

É, desse modo, possível se afirmar que a arbitragem representa mecanismo jurisdicional – ou assimilado a este –, estando terceira pessoa (árbitro) ou terceiros (árbitros) autorizados a resolver o conflito de interesses, fazendo-o mediante um caráter substitutivo das partes, tal qual sucede com a intervenção dos juízes e tribunais estatais.

Trata-se a arbitragem de um mecanismo que se encaixa no âmbito da heterocomposição, muito embora envolva, grosso modo, uma fase antecedente, de natureza consensual, consistente na convenção de arbitragem. Não desconsiderar que há inclusive concepção no sentido de que aquela, no presente redimensionamento do papel do Estado, configura um modelo jurisdicional para a solução de controvérsias[17].

A doutrina, por sua vez, classifica as várias modalidades de arbitragem. Observa-se de José Luís Esquível[18] a menção de alguns critérios, de modo que se poderá vislumbrar: a)

[17] É a compreensão de Paulo Castro Rangel (Arbitragem e Constituição: um novo lugar e um novo fundamento. *In*: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. II, p. 645), situando, no atual estádio temporal, a arbitragem como um modo natural de resolução de litígios num contexto de difusão do poder, a propiciar uma releitura do lugar do Estado. Com isso, é de se evidenciar um diálogo deste com outros sujeitos, os quais passaram a reclamar o apanágio de aplicar os seus componentes normativos. Daí a arbitragem se afirmar como um método alternativo de resolução de controvérsias, de natureza jurisdicional, diante da competência dos tribunais estatais. Um importante detalhe para uma melhor apreensão do pensar do autor – como se ressaltará mais adiante, porventura repetidamente – é o de que o artigo 209º, nº 2, da CRP, ao tratar das categoriais de tribunais, alude à possibilidade da existência de "tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz". No Brasil, pensar idêntico é o de José Rogério Cruz e Tucci (Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, p. 153, 2010), ao ressaltar que, apesar de sua instituição por uma via negocial de cunho privado, o desenrolar da arbitragem é tão jurisdicional quanto o processo que tem seu trâmite perante o Judiciário.

[18] *Os contratos administrativos e arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 114-119.

arbitragem voluntária e arbitragem necessária, conforme sua realização dependa exclusivamente da vontade das partes ou sua imposição prévia decorra da imposição de preceito de lei[19]; b) arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*, caso haja ou não previsão de órgão ou instituição especializada de caráter permanente à qual devem as partes se dirigir para a composição do litígio pela via arbitral; c) arbitragem segundo a lei ou arbitragem segundo a equidade, a qual diz respeito aos critérios que poderão pautar as decisões dos árbitros, seja o da interpretação das normas jurídicas (critério de direito estrito) ou aquele que leve em consideração razões de conveniência, oportunidade ou justiça do caso concreto; d) arbitragem interna e arbitragem internacional, modalidades que se distinguem em face do litígio emanar ou não de relação jurídica internacional[20].

Importa advertir, até para contribuir para um reforço na delimitação do tema, que não iremos enveredar pela abordagem da atividade administrativa arbitral, mediante a qual a Administração soluciona contenda entre os administrados, versando sobre a aplicação do direito privado ou do direito público, como ocorre no âmbito das relações de consumo, seguro, dentre outras. Naquela, ao órgão ou ente administrativo incumbe resolver a controvérsia[21]. Contrariamente, aqui o objetivo se volta ao

[19] É, no direito português, a hipótese do artigo 2º da Lei 62/2011, relacionada aos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial quanto a medicamentos de referência e genéricos, incluindo-se os procedimentos cautelares. O Brasil conheceu da arbitragem necessária quando da vigência do Código Comercial do Império do Brasil, promulgado pela Lei 556, de 25 de junho de 1850, ao dispor a submissão obrigatória ao descortino dos árbitros quando as questões envolvessem contratos de locação mercantil (art. 245) e as suscitadas entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação e partilha (art. 294).

[20] No Brasil, uma hipótese de arbitragem internacional está prevista no art. 11 do Decreto-lei 1.312/74, relativa às cláusulas das operações do Tesouro Nacional com organismos financeiros internacionais. Versando sobre o tema quanto ao modelo lusitano, consultar Rui Moura Ramos (A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 88, p. 583-604).

[21] Um exemplo da atuação da Administração como árbitro de conflito alheio está no art. 9427/96, cujo art. 2º, V, atribui à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

exame do emprego da arbitragem para, na qualidade de terceiro, solucionar litígio no qual uma das partes é ente integrante da Administração Pública.

3 – ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS ANTECEDENTES NO DIREITO LUSITANO.

Para que pudessem aportar na conjuntura atual, ambos os sistemas vivenciaram um percurso evolutivo[22]. No que concerne ao direito português, consoante Pedro Siza Vieira[23], muito embora fosse reconhecida a possibilidade das entidades públicas e administrativas firmarem compromisso arbitral no que dissesse respeito à sua atuação regida pelo direito privado, inclusive

a competência para "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores". O mesmo se tem na Lei 9.472/97 (art. 18, XVII), relativa à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Outra previsão parece ser a do art. 26, §6º, da Lei 13.800, relacionado à liquidação e dissolução dos fundos patrimoniais, facultando a estipulação de arbitragem a ser conduzida pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, a fim de resolver as controvérsias entre a instituição federal apoiada, a organização do fundo patrimonial e a organização executora.

[22] Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *In*: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 685, dezembro de 1984), num exemplo histórico, mostra a resistência que a arbitragem nos litígios administrativos se defrontou nos seus albores, consubstanciado no fato de que, durante a monarquia liberal, o Ministério do Reino ter difundido circulares avisando as câmaras municipais que, nos contratos sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos, as cláusulas compromissórias se revelavam ilegais diante das regras que estabeleciam a competência de tais tribunais. Tendo por alvo o sistema itálico, Cassese (L'arbitrato nel diritto amnistrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, p. 321-322, 1996) demarcou três fases pelas quais atravessou a arbitragem no direito administrativo. A primeira, demarcada entre 1865 a 1889, é dominada pela incerteza, enquanto que a segunda, que alcança até a segunda metade do século passado, singularizou-se pela lenta afirmação da arbitragem e, igualmente, pela sua transformação para o âmbito publicístico. A terceira, que vai até à data do escrito, é caracterizada, por um lado, pela ampliação de sua incidência por força de lei e, de outro, pela volta do regramento do instituto ao álveo do direito comum.

[23] A arbitrabilidade de direito público em Portugal: um ponto de situação. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 7, p. 30-33, 2014.

porque o exame dos respectivos litígios seria da competência dos tribunais comuns, tal não se mostrava admissível quando atuasse sob a disciplina do direito público.

Para tanto, invocavam-se dois motivos principais. Um deles era o de que faltava a disponibilidade do direito objeto do litígio, de maneira que, ausente lei autorizadora, haveria obstáculo à arbitragem. Num segundo lugar, compreendia-se que, em se tratando de matéria regida pelo direito público, a competência do contencioso administrativo não era suscetível de ser afastada.

Daí porque, no dizer do autor, coube à jurisprudência abrir a primeira fissura a esse entendimento. Aponta julgado do Supremo Tribunal Administrativo, proferido na década de 1950, o qual concebeu como válida cláusula compromissória inserta no caderno de encargos de uma concessão, fazendo-o com base no Código de Processo Civil, a permitir o recurso à arbitragem nos litígios que versassem sobre relações jurídicas não subtraídas à vontade das partes[24].

Em seguida, veio o legislador, principiando com o Decreto-lei nº 129, de 27 de abril de 1984, o qual, em aprovando o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, trouxe à ribalta

[24] Essa singularidade, quanto às primícias do juízo arbitral no âmbito da Administração portuguesa, não escapou a Marcelo Caetano (*Manual de direito administrativo*. 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo II, p. 1285-1286), a partir de uma análise do artigo 13º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, o qual afirmou a competência do contencioso de ordem pública não se alterar pela vontade das partes, e do artigo 1510º do Código de Processo Civil, ao somente entender válido o compromisso arbitral quando as relações jurídicas não estejam subtraídas ao domínio da vontade das partes. Daí rematar pela impossibilidade de se submeter a juízo arbitral as questões respeitantes ao contencioso de anulação, podendo, contudo, as partes valerem-se de árbitros quanto às matérias que, embora pertençam à alçada da competência dos tribunais administrativos, versem sobre direitos e obrigações das quais qualquer delas possam dispor à sua vontade. Faz, em nota de rodapé, remissão ao que denomina como "o notável acórdão do S.T.A., de 16 de junho de 1961. A importância do labor pretoriano também foi realçada por Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *In*: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 686, 2014), ressaltando decisões de 1955, 1956 e 1957.

artigo 2º, nº 2, estabelecendo serem admissíveis tribunais arbitrais no âmbito do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo a questão do regresso[25].

Dois anos depois, a Lei 31, de 31 de agosto de 1986, disciplinando a arbitragem voluntária, dispôs, no seu 1º, nº 4, que o Estado e demais pessoas coletivas de direito público pudessem celebrar convenção de arbitragem, desde que estivessem autorizados por lei especial, ou, em não estando, que o objeto do litígio respeitasse a relações de direito privado.

A tendência prosseguiu com o anterior diploma disciplinador do procedimento administrativo, aprovado pelo Decreto-lei 442, de 15 de novembro de 1991, cujo art. 188º explicitou ser válida cláusula compromissória dispondo sobre a possibilidade de serem decididas por árbitros as questões que suscitem as partes no que concerne a um contrato administrativo.

Logo após, veio a lume previsão no art. 118º do Decreto-lei 555, de 16 de dezembro de 1999, instituidor do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a possibilitar o emprego da arbitragem para a composição dos conflitos relacionados com a aplicação de regulamentos municipais sobre a matéria.

No entanto, o passo decisivo – acentua Ricardo Branco[26] –, justamente por legar à matéria um merecido alargamento,

---

[25] Ainda compasso com o que noticia Marcelo Caetano (*Manual de direito administrativo*. 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo II, p. 1.286), há previsão anterior no Decreto-lei 48.871, de 19-02-69, o qual estatuiu o regime do contrato de empreitadas públicas, permitindo que as controvérsias sobre a interpretação, validade e execução de tais contratos pudessem ensejar o recurso das partes a um tribunal arbitral. Esclarecedor, a esse respeito, o seguinte dispositivo: "Do contencioso dos contratos ARTIGO 217.º (Tribunais competentes) 1. As questões que se suscitem sobre interpretação, validade ou execução do contrato de empreitada de obras públicas, que não sejam dirimidas por meios graciosos, poderão ser submetidas aos tribunais. 2. Os tribunais competentes são os administrativos. 3. Todavia, poderão as partes acordar em submeter o litígio a um tribunal arbitral". Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 02-04-2020.

[26] Arbitragem e direito público. *In*: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, p. 26, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo.

sucedeu com o advento do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, pela edição da Lei 15, de 22 de fevereiro de 2002, a qual visou ao traçado de um panorama geral sobre o assunto nos seus arts. 180º a 187º, tendo sofrido última alteração com a Lei 118, de 17 de setembro de 2019.

A disciplina não impediu, antes veio a propiciar, a expansão do mecanismo pacificador para outros domínios do direito público lusitano. Prova disso é o Decreto-lei 10, de 20 de janeiro de 2011, a estatuir, nos seus trinta artigos, o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária.

É de se notar assim ter favorecido o salutar e notável desenvolvimento da arbitragem no sistema jurídico português a circunstância – referenciada pela doutrina[27] – da Constituição da

[27] Luis Cabral de Moncada (A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 172, 2010 – Especial), invocando precedente do Tribunal Constitucional (Ac. nº 230/86), aponta que, mesmo os tribunais arbitrais não sendo órgãos de soberania, por seu intermédio se verifica um exercício privado da função jurisdicional. Acrescenta que o art. 209º, nº 2, da CRP, demais de não se limitar a viabilizar tais instituições como judiciais, considera a arbitragem como um corolário do direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva, o qual, previsto no art. 20º, nº 1, do referido diploma magno, na qualidade de direito fundamental que é, goza da proteção que a constituição dispensa aos direitos, liberdades e garantias. Reconhecendo a indiscutível natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais no direito português, Vieira de Andrade (*A justiça administrativa*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 217) aponta que a preferência atual pela arbitragem - cujo campo foi notavelmente alargado, para não somente abranger os litígios em matéria de responsabilidade civil e contratos, mas também para a apreciação da validade dos atos administrativos – decorre, de um lado, da celeridade e flexibilidade processual, mas também, por outras perspectivas, da possibilidade de escolha dos juízes-árbitros em virtude de sua especialização funcional, principalmente em matérias que envolvem avaliações técnicas, da garantia de uma maior confidencialidade e ainda por assegurar uma certa democratização da justiça. Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *In*: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 687-688, 2014), além de apontar como decisivo o reconhecimento da arbitragem como modo do exercício da função jurisdicional, atribui sua impulsão nas relações jurídico-administrativas a três fatores: a) a judicialização da jurisdição administrativa pela CRP; b) o contributo para o desenvolvimento das virtualidades da plena jurisdição, liberta da compressão pela competência meramente anulatória; c) a evolução iniciada em Portugal a partir da década de 1960, a partir da aprovação da Convenção de Washington de 1965, dispondo sobre a

República Portuguesa haver se manifestado pela aceitação dos tribunais arbitrais dentro das categorias de tribunais que admite, o que sucede quanto ao seu art. 209º, nº 2, na conformidade de inovação patrocinada pela Revisão Constitucional de 1982[28].

