

A arbitragem no direito administrativo: perspectivas atuais e futuras através de um estudo comparativo e temático entre Brasil e Portugal

Daniel Brantes Ferreira

Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Editor-Chefe da *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Pesquisador do *The Baldy Center for Law & Social Policy* (University at Buffalo Law School). Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Advogado, Árbitro e Professor de Direito. *E-mail*: daniel.brantes@gmail.com.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-Doutor pela *Fordham University School of Law* (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho Editorial Interno da *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, Árbitro e Consultor Jurídico. Sócio-Fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br.

Resumo: O presente escrito possui como objetivo geral realizar uma análise de direito comparado, de temas selecionados, da arbitragem e sua utilização corrente pela administração pública em Brasil e Portugal. Tendo isso em vista, foi abordado o histórico da arbitragem no Brasil em um primeiro momento para prosseguirmos com uma análise comparativa e atual de alguns institutos da forma alternativa de solução de conflitos, tais como: arbitrabilidade objetiva, duplo grau, ação anulatória de sentença arbitral, execução da decisão arbitral, impugnação em execução, dever de publicidade e utilização da arbitragem institucional. Por fim, são estabelecidos pontos de encontro e distinção entre as jurisdições.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito administrativo. Direito comparado. Brasil. Portugal.

Abstract: The purpose of this paper is to conduct a comparative legal analysis of selected topics of arbitration and its current use by the public administration in Brazil and Portugal. Thus, we begin narrating the history of arbitration in Brazil in order to proceed with a comparative analysis of some institutes of this alternative method of conflict resolution such as: Arbitrability, Arbitral Award Review, Annulment of Arbitration Awards, Enforcement of Arbitral Award, Challenges in Execution, the duty of publicity and the use of institutional arbitration. Finally, common ground and distinctions are established between both jurisdictions.

Keywords: Arbitration. Administrative law. Comparative legal analysis. Brazil. Portugal.

Sumário: **1** Introdução – **2** Histórico da arbitragem no Brasil: origem portuguesa e ponto de encontro – **3** Arbitrabilidade objetiva e direito aplicável na administração pública no Brasil e em Portugal – **4** Duplo grau, ação anulatória de sentença arbitral, execução da decisão arbitral e impugnação em execução – **5** Dever de publicidade – **6** Arbitragem institucional – **7** Nota conclusiva – Referências

1 Introdução

O presente artigo possui como objetivo geral realizar uma análise de direito comparado, de temas selecionados, da arbitragem e sua utilização corrente pela administração pública no Brasil e em Portugal.

Com isso, foram traçados dois objetivos específicos: (i) traçar pontos de encontro e de distinção entre a aplicação do instituto nos dois países através da análise da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, da legislação vigente; e (ii) analisar o momento legislativo sobre a temática nos países selecionados para o estabelecimento de notas conclusivas prescritivas.

Foi utilizada metodologia descritiva e prescritiva, ou seja, descrevemos a utilização do instituto em Brasil e Portugal e discorreremos comparativamente sobre temáticas selecionadas para que, a partir daí, fossem estabelecidas conclusões. O recorte metodológico, por sua vez, é temático (arbitragem na administração pública no direito comparado), cronológico (o foco é no momento legiferante e jurisprudencial atual dos dois países) e, por obviedade, geográfico (Brasil e Portugal).

Tivemos como marco teórico a legislação corrente dos dois países, bem como a proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados.

Por fim, cabe a menção de que foram utilizadas apenas fontes de consulta primárias.

2 Histórico da arbitragem no Brasil: origem portuguesa e ponto de encontro

A utilização da arbitragem no Brasil é de origem portuguesa. O sistema jurídico medieval português reconhecia a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos e encontrava previsão nas Ordenações Affonsinas, pelas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas (esta última foi o principal diploma legal relativo de direito comercial no Brasil até a promulgação do Código Comercial de 1850).¹

¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 29. Ordenações Affonsinas – livro 3º, título 118; Ordenações Manuelinas – título 81; Ordenações Filipinas – título 18.

A Constituição de 1824 trouxe em seu bojo autorização expressa para adoção da arbitragem em seu art. 160: “Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

O instituto não foi previsto na Constituição de 1891, voltando a lume em 1934, dando competência à União para legislar sobre arbitragem comercial em seu art. 5º, inciso XIX, alínea “c”. Também não houve previsão nas Constituições de 1937, 1946 e 1967. O instituto voltou apenas a ter previsão constitucional em nossa atual Carta Magna de 1988. A CF de 1988 já homenageia o instituto em seu preâmbulo ao tratar expressamente da *solução pacífica das controvérsias*, ou seja, torna a solução pacífica das controvérsias princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Na legislação esparsa, a arbitragem encontrou previsão no Código Comercial de 1850, que, de acordo com Joaquim Muniz, previa arbitragem compulsória para dirimir determinadas disputas, tais como aquelas entre sócios de sociedades comerciais. O procedimento tanto para arbitragens compulsórias quanto para voluntárias era regido pelo Regulamento nº 737/1850.² A Lei nº 1.350 de 1866 revogou as regras sobre arbitragem compulsória e, conjuntamente com o Decreto nº 3.900 de 1867, implementou nova regulamentação sobre arbitragem voluntária, introduzindo a obrigatoriedade do *compromisso arbitral*.