4 - A RECEPÇÃO DA ARBITRAGEM PELO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.

No direito público material brasileiro, a aceitação da arbitragem pode ser bipartida em duas fases. A primeira, antecedente à década de 1990, foi assinalada pela tentativa de um desbravamento jurisprudencial, mas que parece não ter superado as resistências, acaso decorrentes de uma visão restritiva acerca da submissão da função administrativa à legalidade. A outra, seguinte, é coeva da percepção acerca da mudança do perfil do Estado diante da consolidação do processo globalizante.

---

resolução de conflitos sobre investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, cuja ratificação se operou em 1984. Ressaltando a importância da CRP para a afirmação da arbitragem na seara administrativa, conferir ainda Ricardo Pedro (Arbitragem de direito público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, p. 27,2009). Noutra linha de perspectiva, Ana Perestrelo de Oliveira (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 53) aponta que o principal motivo a favorecer a abertura do direito administrativo à jurisdição arbitral toca a uma razão específica a tal ramo jurídico, qual seja o fenômeno da <<fuga para o direito privado>>, a qual, no plano processual, teve como resposta natural a <<a fuga aos tribunais administrativos>.

[28] Artigo 209º Categorias de tribunais (...) 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 25-11-2019. Essa nota mereceu categórica e inequívoca ênfase pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 230/86 (Plenário, maioria, rel. Conselheiro José Martins da Fonseca, julgamento em 08-0786. Íntegra disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 25-07-2020), assentada na qual declarou-se como inconstitucional, por violação ao artigo 167º, nº 1, *q*, da CRP (atualmente, artigo 165º, n º 1, *q*), a edição, sem autorização, do Decreto-lei 243/84, diploma que formatou uma disciplina da arbitragem voluntária em substituição ao regime da codificação processual civil então vigente. A partir da consideração de que o tribunal arbitral exerce função jurisdicional, concluiu-se por violada a reserva relativa de competência legislativa para disciplinar a organização e competência dos tribunais, prevista no aludido preceito magno.

O evento de relevo do primeiro período teve como teatro a provocação judicial surgida em face da incorporação em favor do patrimônio da União, por força do Decreto-lei 4.648, de 02 de setembro de 1942, editado com fundamento no estado de guerra, dos bens e direitos pertencentes à Organização Lage. Controvérsias relativas ao valor da compensação devida aos proprietários, especialmente em face da discordância destes, fizeram com que fosse editado o Decreto-lei 9.521, de 26 de julho de 1946, o qual, além de contemplar a restituição de parcela do patrimônio incorporado, previu que a indenização do restante fosse fixada, com base nos valores da época da medida, por juízo arbitral.

Fixada a indenização mediante a decisão dos árbitros, proferida à unanimidade em 21 de janeiro de 1948, procedeu-se a uma quitação parcial, e, quanto ao remanescente, o chefe do Poder Executivo encaminhou projeto de lei ao Congresso para abertura de crédito especial.

Ao instante no qual a mensagem presidencial se encontrava em fase final de tramitação no Senado, ao depois de aprovada pela Câmara dos Deputados, o Governo, lastreado em parecer do então Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. Haroldo Renato Ascoli, que sugeria a inconstitucionalidade do referido juízo arbitral[29], encaminhou a Mensagem 463, de 14 de novembro de 1952, solicitando o cancelamento do pedido de abertura do crédito especial.

Outra solução não restou aos particulares senão a de ajuizar ação ordinária contra a União Federal, com o objetivo de que esta fosse condenada ao pagamento da indenização reconhecida em sede de juízo arbitral. A sentença acolheu a pretensão, sendo, por maioria de votos, ratificada tanto em sede de recurso de apelação quanto de embargos infringentes pelo então Tribunal

[29] Interessante é que, tanto a instituição do juízo arbitral quanto o pedido de abertura de crédito especial, foram subsidiados em pareceres dos Professores Themístocles Brandão Cavancanti e Haroldo Valadão, os quais não vislumbraram qualquer margem de comportamento inconstitucional.

Federal de Recursos, vindo a sucumbente a interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal[30].

Por ocasião do desenlace do agravo interposto em face da não admissão do apelo extremo, o STF negou-lhe provimento à unanimidade de votos, conforme se tem AI 52.181 - GB[31]. A motivação do relator, Min. Bilac Pinto, praticamente se reportou à motivação que, no julgamento do recurso de apelação, desenvolveu o Min. Godoy Ilha no Tribunal Federal de Recursos, a qual pode ser sumariada com base nos seguintes pontos: a) não continha a Constituição de 1937 qualquer disposição que implicasse proibição expressa da instituição de juízo arbitral, bem como que este fosse estabelecido com cláusula de irrecorribilidade e exequível independentemente de homologação judicial; b) demais da Constituição de 1946 também não abrigar preceito proibitivo da arbitragem, a qual constitui instituto jurídico tradicional no direito, tendo sua aplicação, prevista pelo Decreto 3.900 de 26 de julho de 1867, sido recomendada, pelo pronunciamento de abalizados juristas da época, às causas da Fazenda, nos assuntos de natureza contratual ou privada; c) a cláusula sem recurso, cuja possibilidade de sua instituição constou do art. 1.040 do então vigente Código Civil, não sofreu qualquer restrição por parte da quase totalidade da doutrina, orientação que se estendeu à legalidade da ausência de previsão da homologação judicial do correspondente laudo.

Examinando-se as razões determinantes do julgado, é possível perceber que se inclinaram favoravelmente ao emprego da arbitragem para a composição de litígio entre o particular e a Administração, desde que: a) haja autorização em lei específica; b) aquela se restrinja por deliberar unicamente sobre questionamentos de natureza contratual ou privada e, portanto, imersos no campo da disponibilidade, estando dela afastados os assuntos

[30] A seguir identificado pela sigla STF.

[31] Pleno, unânime, rel. Min. Bilac Pinto, DJU de 15-02-74.Íntegra do julgado disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30-03-2020.

nos quais a Administração atua com as prerrogativas de Poder Público, pois, igualmente, não poderiam ser objeto de transação.

Durante as duas décadas que se seguiram não houve um desenvolvimento da orientação firmada no aludido precedente, restringindo-se à compreensão de que o emprego da arbitragem para solucionar controvérsia envolvendo ente político ou administrativo somente poderia suceder mediante autorização legal, a qual se encontrava circunscrita ao art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86[32], diploma que, àquele momento, disciplinava o regime das licitações e contratos administrativos.

Daí julgado do então Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível 137279 - DF[33], no sentido de que a SUDECO, autarquia federal, não poderia se valer do juízo arbitral disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973, para fins de dirimir suas pendências, haja vista a inexistência de autorização em lei. O julgamento influenciou o Tribunal de Contas da União[34], o qual, em consulta, posicionou-se pela impossibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, a despeito de sua atividade empresarial, firmarem compromisso arbitral, uma vez a previsão do art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86, ao aludir a tal possibilidade, limitou-se aos contratos

[32] O dispositivo legal encontrava-se assim redigido: "Art 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral". Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 03-2020.

[33] Segunda Turma, unânime, rel. Min. Bueno de Souza, DJU de 26-06-89. Nos termos do art. 27, §2º, I, e §6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à CRFB, o Tribunal Federal de Recursos, órgão de segundo grau da Justiça Federal, foi substituído pelos Tribunais Regionais Federais em número de cinco, passando os seus membros a integrar a primeira composição do recém-criado Superior Tribunal de Justiça.

[34] Posteriormente identificado pela abreviatura TCU. Este, de acordo com a CRFB, não integra a organização judicial, antes sendo órgão de controle externo da Administração, tarefa que cumpre nalgumas vezes em auxílio ao Poder Legislativo. Dentre as suas competências, listadas pela CRFB (art. 71, I a XI), está o julgamento das contas dos gestores públicos.

internacionais e, mesmo assim, não teria sido mantida com a promulgação da Lei 8.666/93[35].

Uma viragem começou a se esboçar a partir de 1995 quando se passou a perceber, por iniciativa da gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, à mudança no perfil do Estado, resultante da globalização, preocupação que resultou na elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, sob a coordenação do Ministro Bresser Pereira, então titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado[36].

Daí a promulgação contemporânea de dois diplomas legais. Um deles, a Lei 9.306/96[37], versando sobre a possibilidade de composição de litígios relativos a direitos disponíveis, mesmo sem referência específica aos entes públicos e administrativos, antecedida da Lei 8.987/95, a qual, com a finalidade de disciplinar a concessão de serviço público, enumerou, como cláusula essencial do respectivo contrato, no seu art. 23, XV, a relativa ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais".

O cenário propiciou ventos fortes no sentido de uma ampliação do campo da arbitragem nas relações jurídico-administrativas. Emergiram com fundamentos variados, mas convergentes, as opiniões de Adilson de Abreu Dallari[38], Diogo de

[35] Tratou-se de consulta (TC 8.217/93-9, Plenário, unânime, rel. Min. Homero Santos, julgamento em 15-07-93), formulada pelo então Ministro de Minas e Energia, sobre a possibilidade de adoção de juízo arbitral para solucionar pendências relativas a preços estabelecidos em contratos firmados entre a CHESF, sociedade de economia mista, e fornecedores. O fundamento nuclear do pronunciamento recaiu no princípio da legalidade, do qual decorria como corolário imediato a indisponibilidade dos interesses públicos. De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei 8.443/92, a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

[36] O conteúdo integral do referido documento está disponível em: www.bresserpereira.org.br.

[37] O diploma seguirá no texto com a identificação pela sigla LA.

[38] Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 128, p. 65-67, outubro/dezembro de 1995. Ao que parece, o texto foi escrito como contraposição ao ponto de vista que vinha se formando no espaço do Tribunal de Contas da União, aduzindo o autor, por primeiro, que o seu equívoco se

Figueiredo Moreira Neto[39], Caio Tácito[40], Ada Pellegrini

manifestava por desconhecer a existência de respaldo legal para a arbitragem, consistente no art. 54 da Lei 8.666/93 que, dispondo favoravelmente à aplicação supletiva dos princípios da teoria dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos administrativos, implicava na incidência dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil de 1916 e 1973, respectivamente, relativos ao compromisso e juízo arbitral. Ao depois, vislumbrou no art. 23, XV, da Lei 8.987/93, ao se reportar ao modo amigável de resolução de divergências contratuais, não somente uma autorização, mas, na realidade, uma determinação nesse sentido. Rebateu, por fim, eventual alegação de inconstitucionalidade no emprego da arbitragem nas lides nas quais seja parte a Administração.

[39] Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, p. 84-85 e 88-89, julho/setembro de 1997. Os argumentos do autor podem ser sintetizados pela necessidade de uma releitura da indisponibilidade do interesse público, a qual não mais pode ser considerada com foros absolutos. À guisa de reforço, expôs que: a) o art. 54 da Lei 8.666/93, ao permitir a aplicação da teoria geral dos contratos aos contratos administrativos, ameniza a posição de supremacia administrativa, cessando-se as dúvidas da admissão da arbitragem com a lei 8.987/95, a despeito desta se reportar às concessões e permissões de serviço público; b) a alusão da Lei 8.987/95 à incidência de mecanismos amigáveis de solução de conflitos se afigurou importante, pois se cuida de um reconhecimento categórico por parte do legislador que, ao delinear o interesse público a partir de sua abstração, desvendou um campo de interesses patrimoniais onde a arbitragem não somente será aceitável, mas igualmente recomendável como uma alternativa ao processo judicial. O autor tornou ao tema em trabalho posterior, escrito com Marcos Jurema Villela Souto (Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. Revista de Direito Administrativo, vol. 236, p. 216-220, p. 223-247, abril/junho de 2004).

[40] Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, p. 111 e 113-114, outubro/dezembro de 1997. A manifestação foi influenciada pelas razões seguintes: a) a Lei 9.307/96 trouxe laivos de modernidade ao instituto da arbitragem como forma de dirimir litígios entre pessoas capazes de contratar, sendo de notar que a Lei 8987/95, a pretexto de disciplinar a concessão de serviço público, fez com que a questão do juízo arbitral ganhasse uma nova visão no particular dos contratos administrativos; b) muito embora os contratos administrativos sejam distintos dos ajustes de direito privado por visarem ao atendimento do interesse público ou geral, não se pode desconhecer a similitude entre aqueles no que concerne aos requisitos essenciais de natureza comutativa (equivalência das prestações das partes) e de sinalagma (reciprocidade das obrigações), razão pela qual, quanto às cláusulas financeiras, não se fazia mais sentido em se cogitar da indisponibilidade do interesse público, motivo pelo qual a convenção arbitral seria admissível nesse particular; c) a compatibilização da arbitragem para dirimir controvérsias relacionadas com os atos de gestão praticados no cotidiano das empresas estatais, resulta do art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, inclusive e essencialmente quanto às suas obrigações, sem contar que o procedimental arbitral, uma vez adotado, superaria a delonga natural dos processos judiciais, favorecendo a dinâmica inerente à atividade econômica, o qual o

Grinover[41], Cláudio Vianna de Lima[42] e Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[43].

Numa sequência de curto intervalo de tempo de tais manifestações doutrinárias, o tema volta à ribalta nos pretórios. Um exemplo sucedeu com o julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança no MS 11.308 - DF[44] pelo Superior Tribunal de Justiça. A impetrante, TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE S/A, firmou contrato de arrendamento para administração, exploração e operação de terminal portuário e de área portuária com a NUCLEBRÁS

Estado, quando assim atue, não cabe desconsiderar.

[41] Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, p. 379-385, julho/setembro de 2003. Partindo do exame do princípio da legalidade, a autora assenta, com base em orientações da doutrina, que aquele, sem embargo de afirmar-se no anelo de evitar a sujeição dos particulares ao arbítrio Estatal, não mais pode ser visto unicamente com base neste significado imóvel, possibilitando que o administrador encete providências em favor do interesse público, mesmo à míngua de base legal expressa, acrescentando, mais uma vez na opinião dos autores que assentam, no que condiz com as empresas públicas e sociedades de economia mista, a identidade de regime jurídico próprio ao das empresas privadas, não mais pairar dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública e, com certeza, as empresas estatais.

[42] A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, volume 209, p. 97 e 100-101, julho/setembro de 1997. No texto é defendido, além do reconhecimento da possiblidade de arbitragem nos contratos firmados por órgãos ou entes públicos administrativos com base no direito privado e não no direito administrativo, situação que exemplifica com o art. 32, §6º, da Lei 8.666/95, o ponto de vista de que o art. 23, XV, da Lei 8.987/95, ao aludir serem cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas "ao modo amigável de solução das divergências contratuais", remeteu a um conjunto integrado pela mediação, a conciliação e a arbitragem.

[43] O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, p. 119-121, 2008. Na abordagem, os autores fortes se dirigem a ultrapassar a indisponibilidade do interesse público, salientando que esta significa não poder o administrador dispor do objeto que gere, de modo que o legislador, ao estatuir que a arbitragem somente visa a dirimir controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, permite que tal se opere quanto aos direitos, mesmo relativos a entidades públicas, suscetíveis de contratação. Revivem, para tanto, a distinção entre atos de império e atos de gestão, afirmando que, quanto ao universo destes, é permitido o juízo arbitral.

[44] Primeira Seção, unânime, rel. Mn. Luiz Fux, DJe de 19-05-2008.

EUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, sociedade de economia mista titular da permissão para exploração do terminal de uso privativo sito no local denominado são para explorar terminal de uso privativo sito no Saco da Coroa Grande, Baía de Sepetiba, Município de Itaguaí (RJ). O Ministro da Ciência e Tecnologia, mediante a Portaria Ministerial 782/2005, homologou a rescisão de dito ajuste pela NUCLEP, do que decorreu a impetração, ao argumento de desrespeito à cláusula contratual que previa a submissão das partes a juízo arbitral.

A segurança foi concedida, preponderando o entendimento favorável à validade da cláusula, com a invocação, dentre outros, dos argumentos seguintes: a) o Estado pratica, a pretexto de perseguir o interesse público primário, atos de colorido patrimonial, cuja disponibilidade justifica a arbitragem em sede de contratos administrativos; b) no que concernem às sociedades de economia mista, as quais se encontram em situação de paridade frente às empresas privadas quando do desempenho de suas atividades comerciais, a possibilidade de celebração de convenção de arbitragem encontra apoio no art. 173, §1º, II, da CRFB; c) reforça a admissibilidade da arbitragem a previsão, no art. 23, XV, da Lei 8.987/95, ao enumerar, dentre as cláusulas essenciais das concessões e permissões de serviços e obras públicas, aquelas inerentes ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais[45].

Antes, porém, afigurou-se possível visualizar-se na rota

[45] Com breve antecedência, semelhante questão já tinha desafiado o exame do REsp 612.439 - RS (Segunda Turma, unânime, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 14-09-2006). Entre as mesmas partes, há julgado semelhante no RESP 606.345 - RS (STJ, 2ª Turma, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 08-06-2007). Tais julgados se alicerçaram no art. 173, §1º, II, da CRFB. De referir-se também ao RESP 933.371 – RJ (STJ, 1ª Turma, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJU de 20-10-2010). Contudo, nas razões de decidir deste, não há o enfrentamento da questão sobre o cabimento da arbitragem no campo da Administração Pública, que resulta de reconhecimento tácito, em face unicamente da circunstância do recorrente ser a Itaipu Binacional, empresa pública. O ponto de destaque do julgado foi o de ter mantido a validade de cláusula compromissória constante de ajuste celebrado antes da Lei 9.307/96, sem que se possa supor vício de invalidade pela retroatividade desta.

inversa do superveniente avanço jurisprudencial o Acórdão 584/2003 do TCU[46], resultante da análise de representação formulada pela Federação Nacional dos Engenheiros, com o propósito de apurar irregularidades pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE quando da contratação de energia elétrica em caráter emergencial.

No entanto, a análise dos fundamentos do pronunciamento do TCU forja o remate de que inexiste uma vedação absoluta à solução arbitral nas relações de que participa a Administração Pública. Ao invés, parece resultar do entendimento exposto a admissibilidade da arbitragem contanto que haja lei específica, o que não existiria no caso sob apreciação.

Essas manifestações fizeram com que o legislador, cioso de uma insuficiência das previsões constantes da Lei 8.666/93 (arts. 32, §6º, e 54), bem assim da Lei 8.987/95 (art. 23, XVII)[47], editasse, numa sequência, inúmeras normas legais que propiciassem, com segurança, a incidência da arbitragem no âmbito das relações jurídico-administrativas.

Eis as inovações legislativas: a) o art. 93, XV, da Lei 9.472/97 [48], quanto ao contrato de concessão para a exploração

[46] 2ª Câmara, v.u., rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 28-04-2003. Na oportunidade, compreendeu o órgão de controle externo não portar validade a cláusula de submissão à arbitragem, pois: a) inaplicável o art. 25 da Lei 8.987/95, uma vez ser impossível equiparar a atividade da CBEE a das concessionárias de energia elétrica; b) os bens de empresa pública não são disponíveis, sendo de notar que a incidência do regime jurídico de direito privado, a que se refere o art. 173, §1º, da Lei Fundamental, encontra-se na pendência de lei; c) incabível invocação ao art. 2º, §3º, da Lei 10.433/2002, tendo em vista que este dispositivo legal é restrito à energia comercializada no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, não se estendendo sua aplicação a outros contratos firmados entre os seus agentes.

[47] A própria Lei 8.987/95 não escapou do movimento legislativo. Tendo em vista uma possível aura de incerteza em torno da expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais", a Lei 11.196/2005 inseriu um art. 23 - A, referindo-se, com a explicitude necessária, a mecanismos privados para a 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".

[48] O dispositivo legal fala em solução extrajudicial das divergências contratuais e não em "modo amigável".

do serviço de telecomunicação; b) o art. 43, X, da Lei 9.478/97, relativo à exploração de atividade econômica no campo petrolífero; c) os arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei 10.233/2001[49], relacionadas às concessões e permissões outorgadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres; d) o art. 4º, §§ 4º a 7º, da Lei 10.848/2004, prevendo o emprego da arbitragem, nos moldes da LA, no que a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, incluídas as empresas públicas e sociedade de economia mista, bem assim consumidores; e) o art. 11, II, da Lei 11.079/2004[50], no que tange ao contratos de parceria público-privadas; f) o art. 62, º, § 1º, relacionado ao inadimplemento de obrigações pecuniárias pelos concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias perante a administração do porto e a ANTAQ, nos termos da LA; g) o §1º do art. 1º da LA, acrescentado pela Lei 13.129/2015, dispondo que a Administração Pública Direta e Indireta poderá se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; h) o art. 12, parágrafo único, da Lei 13.303/2016, prevendo que as sociedades de economia mista possam resolver, mediante arbitragem, as divergências entre os acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, conforme previsto em seu estatuto; i) o art. 10 - B do Decreto-lei 3.365/41, permitindo o emprego da arbitragem, segundo a LA, para a fixação da justa indenização nas desapropriações.

5 – O CAMPO DE INCIDÊNCIA DA ARBITRAGEM E OS SEUS LIMITES.

A delimitação objetiva das situações onde se afigura

[49] Talvez para evitar dúvidas, o legislador, tanto na Lei 9.478/97 quanto na Lei 10.233/2001, serviu-se do vocábulo "arbitragem".

[50] O preceito reporta-se à a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, bem assim de acordo com a LA.

possível a Administração Pública optar pela arbitragem para a resolução de conflitos de interesse se encontram disciplinadas de maneira distinta entre os sistemas jurídicos português e brasileiro.

No direito lusitano, o artigo 1º, nº 5, da Lei nº 63, de 14-12-2011[51], que disciplina a arbitragem voluntária, previu a possibilidade do Estado, bem como das demais pessoas jurídicas de direito público, celebrarem convenções de arbitragem, desde que digam respeito a litígios cujo objeto é disciplinado pelo direito privado ou quando estejam autorizados para tanto por lei.

Assim, tem-se, de logo, que as pessoas jurídicas de direito público, quando atuem mediante relações jurídicas regidas pelo direito privado, e, portanto, nessa condição se encontrem equiparadas aos particulares, podem livremente acorrer à arbitragem.

Diversamente, se a matéria da qual decorra a lide se encontra sob a regência das normas do direito administrativo, somente a lei poderá facultar a possibilidade de seu julgamento por um tribunal arbitral. O critério adotado não segue a disponibilidade do direito ou interesse, mas sim o da legalidade administrativa[52].

---

[51] Artigo 1.º Convenção de arbitragem. (...) 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. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 02-04-2020. O diploma será identificado pelo uso da abreviatura LAV.

[52] Nesse sentido, apropriada a visão de Pedro Gonçalves (Administração Pública e arbitragem – especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. *In*: *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 784. Org.: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel m. Cardoso), ao salientar que se é de perceber que se espera da lei administrativa que, fundamentalmente, confira à Administração uma "autorização" para celebrar convenções de arbitragem, pois aquela, ao contrário dos particulares, não dispõe de um poder próprio de submissão aos tribunais arbitrais. Este há que resultar, direta ou mediatamente, da lei, a explicar para o aparato administrativo que o critério que respalda o método arbitral não é o da disponibilidade dos direitos, mas, antes, o da autorização legal. Nesse sentido, Sérvulo Correia (A arbitragem dos litígios entre

Daí o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15, de 02-02-2002[53], na qualidade de lei geral, arrolar, no seu artigo 180º as hipóteses nas quais é permitido à Administração submeter-se à arbitragem[54].

Segue-se, então, que é possível o exame de questões respeitantes a contratos, inclusive no que concerne à validade de atos administrativos relativos à sua execução[55], à responsabilidade civil extracontratual, inserindo-se a efetivação do direito de

---

particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *In*: *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 694, 2014) anota que a solução reside em se aceitar uma arbitrabilidade administrativa por enumeração legal, ao invés da procura de uma inexistente cláusula geral de arbitrabilidade administrativa por natureza.

[53] A identificação posterior do diploma será dará por CPTA.

[54] *Artigo 180.º* Tribunal arbitral 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 respetiva 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. 2 – Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral. 3 – Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos, com as seguintes especialidades: a) O regime processual a aplicar deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual; b) Em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas. Disponível em: www.staministrativo.pt. Acesso em: 02-04-2020.

[55] Ana Perestrelo de Oliveira (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62-63), examinando o artigo 180º, nº 1, a, do CPTA, diz que tem a vantagem de permitir que, num mesmo processo, seja apreciada a globalidade da relação jurídica controvertida, a qual se justifica porque o ato administrativo está indissoluvelmente ligado ao desenlace da execução contratual, havendo assim o legislador optado por permitir a apreciação de sua legalidade a título principal.

regresso, ou das indenizações previstas em lei, à validade de atos administrativos e a vínculos de emprego público.