Os códigos de processo civil de 1939 (art. 1.031 e seguintes) e 1973 (arts. 86, 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 520, inciso VI) também regeram o procedimento arbitral.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), conferiu novo impulso à arbitragem no Brasil, inclusive com o surgimento das principais câmaras arbitrais. A referida legislação sofreu importante alteração com a promulgação da Lei nº 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), que ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, com a previsão expressa da sua utilização pela administração pública direta e indireta, na forma prevista no §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem, que estabelece: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.³

Tal previsão foi bem recebida pela administração pública e já começam a surgir as primeiras normas legais e regulamentares nos estados e municípios, tais como a Lei Estadual nº 19.477/2011 (Lei de Arbitragem do Estado de Minas

² *Id. Ibid.* p. 29.

³ No Brasil, a administração pública direta é formada pelos entes da Federação (União, estados, Distrito Federal e municípios), e a administração pública indireta engloba as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Gerais); o Decreto Federal nº 8.465/2015, que regulamentou a arbitragem no setor portuário; e o Decreto Estadual nº 46.245/2018, que regulamentou a arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do Rio de Janeiro.

Além dos sobreditos diplomas normativos, cabe mencionar outros mais recentes, como, por exemplo: Decreto Estadual nº 64.356/2019, que dispõe sobre a utilização da arbitragem para resolução de conflitos em que a administração pública direta e suas autarquias sejam parte no estado de São Paulo;⁴ a Lei Federal nº 13.867/2019, que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/1941 para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública; e o Decreto Federal nº 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, com a revogação do citado Decreto nº 8.465/2015.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 também traz previsão expressa da arbitragem em seus arts. 3º e 42, que ratificaram a constitucionalidade da jurisdição arbitral ao deixar claro que a arbitragem é uma espécie do gênero jurisdição. Vale destacar que, apesar de a Lei de Arbitragem possuir seu termo inicial em 1996, somente em 2001, em homologação de sentença estrangeira (SE nº 5.206, de dezembro de 2001), o Supremo Tribunal Federal considerou a lei constitucional e, portanto, a escolha pela via arbitral como não sendo violação do monopólio da jurisdição estatal e, nesses termos, desde que tratando o procedimento arbitral sobre direitos patrimoniais disponíveis, a jurisdição arbitral seria possível sem violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, que prevê o princípio da inafastabilidade de jurisdição ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A partir desse momento, a confiança na via arbitral para solução de conflitos cresceu, e a área ganhou destaque, principalmente na última década.

Como pudemos perceber, o direito português inspirou historicamente o direito brasileiro na utilização da arbitragem como forma de solução de conflito. Nas linhas que seguem, conseguiremos observar que os dois países se encontram em momento legislativo similar com relação à arbitragem pouco mais de 400 anos depois do início da vigência das Ordenações Filipinas de 1603. No entanto, a influência mútua e o estudo de direito comparado podem ser úteis principalmente para que equívocos similares não sejam cometidos nas duas jurisdições. O Brasil, a nosso ver, encontra-se em leve vantagem legislativa e cronológica com

⁴ No município de São Paulo, cabe mencionar, pelo pioneirismo, a Lei Municipal nº 16.873/2018, que reconhece e regulamenta a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas (*dispute boards*) em contratos administrativos continuados celebrados pelo município.

relação à utilização da arbitragem pela administração pública após a promulgação do Decreto Federal nº 10.025/2019.

3 Arbitrabilidade objetiva e direito aplicável na administração pública no Brasil e em Portugal

A Lei de Arbitragem Brasileira (Lei nº 9.307/1996) dispõe em seu art. 1º, §1º, que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Em suma, são patrimoniais direitos de valor econômico e são disponíveis direitos que podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação.

A Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária (LAV) – Lei n.º 63/2011 –, em seu art. 1.º, n.º 5, enuncia “que [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”.

Em suma, entende-se pela análise comparada dos dispositivos sob comento que, no Brasil, a arbitragem somente poderá ser utilizada pela administração pública quando se tratar, nos termos da Lei de Arbitragem Brasileira, de direitos patrimoniais disponíveis. Já em Portugal, nos termos do mencionado dispositivo da LAV, se houver autorização legal, tal restrição para a utilização da arbitragem poderá ser superada.

No Brasil, a arbitragem em contratos privados da administração pública (ex.: contratos celebrados por empresas estatais, contratos de locação em que a administração é locatária) sempre contou, mesmo antes da reforma da Lei de Arbitragem e do decreto mencionados, com maior aceitação da doutrina e da jurisprudência, especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes, na forma do art. 62, §3º, I, da Lei nº 8.666/1993.

No campo dos contratos administrativos, submetidos preponderantemente ao direito público, a arbitragem já contava com previsão em diplomas legais específicos (ex.: art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 5.662/1971; art. 5º e art. 23-A da Lei nº 8.987/1995; art. 93, XV, da Lei nº 9.472/1997; art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997; art. 35, XVI, da Lei nº 10.233/2001; art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004).

A ausência de lei, com a previsão de utilização ampla da arbitragem em todos os contratos administrativos, não era fator impeditivo para sua efetivação, uma vez que o art. 54 da Lei nº 8.666/1993 determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos administrativos.

É inerente ao contrato administrativo a possibilidade de sua extinção antes do advento do termo final, por razões de interesse público, por inadimplemento das partes ou por outras razões previstas em lei, sendo razoável admitir que o poder público, apoiado no princípio da eficiência administrativa e no princípio da boa administração, estabeleça cláusula arbitral para solução eficiente (técnica e célere) das controvérsias contratuais.

Registre-se, também, que o art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993, ao exigir a estipulação de “cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”, não impede a pactuação da arbitragem.⁵ Em verdade, a referida norma não exige que todas as controvérsias sejam dirimidas pelo Judiciário, mas apenas prevê a cláusula de eleição de foro, mesmo porque a arbitragem não afasta, de forma absoluta, a via jurisdicional (ex.: arts. 6º, parágrafo único; 11, parágrafo único; 13, §2º; 20, §§1º e 2º; 22-A, 22-C, 33). Em suma: a cláusula de eleição de foro não é incompatível com a cláusula arbitral.⁶

Em suma, a alteração da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, que permitiu, de forma categórica, a arbitragem na administração pública, conferiu segurança jurídica à questão.

A dúvida, no entanto, reside na definição da expressão *direitos patrimoniais disponíveis*. Em nossa opinião, trata-se de assunto inerente às contratações administrativas, uma vez que o contrato é o instrumento que encerra a disposição, pela administração, da melhor forma de atender o interesse público.⁷

Portugal vive, nesse momento, em matéria legislativa, o que o Brasil viveu com a alteração da Lei de Arbitragem em 2015 e com a promulgação dos diplomas normativos nos diversos níveis federativos. Ou seja, a Lei de Arbitragem

⁵ A exigência contida art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993 é afastada nos seguintes casos: a) licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; b) contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo; e c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art. 32, §6º c/c o art. 55, §2º, ambos da Lei nº 8.666/1993).

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *RDA*, n. 248, maio/ago. 2008, p. 123; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48-49; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 245.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 99-121. Nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, o art. 31, §4º, da Lei nº 13.448/2017, que dispõe sobre a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, considera como integrantes do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” as seguintes questões: a) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e c) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. No estado do Rio de Janeiro, por sua vez, o art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 46.245/2018 insere nos conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.

Voluntária (LAV) permite a arbitragem no âmbito da administração pública; no entanto, não se preocupa com as especificidades da área e trata do tema apenas de forma geral. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em seu artigo 180.^o, n.^o 1 e em suas alíneas, dispõe:

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.

O art. 1.^o, n.^o 5, da Lei n.^o 63 de 2011 (LAV) permite expressamente a celebração de convenção arbitral “pelo Estado e outras pessoas colectivas de direito público se autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”, dispositivo legal com conteúdo muito similar (com exceção do fato de a lei poder autorizar a arbitragem em matérias que superam os direitos patrimoniais disponíveis somente em relação à administração pública) ao do art. 1.^o, §1.^o, da Lei de Arbitragem Brasileira, inserido através da reforma da Lei de Arbitragem ocorrida em 2015. No entanto, o CPTA insere questões no âmbito da arbitrabilidade objetiva da administração pública portuguesa que não são possíveis, *a priori*, no Brasil, tais como: (i) a arbitragem para julgar a validade de atos administrativos e (ii) questões de relações jurídicas de emprego público. No Brasil, com a reforma da legislação trabalhista por meio da Lei n.^o 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o ordenamento jurídico passou a contemplar a arbitrabilidade de conflitos trabalhistas individuais privados, nos termos do art. 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Já o controle do ato administrativo só é realizado pela própria administração pública, pelo Poder Legislativo ou pela via judicial.⁸

A proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo grupo de trabalho constituído pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos

⁸ Sobre o controle dos atos da administração pública, vide: OLIVERA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 833-934.