No que concerne às indenizações contempladas legalmente, decorrentes de acréscimo por força da Lei 58, de 11-09-2008, tem-se como exemplo a exigível em caso de desapropriação e demais hipóteses de sacrifício de direitos. Sua razão de ser porventura está ligada à reforma tanto do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais quanto do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, eliminando, no particular, uma dualidade de jurisdição antes existente[56].

Porém, o legislador (artigo 185º, nº 1[57]) foi cauteloso ao excluir da província dos tribunais arbitrais, lançando reserva em favor dos estatais, os pleitos de indenização resultantes de atos praticados no desempenho das funções política, legislativa e jurisdicional.

Destaque-se que, na órbita contratual, a atual redação permite que sejam solucionados pelos tribunais arbitrais os atos perpetrados na fase pré-contratual, conforme o artigo 100º do CPTA[58], relativo ao correspondente contencioso. Assim o prevê

[56] Sobre o assunto, remete-se à leitura de Licínio Lopes Martins (Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Justiça Administrativa*, número 106, item 6, julho/agosto de 2014), ao mencionar que, anteriormente, a matéria atinente ao exame da legalidade da intervenção estatal na propriedade estava submetida a uma jurisdição dual. Desse modo, cabia à jurisdição administrativa conhecer das impugnações inerentes às declarações de utilidade pública na desapropriação, de urgência para a imissão na posse, e de requisição, bem como para apreciar os pleitos de reversão (entre nós, retrocessão), mas que, quanto à fixação da indenização em tais hipóteses, a competência jurisdicional pertencia à jurisdição comum. Segundo o autor, se ambos os litígios têm por fonte uma relação jurídica administrativa, é de caber o seu exame, por natureza, na competência constitucional dos tribunais administrativos, quer, por exemplo, a expropriação resulte de um ato administrativo ou diretamente de um regulamento ou ato legislativo. Uma consequência da nova disciplina é o de propiciar a sua submissão ao âmbito da arbitragem no CTPA.

[57] Artigo 185º Limites da arbitragem. 1 - Não pode ser objeto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional. Disponível em: www.ministeriopublico.pt. Acesso em: 23-04-2020.

[58] Artigo 100º Âmbito. 1 - Para os efeitos do disposto na presente secção, o contencioso pré-contratual compreende as ações de impugnação ou de condenação à prática

o nº 3 acrescentado ao artigo 180º. São eles a impugnação ou a condenação à prática de atos administrativos relacionados com a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de serviços públicos, de aquisição ou de locação de bens móveis e de aquisição de serviços.

Disso se depreende que, nas hipóteses elencadas, o exame dos árbitros envereda não somente com relação à extensão de eventuais efeitos patrimoniais. Ingressa no exame de juridicidade relativo a tais relações jurídico-administrativas.

No ponto, apenas explicita o CPTA que a abordagem deverá observar o Código dos Contratos Públicos[59], adotando-se o procedimento de urgência por aquele previsto[60], bem como a possibilidade de recurso urgente, com efeito devolutivo, caso a contratação envolva valor igual ou inferior ao previsto no artigo 476º, nº 5, deste código.

Quanto aos atos administrativos, a redação do art. 180º ofertada pelo Decreto-lei nº 214-G/2015 trouxe sensível modificação. Antes, limitava-se a possibilidade de submissão aos tribunais arbitrais da análise das questões inerentes aos atos administrativos àqueles que pudessem ser revogados sem fundamento em sua invalidade.

Assim o era porque – consoante a doutrina[61] –, uma vez

---

de atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços. 2 - Para os efeitos do disposto na presente secção, são considerados atos administrativos os atos praticados por quaisquer entidades adjudicantes ao abrigo de regras de contratação pública. Disponível em: www.staministrativo.pt. Acesso em: 02-04-2020.

[59] O diploma continuará a ser referido como CCP.

[60] Cuida-se aqui da adoção do efeito suspensivo automático e das medidas provisórias referidas nos artigos 103 - A e 103 - B do CPTA.

[61] Assim se manifestam Mário Aroso e Carlos Alberto Cadilha (*Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 886), Luís Cabral de Moncada (A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 180-181, 2010 – Especial) e Ana Perestrelo (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 78-79).

podendo serem revogados sem lastro na sua conformidade à ordem jurídica, qualificar-se-iam como atos disponíveis. Por essa razão, poderiam ser submetidos à arbitragem. Diversamente, era de se afirmar que, em estando em causa decisões administrativas que somente pudessem ser removidas com fundamento em sua invalidade e, portanto, o destino de ditas situações jurídicas, não se encontrando na disponibilidade da Administração, não poderia por esta ser remetido ao exame de um tribunal arbitral.

Com a alteração acima mencionada, mantida intangível pela Lei nº 118/2019, restou admitida a arbitragem nos litígios nos quais se há de examinar a sua validade, i.e., sua conformidade com o ordenamento jurídico. Passa-se, pelo toque do legislador, a situações contenciosas por natureza, envolvendo direitos indisponíveis.

Esse exame, importante advertir, é de possível incidência tanto nos atos regrados ou vinculados quanto aqueles nos quais há uma margem de competência discricionária. Nestes últimos, o exame pelos árbitros há que dirigir sua atenção à observância, pela Administração, do campo de discrição que lhe foi conferida pelo Direito.

Carlos Alberto Cadilha[62], ao discorrer sobre os limites internos aos quais estão sujeitos os julgamentos dos tribunais arbitrais, esclarece que aqueles são os mesmos aos quais estão submetidos os tribunais estatais. Neles merece realce o da separação de poderes, razão pela qual não poderão enveredar pelo exame da oportunidade ou conveniência da atuação administrativa.

Assim, os tribunais arbitrais podem examinar a validade dos atos administrativos estritamente vinculados, competindo-lhe aferir a sua conformidade com os princípios e regras aplicáveis, fazendo o mesmo quanto aos atos discricionários, desde que não substituam a Administração em suas valorações, restringindo-se à fiscalização dos parâmetros de juridicidade da

[62] Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume X, p. 104, 2017.

decisão administrativa[63].

Talvez mais preciso, Fausto de Quadros[64], avivando os principais destaques da reforma do CPTA em matéria de arbitragem, indica que o novo texto do art. 185º, nº 2, acrescentou dois limites – óbvios, aliás –, aplicáveis no contencioso de legalidade a serem exercidos no plano da arbitragem[65].

Um deles é o de que não permite reste sujeita à arbitragem imiscuir-se na conveniência e oportunidade da atuação administrativa, até porque tal é vedado até mesmo para os tribunais do Estado e é uma decorrência da discricionariedade administrativa.

O outro, no dizer do autor, é quanto ao emprego da equidade. Envolvendo o contencioso de legalidade, a aplicação da lei somente pode ser apreciada à luz do direito constituído. A apreciação equitativa, por exemplo, terá um papel de relevo em sede de responsabilidade civil, mais precisamente quanto ao cálculo

---

[63] Interessante – e talvez expresse uma vantagem de uma lei processual para os litígios envolvendo a Administração – o CPTA, em mais de uma oportunidade, traçou limitações ao âmbito do exame a ser efetuado pelo juiz administrativo e, de conseguinte, pelo tribunal arbitral. Numa regra voltada aos poderes da justiça administrativa, o art. 3º, nº 1, dispõe: "Artigo 3º Poderes dos tribunais administrativos. 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação". Noutra, detalhando os poderes do tribunal, proclama: "Artigo 71º Poderes de pronúncia do tribunal. (...) 2 - Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido". O teor de ambos dos preceitos está disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 11-04-2020.

[64] Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 13, 2014.

[65] Coerente com a orientação adotada em preceitos antecedentes, o art. 185, nº 2, do CPTA, prescreve: "(...) 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 equidade". Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 11-04-2020.

do valor do dano, mas não em face do exame de legalidade de uma decisão administrativa.

Cautela importante teve o legislador, ao dispor no nº 2 do art. 180º do CPTA que, em havendo contrainteressados, a validade do compromisso arbitral dependerá do assentimento destes. São eles, nos termos do artigo 57º do referido código, quem o provimento jurisdicional possa prejudicá-los diretamente ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado, sendo suscetíveis de identificação em virtude da relação jurídico-material ou dos documentos contidos nos autos.

A enumeração constante do art. 180º do CPTA não exclui, conforme já visto, as hipóteses previstas na legislação especial. Dentre estas, convém recordar, encontram-se as do Decreto-lei 118º/99, relativa à seara urbanística, e as do Decreto-lei 10/2011, voltadas ao liame entre a Administração Tributária e os contribuintes.

Especialmente no plano tributário[66], são várias as hipóteses nas quais, conforme o art. 2º do Decreto-lei 10/2011[67], há

[66] A implementação da arbitragem nas questões tributárias em Portugal, segundo Margarida Marques Carvalho (Da arbitragem tributária e dos motivos que a conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português. *In*: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 43-44. Coord.: COSTA, Ricardo), projetou-se à consecução de três objetivos principais, a saber: a) reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contribuintes; b) imprimir uma maior celeridade na resolução dos litígios entre a Administração Tributária e o sujeito passivo; c) reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais. Aponta a autora, com invocação a estudo realizado pelo Ministério da Justiça, que, ao final do ano de 2015, perante a justiça fiscal de primeira instância era possível registrar mais de 53 mil processos judiciais pendentes, sendo de notar que uma fração significativa daqueles havia sido protocolada há mais de 13 anos. O pioneirismo não é lusitano, apontando Ana Perestrelo (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 92) a experiência da *Tax Court Rule* 124, submetendo litígios fiscais a árbitros, embora inicialmente circunscrita a questões de fato. A disciplina legal – ressalta a autora – visou primacialmente a desonerar a jurisdição fiscal do exame dos casos inerente a preços de transferência. A nível dos Estados-membros, há vários exemplos de procedimentos arbitrais nesse âmbito.

[67] Artigo 2º Competência dos tribunais arbitrais e direito aplicável 1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção

a possibilidade de envolver, com largueza, a apreciação da legitimidade dos atos de lançamento de tributos. Veda-se aos árbitros a emissão dos seus julgamentos com lastro na equidade.

O legislador foi expresso em condicionar a validade da vinculação da Administração Tributária à arbitragem a emissão de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas de finanças e da justiça.

No modelo brasileiro, a arbitrabilidade dos litígios nos quais é parte a Administração submete-se, diversamente, a dois critérios. O primeiro deles emana da regra geral consignada no art. 1º, §1º, da LA. Trata-se da circunstância de se controverter sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Tal sucede quando a Administração Pública atua sob a regência do regime jurídico de direito privado. Hipótese onde é característica a sujeição daquela ao universo das regras do direito obrigacional, por exemplo, sucede entre nós por força do art. 173, §3º, II, da CRFB, relacionado com a atividade fim das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Assim o entendimento da doutrina[68], não somente a

na fonte e de pagamento por conta; b) A declaração de ilegalidade de actos de determinação da matéria tributável, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais; c) A apreciação de qualquer questão, de facto ou de direito, relativa ao projecto de decisão de liquidação, sempre que a lei não assegure a faculdade de deduzir a pretensão referida na alínea anterior. 2 - Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 21-07-2020.

[68] É o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto (Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, volume 236, p. 215-219 e 261, abril/junho de 2004), ao aludirem a que Administração não somente celebram contratos administrativos, em cujo conteúdo se têm as cláusulas exorbitantes, mas também contratos de direito privado, reforçando que estas práticas estão sujeitas as empresas estatais, pois a sua criação legislativa tem por fim o desempenho de uma atividade econômica ligada aos fins do ente político que possui o seu controle. O mesmo é enfatizado por Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 710), o qual, ao depois de avivar que a existência de uma submissão ampla da Administração à arbitragem quando atue *jure gestionis*, ou seja, quando estiver inserida numa relação de direito privado, diz quanto à atuação das sociedades de economia mista e empresas públicas, que estas encetam relações contratuais desconexas de atos de império e, portanto,

pátria[69].

Contributo legislativo para uma definição do que deva ser considerado direito patrimonial disponível nos fornece a Lei 10.848/2004. Dispõe, no seu art. 4º, §7º, que se consideram disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações que venham a serem realizadas no âmbito da CCEE.

Visto o primeiro dos critérios consagrados para a definição das situações nas quais a Administração pode vincular-se à arbitragem, qual seja a da presença de um direito tanto patrimonial quanto disponível, limitado à atuação daquela sob as vestes do direito privado, remanesce saber se é possível, nas demais relações jurídico-administrativas, cogitar-se do mecanismo alternativo ao recurso ao Judiciário.

---

versando direitos patrimoniais disponíveis. A argumentação faz com que se evoque Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 689. A primeira edição é de 1969), ao visualizar, a pretexto de examinar a concessão de serviço e de obra pública, ser tipicamente contratual, nesse ajuste, o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira, por que inalterável pelas partes. Porventura seja esse o ponto de partida para se sustentar a arbitragem no estado da arte do sistema jurídico brasileiro.