Advogados, coordenada pelo professor Tiago Serrão, vem para preencher lacuna sobre a arbitrabilidade na administração pública portuguesa, uma vez que seu artigo 1.º, n.º 1 (que trata da arbitrabilidade especificamente), traz clareza ao tema. Vejamos:

1- Pode ser constituído tribunal arbitral para julgamento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas que tenham por objeto:

- a) Questões respeitantes à validade de atos administrativos e normas, nos casos expressamente previstos em lei;
- b) Questões respeitantes a contratos, incluindo a validade de atos administrativos relativos à respetiva execução;
- c) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual por ato da função administrativa, incluindo a efetivação do direito de regresso e o arbitramento de indemnizações ou compensações devidas nos termos da lei;
- d) Questões respeitantes à validade de atos administrativos e normas relativos à formação de contratos;
- e) Questões respeitantes à formação e ao regime substantivo de vínculos emergentes de relações jurídicas de emprego público, exceto quando resultem de acidente de trabalho, doença profissional ou envolvam outros interesses de natureza pessoal;
- f) Questões respeitantes a relações jurídicas relacionadas com formas públicas ou privadas de proteção social.

Pelo enunciado n.º 2 do mesmo artigo, a proposta esclarece que “os *árbitros* não podem pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade das atuações administrativas”, o que inviabilizaria o exame do mérito da ação administrativa pelo árbitro, cuja atuação ficaria adstrita à verificação da legalidade e da constitucionalidade dos atos submetidos ao seu controle, na linha da previsão contida no artigo 180.º, n.º 1, alíneas “a” e “c” do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

De acordo com o artigo 39.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011 (Lei de Arbitragem Voluntária), o árbitro poderá julgar por equidade se convencionado pelas partes, inclusive nas arbitragens que envolvam o Estado. Tal hipótese é vedada pela Lei de Arbitragem Brasileira, que enuncia em seu art. 2º, §3º, que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.⁹

⁹ De forma semelhante, o Decreto Federal nº 10.025/2019 dispõe: “Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito; (...) §2º Fica vedada a arbitragem por equidade”.

A proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados segue a tendência de vedação da aplicação da equidade para a arbitragem na administração pública ao enunciar em seu art. 11.⁹ que “os *árbitros* decidem de acordo com o direito constituído português”. A proposta parece salutar, especialmente quando tratamos de direitos patrimoniais disponíveis de interesse público.

Em suma, o objeto da arbitragem na administração pública na legislação portuguesa é mais amplo do que na legislação brasileira. No Brasil, a arbitragem relacionada à administração pública não pode ser por equidade, não pode envolver, normalmente, a revisão de atos administrativos por arbitragem e não pode ser utilizada para questões relativas aos servidores públicos.

4 Duplo grau, ação anulatória de sentença arbitral, execução da decisão arbitral e impugnação em execução

O art. 26, III, da Lei de Arbitragem Brasileira enuncia que o árbitro estipulará prazo para cumprimento da sentença. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, concede prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento da condenação, sem encargos nos termos do art. 523. O entendimento que prevalece é de que tais prazos devem conviver em harmonia.¹⁰ A sentença arbitral, segundo a legislação brasileira, é considerada título executivo judicial nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem.¹¹

A sentença arbitral é irrecorrível e não depende de homologação judicial, assim como o árbitro é juiz de fato e de direito, na forma do art. 18 da Lei de Arbitragem Brasileira. Isso significa que o Judiciário somente poderá analisar a sentença arbitral ou qualquer hipótese de invalidade de fase do procedimento arbitral apenas após a prolação da mesma pelo árbitro¹² e em sede de ação anulatória ou em impugnação de processo executório. Aliás, a partir do consagrado princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, o árbitro é competente para avaliar a sua própria competência como julgador. Tal princípio, previsto no art. 8⁹, parágrafo único, da Lei de Arbitragem já foi referendado em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça

¹⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 377.

¹¹ Lei de Arbitragem: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

¹² Ressalte-se a possibilidade de cooperação do árbitro com o juiz togado na fase pré-arbitral através de tutelas provisórias e medidas de urgência (nos termos dos artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem Brasileira) e na fase arbitral através da utilização da carta arbitral (nos termos do artigo 22-C da Lei de Arbitragem Brasileira) para, por exemplo, condução coercitiva de testemunhas.

Brasileiro (STJ).¹³ Tal princípio é consagrado na Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAV) em seu art. 18.º, n.º 1.

A Lei de Arbitragem Brasileira consagra a possibilidade de ação anulatória, que deve ser proposta em até 90 dias (prazo decadencial) após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos (artigo 33, §1º). São estas as oito hipóteses que podem ensejar ação anulatória de sentença arbitral: (i) for nula a convenção de arbitragem; (ii) emanou de quem não podia ser árbitro; (iii) não contiver os requisitos do art. 26 desta lei (requisitos obrigatórios da sentença arbitral); (iv) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (vi) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vii) proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta lei; e (viii) forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, §2º, desta lei (princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento).