[69] Com efeito, no sistema jurídico espanhol, no qual ainda não há um tratamento legislativo geral acerca da arbitragem envolvendo os litígios nos quais é parte a Administração Pública, restringindo-se, ao que parece, à hipótese substitutiva de recursos administrativos, conforme o artigo 112.2, da *Ley* 39/2015, diploma que atualmente rege o procedimento administrativo, Juan Manuel Trayter (El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, nº 143, p. 95-96, maio/agosto de 1997), ao instante da vigência da legislação antecedente (artigo 107.2, *Ley* 30/92), observou que o próprio legislador menciona que a arbitragem somente poderá ter lugar diante da especificidade de uma matéria que a justifique. Daí deduz que, em princípio, o habitat natural onde aquela há que se desenvolver, com maior liberdade, serão o dos conflitos que emanem da aplicação e interpretação de toda espécie de contratos e ajustes celebrados pela Administração, não podendo "nunca versar a arbitragem sobre os atos administrativos vinculados ou sobre o exercício de competências discricionárias" (no podrá nunca versar el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre ejercicio de potestades discrecionales), porquanto "uma das notas essenciais da arbitragem é que as questões litigiosas por ela resolvidas devem ser <<matérias de livre disposição>>, circunstância que não coincide com as hipóteses assinaladas" (una de las notas esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas deben ser <<matérias de libre disposición>>, circunstancia que no concurre en los supuestos señalados. *Loc. cit.*, p. 95).

Há quem observe, como se tem em Leonardo Cunha[70], que, num liame de direito público, envolvendo o exercício das prerrogativas de autoridade, será preciso examinar o grau de (in)disponibilidade do direito.

Essa suposta amenização dos traços de indisponibilidade, para os fins aqui debatidos, é, no nosso sentir, uma matéria da alçada legislativa. Descabe ao intérprete fazê-lo, só por só. Trata-se de assunto que se encontra sob o pálio da lei formal, não somente para o enunciado das hipóteses, mas, igual e principalmente, dos limites do exame arbitral[71].

O recurso à comparação jurídica é, mais uma vez, útil para respaldar essa compreensão. Tudo se reconduz, numa identidade, ao laborado pelo direito lusitano que optou, com exclusividade, pela baliza da legalidade para definir as situações nas quais os tribunais arbitrais estão aptos para a composição dos litígios que envolvem a Administração Pública.

Isso nos permite reforçar, com o propósito de melhor dissipar dúvidas à luz do direito brasileiro, que a submissão da Administração à arbitragem fora da sua atuação – excepcional, aliás – sob a predominância do direito privado, apenas ocorre quando o legislador democrático assim contemplar e nos termos em que delimitar.

Daí as inúmeras previsões de que tal venha ocorrer, como se tem, à guisa de exemplificar mais uma vez, no que concerne às concessões e às parcerias público-privadas, típicos enlaces administrativos. Significa dizer, nesses casos, que o legislador amenizou a indisponibilidade do interesse público, permitindo que eventuais disputas venham a ser resolvidas fora dos juízos e

---

[70] *A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 710.

[71] Não se pode escapar da ironia de Cassese (L'arbitrato nel diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 2, p. 313, 1996), ao observar que a submissão da Administração Pública à arbitragem posta como dependente do princípio da legalidade oculta um pseudoproblema ou uma apreciação errônea. Isso porque o princípio da legalidade não é violado, mas satisfeito, à medida que a aquela é prevista no art. 806 do Código de Processo Civil italiano, não havendo necessidade de uma autorização legislativa *ad hoc*.

tribunais.

Da mesma forma, além da necessidade de previsão legal para cada uma dessas situações, faz-se necessário acentuar que a arbitragem há que se limitar ao âmbito traçado pelo legislador.

Por isso, é que se mostra forçoso rematar que, no direito brasileiro, ao contrário do modelo lusitano, não se previu em favor dos árbitros o exame de pretensões relacionadas ao contencioso de invalidade de atos, decisões ou contratos administrativos.

À míngua de menção expressa pelo legislador brasileiro, a análise posta ao descortino dos árbitros há que dizer respeito aos aspectos patrimoniais dos vínculos jurídicos em questão, nada impedindo, contudo, que o exame da legalidade de uma decisão administrativa possa vir a ser examinada de forma indireta, não principal[72].

À guisa de exemplo, tem-se que, em se tratando das concessões ou permissões, às quais se referem os arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei 10.233/2001, a arbitragem, se instituída, somente poderá versar sobre os direitos e obrigações das partes, descabendo o exame de pedido de invalidação, de forma direta, do ajuste ou de ato inerente à sua execução[73]. Em se tratando de desapropriação, aos árbitros está interditada a análise da declaração de interesse público ou social, restringindo-se à fixação do montante da indenização.

---

[72] Esse entendimento foi exposto por Cabral de Moncada (A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 181, 2010 - Especial), antes das alterações que o Decreto-lei nº 214/2015 imprimiu à disciplina da arbitragem no CPTA. Expôs o autor que, mesmo quando o exame de um ato administrativo reste fora da competência dos tribunais arbitrais por ser indisponível, nada está a impedir que estes possam conhecer a título acidental da correspondente ilegalidade, para fins de indenização.

[73] A ausência de menção ao exame da legalidade de atos levados a cabo durante a execução de ditos ajustes faz com que remanesça o problema de saber se a discussão das consequências patrimoniais resultantes das penalidades contratuais e administrativas a que se encontra sujeito o concessionário ou permissionário e a forma de sua aplicação poderá ser entregue aos árbitros, em razão de, tradicionalmente, tal matéria se localizar no campo do contencioso de legalidade.

A assertiva encontra amparo nas razões de decidir do já mencionado AI 52.181 - GB, tendo o relator afastado as várias inconstitucionalidades assestadas em detrimento do juízo arbitral instituído pelo Decreto-lei 9.521/46, principalmente quando acentuou que entendimento adverso contrariaria a autonomia contratual do Estado nas suas relações de natureza contratual ou privada, sendo de notar que o art. 12 do referido diploma apontava qual a extensão dos poderes dos árbitros, limitando-os a questões de acertamento[74] .

Com isso, permite-se que o reconhecimento de um maior âmbito de apreciação por parte daqueles, tal como os inerentes a um contencioso de invalidação, não podendo suceder nas questões de direito privado sem previsão legislativa, com maior acerto não deve ser admitido nos liames em cujo regime jurídico predominam as normas administrativas.

Essa distinção de tratamento legislativo, verificada entre os modelos lusitano e brasileiro, porventura tenha sua razão de ser – insista-se – na circunstância de que, diversamente da CRFB, a CRP (art. 209º, nº 2) reconhece, às explícitas, os tribunais arbitrais como integrantes da organização judiciária portuguesa, o que não encontra remissão equivalente entre nós.

Coincide, porém, com a legislação portuguesa, o art. 2º, §3º, da LA, dispondo que a arbitragem envolvendo a

[74] Prova disso está no teor do dispositivo legal: *Art.* 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I – Decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º, c) o levantamento do passivo das referidas Emprêsas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos têrmos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos têrmos do art. 21, § 1º, das emprêsas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei. II – Arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10. Disponível em: www.senado.leg.br. Acesso em: 27-04-2020.

Administração Pública será sempre de direito, o que é capaz de conjugar o julgamento por critérios de equidade.

6 – DO ÓRGÃO ARBITRAL.

Quanto ao modo de submissão à arbitragem, é possível notar semelhanças entre os modelos jurídicos em comento. Ambos requerem a convenção de arbitragem sob as formas de compromisso arbitral e de cláusula compromissória.

Isso se dessume no direito português da remissão que o CPTA (artigo 181º) faz à LAV (artigo 2º, nº 6). O mesmo acontece com o sistema brasileiro, seja em face da regra geral constante do art. 1º, §1º, da LA, para os litígios versando sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou pela preferência das previsões legais específicas em se reportar a tal diploma, o qual consagra a dualidade de formas para a convenção de arbitragem (art. 3º).

Há peculiaridades. Por exemplo, a LAV, apesar de inevitavelmente se apegar à forma escrita, flexibilizou o rigor formal, admitindo missivas e comunicações eletrônicas para esse fim. E mais: admite uma prova ficta da convenção de arbitragem quando, no curso do processo arbitral, haja a sua existência sido alegada por petição de uma parte, não havendo contradita do outro litigante.

Outra é a de que o CPTA contempla, no seu art. 182º, o que se denomina de direito à outorga do compromisso arbitral[75]. A doutrina, porém, não enxerga em tal previsão um verdadeiro direito potestativo para impor à Administração a arbitragem. Fausto de Quadros[76], assinala que, infelizmente, a reforma

[75] *Artigo 182.º* Direito à outorga de compromisso arbitral. O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei. Disponível em: www.stadministrativo.jus.br. Acesso em: 28-04-2020.

[76] Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 12, 2014. Ao que tudo indica se reportando ao futuro Decreto-lei 214/2015, o autor, à página seguinte, esclarece que, quando da elaboração das alterações se optou

legislativa não conseguiu eliminar as dúvidas e inquietações trazidas pelo preceito, o qual apenas assegura ao particular a faculdade de requerer a celebração do compromisso arbitral, podendo a Administração aceitar ou não, muito embora a sua recusa há que ser fundamentada.

Especialmente quanto ao compromisso arbitral, o art. 184º do CPTA prevê que o consentimento para a sua celebração pressupõe decisão da autoridade competente, a ser proferida no caso de trinta dias, a partir da solicitação do interessado. A competência é variável conforme se trate de compromisso a ser outorgado pelo Estado, pelos demais pessoas coletivas de direito público, pelas Regiões Autônomas ou autarquias locais[77].

No direito brasileiro, quando a arbitragem advenha de cláusula compromissória, formalizada no âmbito de contrato administrativo, tem-se como competente para vincular a Administração o agente público que ostenta competência para firmar o ajuste. Diversamente, sobrevindo compromisso arbitral, o art. 1º, §2º, da LA, dispõe que a autoridade com competência para

pela mantença do preceito por duas razões. A primeira foi a de que a sua eliminação imediata poderia dar a entender que se pretendeu diminuir a dignidade da arbitragem. A segunda se embasou numa perspectiva de futuro, à medida que o legislador possa vir a estabelecer, para certas situações específicas, um verdadeiro direito subjetivo à outorga do compromisso arbitral. Por sua vez, Mário Aroso e Carlos Alberto Cadilha (*Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 891-892, 2010), antes das mudanças de 2015, esclarecem que inexiste um direito subjetivo à outorga do compromisso arbitral, remetendo o preceito às situações que, no futuro, venham a serem estabelecidas em leis especiais. Isso sem contar que entendimento diverso estaria em contradição com o art. 184º do CPTA, o qual estabelece que a celebração do compromisso arbitral depende de decisão do órgão governamental competente.

[77] *Artigo 184.º* Competência para outorgar compromisso arbitral. 1- A outorga de compromisso arbitral por parte do Estado é objeto de despacho do membro do Governo responsável em razão da matéria, a proferir no prazo de 30 dias, contado desde a apresentação do requerimento do interessado. 2 - Nas demais pessoas coletivas de direito público, a competência prevista no número anterior pertence ao presidente do respetivo órgão dirigente. 3 - No caso das Regiões Autónomas e das autarquias locais, a competência referida nos números anteriores pertence, respetivamente, ao governo regional e ao órgão autárquico que desempenha funções executivas. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 28-04-2020.

tanto é a mesma que a tem para a celebração de acordos ou transações[78].

Um modelo peculiar sucede no direito lusitano quanto à arbitragem em matéria tributária, não havendo que se falar em convenção de arbitragem. A vinculação da Administração Tributária a esta – diz o artigo 4º, nº 1, do Decreto-lei 10/2011[79] – sucede mediante a edição de ato (portaria) subscrita pelos Ministros das Finanças e da Justiça, devendo mencionar o tipo e o valor máximo dos litígios que estão abrangidos.

Conforme o artigo 10º do referido decreto-lei, para que tal se institua nos casos concretos, indispensável a manifestação no sentido da solução jurisdicional alternativa, a ser formulada no prazo de 90 ou 30 dias, dirigida por meio eletrônico ao Presidente do Centro de Arbitragem, devendo preencher os requisitos ali especificados. Recebido o requerimento, o presidente do tribunal arbitral deverá, no prazo de dois dias, levar o fato, igualmente por via eletrônica, à ciência da Administração Tributária.

Essa singularidade formata uma aparência, logo

[78] A despeito da regra legal se referir ao gênero (convenção de arbitragem), a lógica evidencia que somente pretendeu o legislador dispor para o caso de compromisso arbitral. Isso porque nos liames contratuais nas quais haja cláusula sobre arbitragem (cláusula compromissória) a autoridade competente para celebração do contrato já possui assim competência para vincular a Administração, sem que haja necessidade de, no particular, tal disposição ser firmada também por outro agente público. No plano da Administração Federal Direta e Indireta, por força do art. 1º, *caput*, da Lei 9.469/96, com a redação da Lei 13.140/2015, tal competência é do Advogado-Geral da União, sendo de notar que, em se tratando de empresa pública federal, atua conjuntamente com o seu dirigente máximo e o dirigente estatutário da área envolvida. Mas se o conteúdo econômico discutido ultrapassar o previsto em regulamento, o Advogado-Geral da União atuará juntamente com o Ministro de Estado da área de competência a qual estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União.

[79] Artigo 4.º Vinculação e funcionamento 1 - A vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais constituídos nos termos da presente lei depende de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça, que estabelece, designadamente, o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos. Disponível em: www.pgdlisboa.pt. Acesso em: 30-04-2020.

dissolvida doutrinariamente[80], no sentido de que a arbitragem na esfera tributária teria caráter necessário. A exigência de uma adesão do particular já evidencia que não se desfaz a voluntariedade que impregna o método arbitral.

A adesão da Administração Pública produz efeitos no sentido de afastar a competência dos tribunais estatais para o conhecimento do litígio. Eventual competência destes para assuntos específicos da controvérsia dependerá de previsão legal.

A LAV (art. 5º, nº 1º[81]), aplicável às arbitragens a que se refere o CPTA, prevê que, em sendo ajuizada demanda relativa ao tema submetido à convenção de arbitragem, poderá o réu, no primeiro momento no qual apresentar suas primeiras razões sobre o mérito da causa, invocar a existência daquela, de maneira que o juízo deverá decidir pela absolvição de instância[82], salvo se verificar que a regra convencional é manifestamente nula, é ou se tornou ineficaz ou inexequível.

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil[83]

---

[80] Assim destaca Margarida Marques Carvalho (Da arbitragem tributária e dos motivos que conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português. *In: Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, p. 45, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo), ao verificar que a adesão a esse regime, que vem se tornando massiva, não resulta de qualquer obrigatoriedade legal, haja vista o contribuinte possuir a liberdade de optar ou não pela solução de sua impugnação pelo tribunal arbitral.

[81] Artigo 5º Efeito negativo da convenção de arbitragem 1 - O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexequível. Disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 01-05-2020.

[82] A expressão absolvição de instância não é estranha entre nós, havendo constatada no art. 201 do CPC de 1939, instituído pelo Decreto-lei 1.609. O seu significado equivalia ao que, atualmente, tem-se por extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do Código de Processo Civil vigente (art. 485). O direito lusitano ainda adota a expressão e no mesmo sentido que a nossa extinção do processo sem resolução de mérito. O Código de Processo Civil que veio a lume com a Lei 41/2013 agrupa tais situações como sendo de extinção (artigo 277º) e absolvição (artigo 278º) da instância. A identificação do diploma far-se-á daqui em diante pelo emprego da sigla CPC com o qualificativo português.

[83] No curso do texto será identificado pela sigla CPC.

vigente (art. 485, VII) contempla como hipótese de extinção do processo sem resolução mérito aquela na qual o juiz "acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência".

Semelhante ao arquétipo lusitano, o art. 337 do CPC enumera, no seu inciso X, como matéria a ser suscitada pelo réu na oportunidade da contestação, a existência de convenção de arbitragem. Dispõem os seus §§ 5º e 6º que, além da impossibilidade de seu conhecimento de ofício, a ausência de alegação sobre a existência de convenção arbitral implica aceitação da jurisdição estatal.

Tal solução, à míngua de exceção estatuída em lei, é plenamente aplicável à Administração que vincular-se à arbitragem, ressalvada a alegação – que deverá ser evidente – de invalidade da correspondente convenção, por contrariedade manifesta à lei[84].

Sobre a escolha dos árbitros o artigo 181º, nº 1, do CPTA, dispõe que a constituição do tribunal arbitral é de ser realizada de acordo com a LAV, a qual dispõe que poderá ser constituído por um único árbitro ou por um número ímpar, devendo, em não havendo as partes acordado sobre esse ponto, aquele será composto por três árbitros (artigo 8º). Devem ser pessoas físicas e plenamente capazes, sendo independentes e imparciais (artigo 9º, nº 1 e 3). A sua designação dar-se-á na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, ajustado pelas partes (artigo 10º, nº 1).

[84] Granjeia atenção a observação feita por Cesar Guimarães e Eduardo Talamini (Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10), para quem, em caso de aderir à arbitragem, a Administração há que fazê-lo com responsabilidade e boa-fé, abstendo-se de posteriormente arguir sua condição de ente estatal para sustentar a sua invalidade. A conduta – dizem – desmoraliza o instituto arbitral, contrariando, da mesma forma, a boa-fé e a lealdade que estão integradas no âmbito da moralidade administrativa, constitucionalizada pelo art. 37, *caput*, da CRFB. Aportam ainda na conclusão de que tal fato seria apto, em tese, para caracterizar a improbidade administrativa a que se refere o art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

Ainda nesse particular, é de se acentuar que a legislação portuguesa, no que tange à Administração Pública, permite tanto a arbitragem *ad hoc* quanto a institucionalizada, sendo de notar a presença de inclinação doutrinária pela adoção desta última modalidade[85].

Especialmente quanto à arbitragem institucionalizada, ocupa-se o artigo 187º do CPTA[86]. O seu número 1 dispõe que o Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada para a composição de litígios passíveis de arbitragem nos termos do seu artigo 180º, designadamente no âmbito das relações jurídicas de emprego público, dos sistemas públicos de proteção social e urbanismo.

De logo, vê-se que, para que se mostre realizável o acesso da Administração Pública aos centros de arbitragem, faz-se preciso que lei assim autorize, entendimento partilhado por Mário Aroso e Carlos Alberto Cadilha[87].

Da assertiva decorre saber, como enfatizam os autores

---

[85] Essa percepção nos é indicada por Ricardo Pedro (Arbitragem e outros meios de resolução de litígios em direito administrativo, especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas ... e notas Breves sobre a Proposta de Lei nº 168/XIII. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, p. 64, 2009).

[86] *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: a) (Revogada.) b) (Revogada.) c) Relações jurídicas de emprego público; d) Sistemas públicos de proteção social; e) Urbanismo. 2 - A vinculação de cada ministério à jurisdição de centros de arbitragem depende de portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça e do membro do Governo competente em razão da matéria, que estabelece o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos, conferindo aos interessados o poder de se dirigirem a esses centros para a resolução de tais litígios. 3 - Aos centros de arbitragem previstos no n.º 1 podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 09-05-2020.

[87] *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 899, 2010.

se, para esse fim, é possível valer-se do Decreto-lei 425/86[88]. A prática fez com que assim oficialmente fosse compreendido, segundo se tem do Despacho nº 509/2009 do então Secretário de Estado da Justiça[89], mediante o qual autorizou a criação de um centro de arbitragem sob a égide da Associação denominada CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa[90], constante da sua motivação a invocação do referido diploma legal.

Outro aspecto que emerge do artigo 187º, nº 1, do CPTA, em sua atual redação, é uma aparente redução das matérias suscetíveis de arbitragem institucionalizada, pois se reporta designadamente às searas do funcionalismo público, previdência pública e urbanística, quando, anteriormente, apesar de se referir aos contratos e a responsabilidade civil, o seu texto se inclinava pela enumeração taxativa.

Por isso, tem-se que o emprego do advérbio "designadamente", a expressar especificadamente, assinaladamente, particularmente, fornece a ideia de que não se exclui, desde que o

[88] Isso porventura se argumenta pelo fato do diploma, editado à época da Lei 31/86, a qual então disciplinava a arbitragem voluntária, dispor que as entidades que pretendessem promover, a nível institucionalizado, a realização de arbitragens, poderiam requerer ao Ministro da Justiça autorização para criação dos respectivos centros, cabendo-lhe, por ocasião do requerimento, expor circunstanciadamente as razões que respaldam a sua pretensão, com a delimitação do objeto das arbitragens a que pretendem se dedicar. A despeito disso, o legislador distinguiu qual o campo de aplicação do mecanismo arbitral em razão do qual seria permitido pretender a constituição do centro de arbitragem.

[89] Diário da República, 2ª série, nº 30, de 12-02-2009. Referida publicação, bem assim as demais que possibilitem o interesse em conhecer a estrutura e atuação do CAAD, acha-se disponível em www.caad.org.pt.

[90] Apesar de sua natureza de associação privada sem fins lucrativos, tal como consignado na fundamentação do Despacho 509/2009, submete-se, no seu funcionamento, a intervenções do Estado, as quais, no dizer de Ricardo Pedro (Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, p. 120-121, 2009), são verificáveis em três níveis, consistentes na sujeição ao controle de legalidade ao instante de sua constituição, na sua promoção e financiamento, e na sua gestão, através da participação de entidades públicas no Conselho de representantes ou na integração do Estado no Conselho Deontológico, cujo presidente é designado pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

legislador preveja, outras hipóteses de sujeição à arbitragem institucionalizada.

Uma delas, por exemplo, está no artigo 476º, nº 2, do CCP, relacionada a questões que envolvam o âmbito de formação do contrato, dependendo, para tanto, da aceitação de todos os interessados, candidatos e concorrentes. Poderá ainda se referir a outras questões contratuais, desde que haja o assentimento do cocontratante. Em ambos os casos, necessária a concordância sobre o modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual. Os assentimentos referidos, sem ressalva, hão que se manifestados de acordo com o modelo constante do seu anexo XII.

Não esquecer que, no particular da arbitragem tributária, o Decreto-lei 10/2011, no seu art. 4º, n º 2, prescreve que terá lugar perante o Centro de Arbitragem Administrativa - CAAD.

Importante observar a circunstância de que, salvo previsões legais em contrário, tal qual a acima mencionada, pelo artigo 187º, nº 2, do CPTA, a vinculação dos entes públicos a um centro de arbitragem decorre de uma opção pelas autoridades do Governo responsável pela justiça e pela área competente em razão da matéria, a ser manifestada com a edição de portaria, na qual deverão ser mencionados os tipos e valores máximos dos litígios que abrange.

Com isso, restam os interessados habilitados para submeterem tais questões ao centro de arbitragem escolhido, mencionando que a possibilidade de escolha faz com que possa não se circunscrever ao CAAD, podendo-se, ao invés, ampliar para contemplar outros centros autorizados para apreciar matéria de direito público, a resultar, se for o caso, num aumento da oferta dos órgãos institucionalizados para esse fim.

No direito brasileiro, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz, não necessitando ser bacharel em Direito[91]. Exige a LAV

[91] Esse é, por exemplo, o entendimento de Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 703, 2020). Não se olvida que poderá haver

que seja da confiança das partes e que não sejam impedidos nem suspeitos, aplicando-se nesse particular, diz o seu art. 14, *caput*, as hipóteses de impedimento, de suspeição, bem como os mesmos deveres e responsabilidades a que estão sujeitos os juízes, nos termos do CPC (arts. 139 a 145).

Por isso, explicita o art. 14, §1º, da LA, que as pessoas indicadas para funcionar como árbitro, antes da aceitação da função, hão que revelar qualquer fato capaz de denotar dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Nas hipóteses nas quais a arbitragem a que se submetem entes públicos ou administrativos deva observar a LAV, ou quando a aplicação daquela defluir da convenção arbitral, não se exclui, antes é possível, a arbitragem institucionalizada. Assim se tem com base no art. 13, §3º, do mencionado diploma, a facultar as partes, de comum acordo, valer-se, quando da escolha dos árbitros, de um órgão arbitral ou instituição especializada, o que é, nesse particular, complementado pelo seu §4º, tratando da possibilidade de afastamento, pelas partes interessadas, de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros.

7 – DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

No direito lusitano, envolvendo a arbitragem a Administração Pública como uma das partes, o artigo 181º do CPTA dispõe que o funcionamento do tribunal arbitral sucede de acordo com o prescrito na LAV, a qual, segundo a doutrina, mostra-se mais precisa do que a sua antecessora[92].

---

situações nas quais a finalidade da atuação do árbitro mais equivalha a um experto que possui condições para determinar o valor de uma prestação pecuniária devida em virtude de procedimento da Administração. É o que parece ocorrer com o atual regramento da desapropriação (Decreto-lei 3.365/41, art. 10 - B), no qual se busca, com a via arbitral, a determinação do valor da justa indenização.

[92] Assim, diz Rui Moura Ramos (O novo direito português da arbitragem. *Boletim da*

O diploma objeto de remissão, embora faculte, no seu artigo 30º, nº 2, que as partes possam acordar em estatuir sobre as regras processuais a serem observadas na arbitragem, ressalta, de logo, que, qualquer que seja a disciplina que estabeleçam, há que observar os princípios fundamentais que o seu nº 1 menciona. São eles: a) a necessidade de citação do demandado; b) a igualdade de tratamento entre as partes; c) a observância do contraditório.