A lei portuguesa trata de hipóteses similares no art. 46.º da LAV, que, assim como a ação anulatória de sentença arbitral no Brasil, deve ser encaminhada para o tribunal estadual competente, que, em Portugal, segundo o artigo 59.º, n.º 1, alínea “g”, e n.º 2, da LAV, é o Tribunal Central Administrativo, em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem. A parte deverá demonstrar na ação anulatória um dos requisitos do artigo 46.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa; senão vejamos nos termos postos por Tiago Serrão:¹⁴ a) da LAV, que se prendem, nomeadamente, com (i) a invalidade da convenção de arbitragem; (ii) a violação de um dos princípios fundamentais elencados no artigo 30.º, n.º 1 (contraditório, direito de defesa e igualdade das partes), com influência decisiva na resolução do litígio; (iii) o excesso de pronúncia; (iv) a formação do tribunal

¹³ Sobre o tema, vide os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) “A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral.” (CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe. 03/04/2014); e (ii) “2. O princípio *Kompetenz-Kompetenz*, positivado no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº. 9.307/96, determina que a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal. 3. Incumbe, assim, ao juízo arbitral a decisão acerca de todas questões nascidas do contrato, inclusive a própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. 4. A hipossuficiência reconhecida na origem não é causa suficiente para caracterização das hipóteses de exceção à cláusula *Kompetenz-Kompetenz* (REsp nº 1.598.220/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 01.07.2019).

¹⁴ SERRÃO, Tiago *et al.* A arbitragem de direito administrativo, em Portugal: uma visão panorâmica. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 249-266.

arbitral desconforme com a convenção das partes ou com a lei, e desde que este vício tenha tido influência decisiva na resolução do litígio; e, ainda, com (v) vícios de forma da sentença.

O prazo decadencial para a propositura da ação anulatória, no entanto, é de apenas 60 dias, contados a partir da notificação da sentença ou a partir da data da resposta ao pedido de esclarecimentos nos termos do artigo 46.º, n.º 6, da LAV.

Ressalta-se que, no Brasil, assim como em Portugal, nos termos do artigo 46.º, n.º 3, da LAV, em caso de impugnação de execução, também podem ser ventiladas as hipóteses de anulação da sentença arbitral nos termos do art. 33, §3º, da Lei de Arbitragem – “§3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”. No entanto, o prazo de 90 (noventa) dias do art. 33, §1º, da Lei de Arbitragem deverá ser respeitado, sob pena de decadência. Portanto, para a ação de invalidação da sentença arbitral, independentemente da via utilizada, seja ação anulatória (ação autônoma), seja impugnação ao cumprimento de sentença, o prazo será de 90 dias.

Cabe mencionar que o Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008) português sofreu importante alteração em 2017 com a adição do art. 476.º, que trata especificamente da Resolução Alternativa de Litígios nos pré-contratos e contratos públicos. O que salta aos olhos é o enunciado n.º 5 do dispositivo, sob comento que permite o recurso, mas apenas para litígios de valor superior a 500 mil euros. Vejamos: “1 - O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido, nos termos da lei, para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código. (...) 5 - Nos litígios de valor superior a (euro) 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”. Como já abordado, no direito brasileiro, o recurso não é previsto em lei em nenhuma hipótese, a não ser em caso de convenção das partes. Como ressalta Tiago Serrão, tal previsão recursal encontra-se eivada de inconstitucionalidade, uma vez que desrespeita a isonomia e, além disso, torna questionável a celeridade do procedimento arbitral (uma de suas principais vantagens). Vejamos nos termos postos pelo autor:

De um prisma constitucional, e sem prejuízo de outras questões que podiam ser levantadas, não pode deixar de ser tido em conta o facto de, conforme resulta do exposto, não se encontrar assegurado, no CCP revisto, o direito ao recurso para um tribunal estadual sempre que a arbitragem, enquanto modo de resolução de litígios, é imposta por decisão da entidade adjudicante. Esse direito ao recurso só

existe em litígios de valor superior a € 500. 000. À luz do entendimento do Tribunal Constitucional sobre a matéria, que contou com suporte doutrinal anterior à emanção dos arestos com maior relevância sobre o tema, tratando-se de arbitragem necessária, não pode o respetivo regime deixar de consagrar o referido direito ao recurso (de mérito), sob pena de violação do direito de acesso aos tribunais, com assento no artigo 20.º, n.º 1 da CRP, e do princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 268.º, n.º 4, também da CRP. Ora, como se referiu, no CCP revisto, essa recorribilidade só se encontra assegurada por relação a determinadas decisões – as que forem proferidas em litígios de valor superior a € 500 000 –, o que coloca a solução normativa em apreciação em terrenos de elevada sensibilidade constitucional: a arbitragem é imposta pelas entidades adjudicantes, na medida em que, sem a aceitação desse modelo, é vedada a correspondente participação procedimental, mas, ainda assim, nos casos descritos, não se encontra legalmente assegurado o direito ao recurso, ou seja, há um largo conjunto de casos em que as decisões arbitrais assumem natureza definitiva – solução que não se encontra em linha com o posicionamento do Tribunal Constitucional sobre o tema.¹⁵