À falta de consenso a esse respeito, diz o nº 3 do referido artigo competir ao tribunal arbitral conduzir a arbitragem da maneira que entender, com o estabelecimento das regras que reputar adequadas, devendo assegurar os princípios enumerados no seu nº 1 (igualdade, oportunidade razoável de fazer valer o seu direito e contraditório), as normas cogentes previstas na LAV, podendo, se for o caso, dispor sobre a aplicação supletiva do ordenamento processual aplicável ao tribunal estatal competente.

Na província da tributação, o artigo 16º do Decreto-lei 10/2011, talvez por um maior sentimento de cautela, resolveu enumerar, numa maior extensão, os princípios processuais a serem observados, reportando-se ao contraditório, à isonomia de tratamento das partes, à autonomia do tribunal arbitral na condução do processo e na determinação de suas regras, à oralidade, à imediação, à livre apreciação dos fatos, à livre determinação das diligências probatórias, à cooperação, à boa-fé e à publicidade legalmente limitada.

No direito brasileiro, tem-se, nessa parte, uma disciplina semelhante, prevendo o art. 21, *caput*, da LA, que a arbitragem se desenvolverá mediante o procedimento que as partes estabeleceram por ocasião da convenção de arbitragem, a qual poderá se reportar ao regramento adotado por órgão arbitral institucionalizado. Faculta-se ainda delegarem as partes, no referido ajuste, tal disciplina ao próprio árbitro ou tribunal arbitral. Em

---

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume 90/2, p. 588, 2014), a partir de cotejo com os dispositivos correspondentes da Lei 31/86.

sendo omissa a convenção de arbitragem a esse respeito, dispõe o §1º da regra legal que tal estipulação competirá ao árbitro ou tribunal arbitral.

Qualquer que seja a hipótese dentre as mencionadas, o art. 21, §§2º a 4º, da LA, prescreve que: a) respeitar-se-ão os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento[93]; b) a possibilidade das partes em postularem mediante advogado, assegurando-se sempre a faculdade de designar quem a represente ou assiste no procedimento arbitral; c) constitui dever do árbitro ou tribunal arbitral o de tentar, no início do procedimento, conciliar os litigantes.

A LAV explicita os poderes instrutórios do tribunal arbitral, dispondo, no artigo 30º, nº 4, que são compreensivos da determinação da admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.

Num instante anterior, nos seus artigos 22º a 29º (Seções II e III), traçou um regime de tutela de urgência, referindo-se a ordens preliminares e providências cautelares, sem excluir a possibilidade, quanto a estas, de sua decretação por um tribunal estadual[94].

No direito brasileiro, o art. 22 da LA, ao se ocupar das atribuições dos árbitros no que concerne à prova, explicita que aqueles poderão tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas, bem assim determinar a realização de prova pericial ou outras, de ofício ou a requerimento das partes.

Também disciplinou um regime tutelar de urgência, o qual veio a lume com os arts 22 - A e 22 - B da LA, inseridos

[93] Sobre a natureza cogente de tais princípios, por sua derivação do devido processo legal, consultar José Rogério Cruz e Tucci (Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, p. 154, 2010).

[94] Pelo que se depreende da leitura do artigo 22 da LAV a ordem preliminar visa assegurar a eficácia da providência cautelar, evitando a sua frustração. Tanto que qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, ao mesmo tempo, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar.

pela Lei 13.129/2015. Conferiu o legislador ao juízo arbitral a prerrogativa de concessão de medidas cautelares ou de urgência[95].

Caso haja necessidade do exame de tais providências antes de instituída a arbitragem, cabe à parte interessada formular requerimento nesse sentido ao Poder Judiciário. Deferida a medida, o favorecido deverá requerer a instituição do tribunal arbitral no prazo de 30 dias, computado da efetivação da correspondente decisão, sob pena da cessação de seus efeitos.

Um aspecto que merece destaque é o inerente à confidencialidade, especialmente no que concerne à arbitragem de litígios que envolvem a Administração Pública. Parecer haver aqui uma divergência, de cunho interpretativo, no âmbito dos sistemas em confronto.

No direito português, o CPTA (art. 185 - B)[96] parece haver adotado a esse respeito uma confidencialidade mitigada, permitindo que as sentenças arbitrais sejam publicadas somente ao depois de seu trânsito em julgado e, mesmo assim, depois de expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar as partes envolvidas, disposição que o Decreto-lei 10/2011 (artigo 16º, *g*) cuidou de estender ao campo da arbitragem tributária.

No mais, aplica-se o dever de confidencialidade estatuído no artigo 30º, nº 5, da LAV, com as exceções que prevê, relativas à possibilidade de virem as partes tornarem públicos os

---

[95] Leonardo Cunha (*A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 708, 2020), diante do reconhecimento de que as regras sobre o desenvolvimento da arbitragem possam ser estabelecidas consensualmente pelas partes, defende ser possível haver limitações, totais ou em parte, quanto ao poder dos árbitros para a apreciação e concessão de medidas de urgência, desde que – deixa claro – sejam expressas.

[96] Artigo 185º - B Publicidade das decisões arbitrais 1 - As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. 2 - As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 18-05-2020.

atos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, quando este seja imposto por lei.

Não obstante o artigo 268º, nº 1 a 3, da CRP, consagrar, no rol dos direitos e garantias dos administrados, a publicidade e a transparência, a doutrina não vem apontando a inconstitucionalidade da opção legislativa perfilhada[97].

Dentre os autores brasileiros, prepondera entendimento que se pode reputar oposto. Gustavo Justino de Oliveira[98], lastreado na circunstância de que a publicidade configura princípio de observância irrecusável no exercício da função administrativa, por força do art. 37, *caput*, da CRFB, entende por inconciliável a confidencialidade no que concerne às arbitragens nas quais a Administração Pública seja uma das partes interessadas. O mesmo entendimento, com a mesma razão de ser, é expresso por Leonardo Carneiro da Cunha[99].

Um aspecto interessante é o das questões incidentais que podem surgir no espaço destinado à arbitragem ora em exame. Em trabalho sobre a temática – inclusive no que concerne à arbitragem entre as pessoas privadas – Paulo Otero[100], dentre várias modalidades, destaca a do exame da inconstitucionalidade da norma cuja aplicação se mostrar relevante para a solução do litígio.

Nesses casos, diz o autor que, uma vez estando os tribunais arbitrais inseridos no rol dos tribunais ao quais a CRP

---

[97] Essa é a impressão que fica de Fausto de Quadros (Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, p. 13, 2014) quando elogia a inovação legislativa decorrente da reforma de 2015 ao CPTA, a qual instituiu o artigo 185º - A.

[98] A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXV, nº 3, p. 299, março de 2009.

[99] *A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 713, 2020.

[100] Arbitragem interna de litígios de Direito público: a publicização da arbitragem interna de Direito privado. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano V, número especial, p. 186-187, 2012.

atribui a função jurisdicional, estão abrangidos pelo artigo 204º do mesmo diploma, o qual consagra a fiscalização concreta da constitucionalidade sob o modo difuso.

Assim, toda vez que os tribunais arbitrais se depararem, na decisão de uma causa que lhe foi submetida, com normais legais que entendam desconformes à constituição, deverão deixar de aplicá-las[101].

Nessas situações, há previsão de recurso para o Tribunal Constitucional pelo artigo 185º - A, nº 2, com o texto da Lei 118/2019, quando a decisão arbitral de mérito recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. O mesmo sucede quanto à arbitragem tributária por injunção do artigo 25º nº 1, do Decreto-lei 10/2011[102].

Idêntica hipótese parece não ser admissível no direito brasileiro. Isso porque, demais de não haver o reconhecimento constitucional de que os tribunais arbitrais integram a nossa organização judiciária, tal qual se tem na CRP, os próprios órgãos públicos encontram restrições no exercício do reconhecimento, no plano difuso, da inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Por exemplo, excetuado o Supremo Tribunal Federal, o

---

[101] Desperta interesse a transcrição da passagem na qual o autor enfatiza: "Todos os tribunais arbitrais são também, por conseguinte, tribunais constitucionais, pois encontram-se investidos de um poder de controlo da constitucionalidade de todas as normas que aplicam: uma vez que só podem aplicar normas conformes com a Constituição, sempre que são chamados a aplicar uma norma para resolver qualquer litígio haverá, sem exceção, que proceder a um juízo, expresso ou implícito, de conformidade da norma com a Constituição. E, neste contexto, se o tribunal arbitral entender que a norma contraria a Constituição, impõe-se uma única solução: recusar a sua aplicação" (*Loc. cit.*, p. 186).

[102] É de notar que a CRP (artigo 280º, nº 3) prevê a obrigatoriedade do recurso das decisões dos tribunais a cargo do Ministério Público quando recusada a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de preceito de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, o que deve compreender os tribunais arbitrais, em face do status constitucional destes. Com vistas à eliminação de dúvidas, essa obrigatoriedade foi estabelecida pelo artigo 17º, nº 1, do Decreto-lei 10/2011.

restante dos tribunais, mesmo os superiores, por mandamento magno (art. 97, CRFB), somente podem deixar de aplicar uma lei ou ato normativo por fundamento em inconstitucionalidade, ao depois de assim deliberar o seu plenário ou órgão especial. Inclusive o Pretório Excelso aprovou a Súmula Vinculante nº 10[103], para evitar burla ao preceito constitucional, mediante as decisões que, mesmo sem uma declaração inconstitucionalidade, afastam a aplicação de uma regra jurídica com fundamento em violação da constituição[104].

Na linha desse raciocínio, remanesce ao juízo arbitral, quando muito, enveredar pelo juízo de constitucionalidade quando possível a interpretação conforme ou nas hipóteses nas quais haja decisão, por maioria absoluta, do pleno do STF favorável à inconstitucionalidade.

Na experiência brasileira, a qual, a partir da promulgação da CRFB, tem sido palco para o ajuizamento frenético de ações populares e civis públicas envolvendo a atividade da Administração, não se descarta a possibilidade de tal ocorrência se verificar quanto a vínculos sujeitos à arbitragem.

A arbitragem vincula as partes envolvidas e, portanto, não impede que terceiros venham ajuizar tais demandas. Nem mesmo a suspensão daquela é de se verificar, mesmo ao depois da revogação do art. 25 da LA pela Lei 13.129/2015[105]. A

[103] Súmula Vinculante nº 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 02-08-2020.

[104] Isso sem contar que, no plano da atividade contenciosa da Administração, há limites à declaração de inconstitucionalidade. Prova disso o art. 26 – A do Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo-tributário, com a redação da Lei 11.941/2009, veda aos órgãos de julgamento afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo se houver nesse sentido decisão definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.

[105] O preceito tinha a redação que segue: "Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário. Parágrafo único. Resolvida a questão

sentença proferida na ação popular ou da civil pública somente influenciará nos efeitos da arbitragem, impedindo a produção dos efeitos da decisão arbitral, quando o seu objeto consistir na declaração da invalidade da própria convenção de arbitragem, por a hipótese não comportar a sua solução por essa via.

Segue-se, então, que uma decisão judicial provisória para suspensão do processo arbitral, se couber, há que decorrer de uma motivação que retrate situação excepcional, especialmente em torno da demonstração razoável da vedação à arbitragem no caso concreto.

8 - DA DECISÃO ARBITRAL E DE SEU CONTROLE.

O artigo 43º, nº 1, da LAV dispõe que, a partir da aceitação do último árbitro, a sentença arbitral haverá de ser prolatada, podendo haver sucessivas prorrogações pelo mesmo intervalo de tempo mediante acordo das partes ou por decisão do tribunal arbitral. Neste caso, é facultado às partes, de comum acordo, oporem-se à dilação (nº 2).

A consequência do não cumprimento do referido prazo – explicita o nº 3 do preceito acima – recai no término automático do processo arbitral, sem prejuízo da convenção de arbitragem manter sua eficácia, especialmente para respaldar a constituição de novo tribunal arbitral. Prevê o nº 4 a responsabilidade por danos do árbitro que, injustificadamente, obstar que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado.

Segundo o artigo 40º, nº 1, da LAV, em havendo mais de um árbitro, a decisão do tribunal arbitral é proferida pela maioria

---

prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem". Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15-07-2020. Durante a vigência da regra, o assunto foi versado, de passagem, por Adilson de Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, ano 32, p. 66) e por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, p. 123-124, 2008).

de seus membros. Caso não se mostre possível a formação de uma conclusão majoritária, a sentença será proferida pelo presidente do tribunal arbitral. Salvo disposição em contrário, caso um árbitro se recuse a tomar parte na votação da decisão, os outros deverão proferir a sentença sem ele (nº 2). A decisão, por sua vez, poderá consistir na aceitação de uma transação entre as partes, salvo se houver infringência a princípio de ordem pública (artigo 41º, nº1), devendo tal ocorrer mediante sentença, a qual, além de enunciar tal qualidade, deverá explicitar que possui os mesmos efeitos de qualquer outra decisão da espécie proferida sobre o mérito da causa (nº 2).