O árbitro, no Brasil e em Portugal, não exerce a função executória, ou seja, não possui competência para execução coercitiva de medidas urgentes e da própria sentença arbitral. Para isso, as partes ou os árbitros, através de carta arbitral, devem solicitar ao Poder Judiciário a adoção das medidas em comento, fazendo uso da cooperação entre árbitro e juiz togado. O artigo 27.º da LAV trata especificamente do reconhecimento ou execução coerciva de providências cautelares, e o artigo 47.º do mesmo diploma, da execução da sentença arbitral. No Brasil, a Lei de Arbitragem trata das medidas cautelares e de urgência em seus arts. 22-A e 22-B, que, assim como o art. 22-C, relativo à carta arbitral, foram inseridos pela reforma de 2015 e se tornaram instrumentos importantes para a efetividade do procedimento arbitral e para esclarecer pontos, antes controvertidos, sobre a cooperação entre árbitro e Judiciário. A execução de sentença arbitral no Brasil deve observar os arts. 513 e seguintes do Código de Processo Civil e deverá respeitar os arts. 534 e 535 do mesmo diploma legal quando a condenação envolver a administração pública.¹⁶

¹⁵ SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CCP revisto. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. 1. reimp. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. p. 988-990.

¹⁶ Código de Processo Civil: “Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: (...) Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...)”.

O art. 15 do Decreto Federal nº 10.025/2019 aborda especificamente a sentença arbitral e seu cumprimento por parte da administração pública federal brasileira, estabelecendo, assim como os mencionados decretos estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo, que o cumprimento da sentença obedecerá ao regime de precatórios. O §2º do art. 15 do referido decreto federal, em respeito à autonomia da vontade das partes, admite a fixação de outros meios de cumprimento da sentença arbitral, além do regime de precatórios, tais como mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, compensação de haveres e deveres de natureza não tributária e atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.¹⁷

Ressalte-se que a arbitragem tributária ainda não é permitida no Brasil. Mencione-se, contudo, a existência do recente Projeto de Lei nº 4.257/2019, do senador Antonio Anastasia, em tramitação, que pretende modificar a Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.¹⁸

Em Portugal, por sua vez, o tema já foi superado com o Decreto-Lei n.º 10/2011, que regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária. A arbitragem em matéria tributária em Portugal será sempre de direito nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do aludido decreto.

¹⁷ Decreto Federal nº 10.025/2019: “Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. §1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente. §2º O disposto no *caput* não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira”. Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo: “Art. 9º. As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária à Administração Pública direta e suas autarquias serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais”. Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 15. Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República”.

¹⁸ O PL nº 4.257/2019 pretende inserir o art. 16-A na Lei nº 6.830/1980 com a seguinte redação: “Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação”.

5 Dever de publicidade

De acordo com o art. 1º, §3º, da Lei de Arbitragem Brasileira, a arbitragem envolvendo a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio constitucional da publicidade, consagrado no art. 37 da Constituição Brasileira. A publicidade guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da Constituição Federal Brasileira) e possibilita o exercício do controle social sobre os atos públicos.

Segundo Gustavo da Rocha Schmidt, em sua obra referência sobre o tema no Brasil, o art. 37 da Constituição Federal Brasileira determina a aplicação do princípio da publicidade à administração pública, que deverá promover a divulgação dos atos relacionados à arbitragem. A instituição privada especializada, que administrará o procedimento arbitral, seria mera prestadora de serviço e, por consequência, na qualidade de contratada, não teria nenhuma obrigação de dar publicidade aos atos do procedimento arbitral através de publicação em Diário Oficial.¹⁹

A publicidade, em nosso sentir, não inviabiliza a utilização da arbitragem nas contratações públicas.²⁰

Em primeiro lugar, a confidencialidade, ainda que seja comum nas arbitragens, não constitui característica obrigatória e impositiva do procedimento arbitral.

A própria utilização da arbitragem depende do prévio consenso das partes que podem preferir a via arbitral ainda que haja a publicidade do procedimento, o que aconteceria, de qualquer forma, na via judicial. Nesse caso, as decisões, o julgamento e os demais atos praticados devem ser públicos e transparentes.

Em segundo lugar, o princípio constitucional da publicidade não impede o sigilo de documentos ou procedimentos em casos excepcionais. É o que ocorre, por exemplo, nos próprios processos judiciais, submetidos ao segredo de Justiça, bem como em relação aos documentos respaldados pelo sigilo e/ou reserva de jurisdição.

Registre-se, neste ponto, que a Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI) – permite o sigilo em duas hipóteses: (i) informações classificadas como sigilosas, consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (art. 23); e (ii) informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 31).

Em consequência, a publicidade na arbitragem envolvendo a administração pública no Brasil não afasta a confidencialidade e o sigilo de atos e documentos

¹⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 59.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 280.

que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado ou que envolvam informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Cabe mencionar que o art. 3º, inciso IV, do Decreto Federal nº 10.025/2019 dispõe que as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira. Redações semelhantes são encontradas nos decretos estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo, que indicam, ainda, a respectiva Procuradoria-Geral do Estado como órgão responsável pela disponibilização dos atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado.²¹

Em Portugal, o art. 30.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) trata especificamente da publicidade das decisões arbitrais. De acordo com o referido dispositivo normativo, o processo administrativo é público, assim como as sentenças são públicas, e devem ser objeto de publicação obrigatória virtualmente em base de dados de jurisprudência. A publicação da decisão deve informar o tribunal que proferiu a decisão, identificar os árbitros, informar a data da decisão e indicar a motivação e a fundamentação da decisão.

É possível perceber que, em Portugal, o dever de publicidade é específico com relação à sentença arbitral que envolve a administração pública. No Brasil, tal publicidade é mais ampla, como vimos nos decretos dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, que exigem a publicidade das petições, dos laudos periciais e das decisões dos árbitros de qualquer natureza. Acreditamos que tal tendência será seguida em outros entes federados no Brasil.

²¹ Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo: “Art. 12. Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. §1º. Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congêneres e decisões dos árbitros. §2º. A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores. §3º. As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral”. Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 13. Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. §1º. Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza. §2º. A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado. §3º. A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral. §4º. O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes. §5º. A instituição de arbitragem, quando consultada, poderá informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido”.

De lege ferenda, cabe mencionar o artigo 13.º da proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo grupo de trabalho constituído pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, que avança, positivamente, no tratamento da publicidade, com a fixação do prazo de cinco dias para a publicação da decisão arbitral, a contar do depósito do tribunal arbitral junto do Ministério da Justiça, com a exigência de publicidade das provas produzidas em audiência, tanto na arbitragem institucional quanto na *ad hoc*, com a preservação dos ficheiros de gravação de provas produzidas.²²

6 Arbitragem institucional

A Lei de Arbitragem, alterada pela Lei nº 13.129/2015, não tratou sobre a necessidade de instituição de arbitragem *ad hoc* ou institucional, o que, em princípio, confere discricionariedade ao administrador público para escolha por um desses caminhos em cada caso concreto.

Não obstante a discricionariedade administrativa na definição do tema, entendemos que o ideal seria a utilização da arbitragem institucional, com a escolha de câmara de arbitragem já existente, com experiência reconhecida pela comunidade jurídica, o que garante, em tese, maior segurança jurídica às partes. Além disso, a câmara de arbitragem tem a vantagem de contar com regulamento próprio e prestar serviços de secretaria às partes, com a elaboração de documentos, recebimentos das manifestações, realização de audiências e outros atos que serão praticados ao longo do procedimento.²³

O grande questionamento seria com relação ao processo de escolha da câmara arbitral. No Brasil, tem prevalecido a inexigibilidade de licitação para escolha da instituição arbitral, em razão da natureza técnica e singular do serviço, além da notória especialização das câmaras, na forma do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Solução interessante é a realização de credenciamento (ou cadastramento) por parte da administração pública das câmaras arbitrais. Após o cumprimento dos requisitos básicos e proporcionais fixados pela administração, todas as instituições arbitrais poderiam realizar o credenciamento perante o poder público, cabendo ao contratado, interessado na resolução da disputa, a escolha da instituição credenciada.²⁴ A solução em comento foi adotada, por exemplo, pelo

²² SERRÃO, Tiago *et al.* (Coord.). *Arbitragem administrativa: uma proposta*. Coimbra: Almedina, 2019.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 99-121. Nos estados de Minas Gerais (art. 4º da Lei nº 19.477/2011) e Rio de Janeiro (art. 2º do Decreto nº 46.245/2018), o juízo arbitral será exclusivamente exercido por meio de órgão arbitral institucional. O art. 3º, inciso V, do Decreto Federal nº 10.025/2019 estabelece que a arbitragem será, preferencialmente, institucional.

²⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 83.

Decreto Federal nº 10.025/2019 (arts. 10 e 11), pelo Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro (art. 14) e pelo Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo (arts. 13 a 15).

Em Portugal, o artigo 187.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) prevê que “o Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem”. De acordo com o referido dispositivo: “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”.