Quanto à forma, diz o artigo 42º, nº 1, que a sentença há que ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros, sendo bastante a assinatura da maioria dos árbitros ou do presidente, caso por este deva ser proferida. Podem os árbitros decidir o mérito da causa por uma única ou tantas sentenças parciais quando entendam necessárias (nº 2). Há que ser motivada, salvo se homologue transação ou quando as partes tiverem dispensado a motivação (nº 3). Requer-se ainda que a decisão mencione a data na qual proferida, o lugar da arbitragem (nº 4), bem como que explicite, salvo prévia convenção das partes, a repartição dos encargos resultantes do processo arbitral. Podem ainda os árbitros decidir, se assim o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem (nº 5).

Segundo o artigo 45º, nº 1 e 2, da LAV, qualquer das partes, nos trinta dias subsequentes à recepção de sua notificação, salvo convenção em contrário, pode solicitar ao tribunal arbitral: a) a retificação, no texto daquela, de erro de cálculo, material, tipográfico ou de natureza idêntica; b) o esclarecimento de obscuridade, ambiguidade ou dos seus fundamentos.

A sentença arbitral – diz o artigo 42, nº 7, da LAV -, uma

vez não sendo suscetível da interposição de recurso nem de alteração, nos termos do seu artigo 45º, ostenta o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a proferida por um tribunal estatal com trânsito em julgado, possuindo a mesma força executória[106].

No direito brasileiro, o art. 23 da LA dispõe que a sentença arbitral será proferida no intervalo estipulado pelas partes, o qual, ausente ajuste, será de seis meses, computado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Tal prazo poderá ser prorrogado, desde que assintam as partes.

A LA, diversamente de sua congênere lusitana, não dispõe sobre a extinção da arbitragem, havendo o transcurso injustificado de tal prazo.

As decisões dos árbitros, que poderão proferir sentenças parciais, adotarão a forma escrita. No caso de vários árbitros, decidir-se-á por maioria e, em caso de empate, o desenlace deste competirá ao presidente do tribunal arbitral. Ausente unanimidade, o árbitro, cujo pronunciamento restou vencido, poderá declarar o seu voto em separado.

Nos termos do art. 26 da LA, são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: a) o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; b) os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; c) o dispositivo, no qual os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e d) a data e o lugar em que foi proferida. Aquela há de ser assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros, devendo o presidente do tribunal arbitral, no caso de um ou mais árbitros não poderem ou não quererem fazê-lo, certificar tal fato.

Se, no decorrer do procedimento arbitral, as partes chegaram a um acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o colegiado

[106] O CPC português, no seu art. 705º, nº 2, dispõe que as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais são exequíveis nos mesmos termos que o são as decisões dos tribunais comuns, o que já se continha no diploma de 1961.

arbitral, a pedido daquelas, poderá declarar tal fato mediante sentença, nos termos do art. 26 da LA.

A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes sobre as custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre eventual imposição de condenação por litigância de má-fé, respeitando-se, para tanto, o disposto na convenção de arbitragem.

Proferida a sentença arbitral, com a notificação das partes, por via postal, por qualquer meio que demonstre a comprovação do recebimento, ou ainda por entrega direta às partes, mediante recibo, qualquer delas poderá solicitar, no prazo de cinco dias, exceto se outro tiver sido convencionado, correção de erro material, esclarecimento de obscuridade, dúvida, ou contradição, ou se pronunciar sobre o ponto omitido. A decisão, que deverá ser proferida em até dez dias, ou no intervalor ajustado, aditará a decisão, devendo ser notificada às partes.

O art. 31 da LA, consonante com a legislação portuguesa, diz que a sentença arbitral produz, entre as partes, bem como seus sucessores, a mesma eficácia da sentença judicial e, em sendo condenatória, constitui título executivo[107].

Sobre o controle estatal das sentenças arbitrais, no que concerne aos litígios envolvendo a Administração Pública, a matéria sofreu várias mutações, a partir da redação originária do CPTA[108], promulgada quando ainda vigente, no plano da

[107] O art. 515, VII, do CPC de 2015 prevê como títulos executivos judiciais, suscetíveis de cumprimento, a sentença arbitral.

[108] O modelo instituído originalmente pelo CPTA previa artigo 186º, o qual sofreu alteração de pormenor, pela Lei 4 - A/2003, contemplando tanto a possibilidade de pedido de anulação quanto de recurso, nos moldes da então LAV, cuja competência para a apreciação seria do Tribunal Central Administrativo. Com o advento da vigente LAV, que adotou como regra a irrecorribilidade da sentença arbitral (artigo 39º, nº 4), restou o preceito revogado. Sobre esse ponto, há anotação esclarecedora de Pedro Costa Gonçalves Administração Pública e arbitragem – especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. *In*: *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, p. 794, 2013. Org.: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel m. Cardoso).

arbitragem, a LAV de 1986.

O tema passou a ser disciplinado pelo art. 185 - A do CPTA, cuja adição ocorreu mediante o Decreto-lei 214 - G/2015. O seu texto dispunha que as decisões dos tribunais arbitrais apenas poderiam ser impugnadas na forma e com fundamento na LAV, excluindo a possibilidade de interposição de recurso.

A partir da Lei 118/2019, conferiu-se ao preceito mencionado nova redação, a qual dispõe que tal controle não mais se encontra restrito à impugnação. Restaurou-se a dualidade antes presente ao momento da promulgação da atual LAV, voltando-se a prever a interposição de recurso.

Sendo assim, as decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos para tanto estabelecidos pela LAV, a qual disciplina o assunto no seu artigo 46º[109].

[109] Sobre as hipóteses nas quais se afigura cabível a formulação do pedido, eis a sua previsão legislativa: "Artigo 46º Pedido de anulação (...) 3 - A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) A parte que faz o pedido demonstrar que: i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou ii) Houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio; ou iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; ou iv) A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio; ou v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos nos n.os 1 e 3 do artigo 42.º; ou vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43.º ; ou b) O tribunal verificar que: i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português; ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português. Texto disponível em: www.dre.pt. Acesso em: 17-07-2020.

O pedido de anulação, que há de ser formulado perante o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso do reconhecimento de sentença arbitral proferida no estrangeiro, o do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença (artigo 59º, nº 2, LAV), há que ser formulado no prazo de sessenta dias, contado da data na qual a parte recebeu a notificação da sentença, ou, em tendo havido requerimento de esclarecimento, da data em que notificado da decisão deste (artigo 46º, nº 6. LAV).

O Tribunal Central Administrativo, quando concluir pela invalidação da sentença arbitral, não poderá apreciar o mérito do litígio, devendo tais questões, se alguma das partes assim o pretender, serem submetida a outro tribunal arbitral e, nesta hipótese, a convenção de arbitragem torna a produzir a sua eficácia, salvo se as partes tiverem acordado diversamente (artigo 46º, nº 9 e 10, LAV).

Independente do pleito de anulação, a decisão arbitral, quanto ao seu mérito, é suscetível de recurso, com eficácia meramente devolutiva, para o Supremo Tribunal Administrativo, quando: a) esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo; b) 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 150º.[110] Assim dispõe o artigo 185 - A, nº 3, do CPTA.

Ainda no modelo português, o artigo 476º, nº 5, do CCP, nas discussões contratuais de valor que supere quinhentos mil euros, é cabível da decisão arbitral a interposição de recurso para o Tribunal Central Administrativo competente.

Na sistemática adotada pelo direito brasileiro, não se

[110] O artigo 150º do CPA enumera as situações onde se revela admissível a interposição de recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo.

contempla a interposição de recurso da sentença arbitral, apenas se cogitando da impugnação de sua validade. Assim, faculta-se à parte interessada pleitear a declaração de nulidade da sentença arbitral, que se processará mediante o procedimento comum do CPC de 1973, no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença, ou da decisão que tiver resolvido o pedido de esclarecimento.

Tal se evidencia possível nas hipóteses previstas no art. 32 da LA, mais precisamente quando: a) for nula a convenção de arbitragem; b) tiver a sentença arbitral emanado de que não podia ser árbitro; c) a sentença arbitral tiver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; d) restar demonstrado que a decisão foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; e) for proferida fora do prazo, contanto que a parte tenha notificado o árbitro ou presidente do tribunal arbitral, para o fim de ser concedido o prazo de dez dias para esse fim; f) se verificar o desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento[111].

Julgado procedente o pedido, declarar-se-á a nulidade da sentença, determinando-se, se for o caso, que o árbitro ou tribunal arbitral profira novo julgamento.

Mas não é só. Em havendo a sentença arbitral condenado ao pagamento de quantia certa, tem-se possível que a sua invalidade seja reconhecida por ocasião do cumprimento, na forma de impugnação nos termos do art. 525 e seguintes do CPC vigente. Assim explicita o art. 33, §3º, da LA[112].

---

[111] A respeito da ação anulatória, interessante o ponto de vista de Guilherme Dias Reisdorfer (A estrutura e a flexibilidade do procedimento arbitral. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 324-325), advertindo que, no exame dos casos previstos no art. 32 da LA, o Judiciário não deverá observar o mesmo rigor quanto aos processos estatais. Cabe-lhe examinar a invalidade do procedimento *cun grano salis*, de maneira a verificar a relevância do papel das partes e de sua participação na realização das garantias processuais. Assim, tal controle há que ser norteado pelos princípios da boa-fé, lealdade e probidade.

[112] Numa exposição anterior ao CPC de 2015, mas adaptável à atualidade pela

9 - PALAVRAS FINAIS.

À derradeira, cabe-nos dizer que a abordagem se limitou aos aspectos gerais, evitando-se uma análise assaz minudente dos variados questionamentos que o assunto enseja, até porque não se comportariam no âmbito visado pelo texto. Remanescem para outros instantes, onde uma abordagem específica será mais apropriada.

Com o escrito foi possível evidenciar que tanto o direito português quanto o brasileiro, nas últimas décadas, avançaram no emprego da arbitragem como mecanismo para resolver desinteligências nas quais uma das partes interessadas seja a Administração Pública.

Contudo, a experiência lusitana, de desenvolvimento com uma ligeira precedência, revela-se mais ousada. Foi além do cenário que já envolvia o instituto, avançando, sob olhar não somente atento e intenso, mas crítico do legislador, na direção de ultrapassar resistências cuja justificativa mais se aproxima da rigidez do preconceito do que da força da razão científica.

Assim, tornou-se possível o alargamento tanto das situações de incidência do julgamento arbitral quanto, de forma alvissareira, da medida do seu descortino.

substituição dos embargos à execução pela impugnação ao cumprimento de sentença, Felipe Scripes Wladeck (Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na Lei N. 9.307/96. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279), embora saliente a existência de controvérsia, defende o cabimento da utilização autônoma tanto da ação anulatória quando da impugnação ao cumprimento, deixando claro, porém, que a sentença proferida na primeira impede a discussão da mesma causa de pedir na segunda.

AUTORES E OBRAS CITADAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos tribunais administrativos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

BRANCO, Ricardo. Arbitragem e direito público. *In*: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume X, 2017.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10ª ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1990. Tomo II.

CARVALHO, Margarida Marques. Da arbitragem tributária e dos motivos que a conduziram à sua introdução no ordenamento jurídico português. *In*: *Arbitragem: da experiência portuguesa ao futuro*. Coimbra: Almedina, 2018. Coord.: COSTA, Ricardo.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 36, fevereiro de 1993.

GONÇALVES, Pedro Costa. Administração Pública e arbitragem – especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. *In*: *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013. Org.: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel m. Cardoso.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, julho/setembro de 2003.

LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. *Revista de Direito Administrativo*, volume 209, julho/setembro de 1997.

MARTINS, Licínio Lopes. Âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto. *Justiça Administrativa*, número 106, julho/agosto de 2014.

MONCADA, Luis Cabral de. A arbitragem no direito administrativo; uma justiça alternativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010 – Especial.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, julho/setembro de 1997.

MORREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, volume 236, abril/junho de 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXV, nº 3, p. 299, março de 2009.

PEDRO, Ricardo. Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009.

_____ Arbitragem de direito público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)*. Lisboa: AAFDL, 2009.

_____ Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial,*

de direito público). Lisboa: AAFDL, 2009.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. *In*: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Rui Manuel Moura. O novo direito português da arbitragem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 90/2, 2014.

QUADROS, Fausto de. Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, volume VII, 2014.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, outubro/dezembro de 1997.

VIEIRA, Pedro Siza. A arbitrabilidade de direito público em Portugal: um ponto de situação. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 7, 2014.