De lege ferenda, cabe mencionar o art. 4.º, n.º 3, da proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária elaborada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, que é similar ao art. 187.º do CPTA, mas sem a obrigatoriedade do ente governamental estabelecer, em portaria, o tipo e o valor máximo dos litígios: “3 – As entidades públicas podem vincular-se a centros de arbitragem, desse modo conferindo aos interessados o poder de a eles se dirigirem para a resolução de certos litígios; no caso do Estado, a vinculação de cada ministério depende de portaria do membro do Governo responsável pela *área* da justiça e do membro do Governo competente em razão da matéria”.²⁵

7 Nota conclusiva

Iniciamos o presente escrito dissertando sobre o histórico da arbitragem no Brasil para demonstrarmos a influência portuguesa nas primeiras utilizações do instituto da arbitragem no Brasil e para concluirmos que o momento legislativo dos dois países com relação à arbitragem e utilização da arbitragem pela administração pública é bem similar. Os dois países e seus operadores do direito estão se adequando ao crescimento, a passos largos, da utilização dos meios alternativos de solução de conflito.

Em um segundo momento, tratamos da arbitrabilidade objetiva em Brasil e Portugal com foco na administração pública. Pudemos perceber que existe diferença entre o objeto possível da arbitragem sendo a matéria mais aberta no direito português, uma vez que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em seu artigo 180.º, n.º 1, alíneas “c” e “d”, permite a arbitragem para julgar a validade de atos administrativos e questões de relações jurídicas de emprego público. Tais temas não são suscetíveis de arbitragem no Brasil.

²⁵ SERRÃO, Tiago *et al.* (Coord.). *Arbitragem administrativa: uma proposta*. Coimbra: Almedina, 2019.

Em um terceiro momento, abordamos questões relativas à sentença arbitral e à sua eventual revisão e análise pelo Poder Judiciário estatal. A legislação portuguesa é similar à brasileira com relação às hipóteses de anulação da sentença arbitral. Devemos destacar que causa estranheza aos olhos do jurista brasileiro a hipótese de recurso para o tribunal administrativo daquele país nos litígios de valor superior a 500 mil euros prevista no Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008) em seu art. 476.º, n.º 5, dispositivo legal que versa especificamente da resolução alternativa de litígios nos pré-contratos e contratos públicos. Não vislumbramos alteração da irrecorribilidade da sentença arbitral no Brasil, uma vez que tal princípio é homenageado de forma contumaz pelos tribunais estaduais e superiores do país.

Em um quarto momento, abordamos o dever de publicidade da administração pública e as questões envolvendo a apriorística confidencialidade do procedimento arbitral. Percebemos que Portugal está à frente nesse quesito, uma vez que já possui ferramentas eletrônicas disponíveis na internet para divulgação das sentenças arbitrais. No entanto, o direito brasileiro preconiza publicidade mais ampla, uma vez que o dever de publicidade em Portugal é específico com relação à sentença arbitral que envolve a administração pública. No Brasil, tal exigência possui mais amplitude, como demonstrado através da análise dos decretos dos estados do Rio de Janeiro (Decreto nº 46.245/2018) e de São Paulo (Decreto nº 64.356/2019), que exigem a publicidade das petições, dos laudos periciais e das decisões dos árbitros de qualquer natureza (não somente da sentença terminativa do procedimento).

Em um quinto momento, analisamos a utilização da arbitragem institucional pela administração pública nos dois países e pudemos perceber uma diferença clara sobre o processo de escolha da câmara arbitral. Em Portugal, o artigo 187.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) prevê solução que nos parece deixar a escolha da instituição arbitral ao alvitre da discricionariedade e boa-vontade do governante. O Brasil traz solução mais democrática ao permitir a realização de credenciamento (ou cadastramento) por parte da administração pública das câmaras arbitrais (sem distinção), que cumprirem requisitos legais básicos fixados pela administração e pela lei. Portanto, todas as instituições arbitrais poderiam realizar o credenciamento perante o poder público, cabendo ao contratado, interessado na resolução da disputa, a escolha da instituição credenciada. A solução em comento foi adotada, como mencionado, por exemplo, pelos diplomas legais mais recentes sobre o tema, quais sejam: Decreto Federal nº 10.025/2019 (arts. 10 e 11), Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro (art. 14) e Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo (arts. 13 a 15).

Em suma, muitas são as semelhanças, e algumas são as diferenças; no entanto, há apenas uma certeza: Brasil e Portugal encontram-se em um *point of no return*, no qual a busca pela solução mais eficiente do conflito envolvendo a administração pública converge com a maior eficiência provida pelo procedimento arbitral.

Referências

- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 833-934.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Método, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 99-121.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SCHIMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CCP revisito. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. 1. reimp. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.
- SERRÃO, Tiago *et al.* A arbitragem de direito administrativo, em português: uma visão panorâmica. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.
- SERRÃO, Tiago *et al.* (Coord.). *Arbitragem administrativa: uma proposta*. Coimbra: Almedina, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *RDA*, n. 248, maio/ago. 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem no direito administrativo: perspectivas atuais e futuras através de um estudo comparativo e temático entre Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 139-157, jul./dez. 2019.
