



LUIZA CECILIA RAMME

MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

LISBOA

2021



LUIZA CECILIA RAMME

MEIOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, pela Universidade Nova de Lisboa, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade Direito Público, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Pedro.

LISBOA

2021

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra, que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, setembro de 2021.

A handwritten signature in black ink, reading "Luiza Cecilia Ramme". The signature is written in a cursive, flowing style.

Luiza Cecilia Ramme

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro para os devidos fins que o corpo da dissertação que apresento, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 201.131 (duzentos e um mil, cento e trinta e um) caracteres.

Lisboa, setembro de 2021.

A handwritten signature in black ink that reads "Luiza Cecilia Ramme". The script is cursive and elegant, with the first letters of each name being capitalized and prominent.

Luiza Cecilia Ramme

Ao Julio,

V

Agradecimentos

Ao Professor Dr. Ricardo Pedro, que aceitou orientar a minha dissertação de mestrado, aportando conselhos e sugestões valiosos e que foram determinantes para o resultado final alcançado.

Ao meu companheiro de vida, Julio, pelo seu amor, apoio incondicional e por estar sempre ao meu lado nos melhores e piores momentos.

À minha mãe, pelo exemplo de batalhadora que é.

Ao meu pai, pelas doces lembranças.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

1. Nas notas de rodapé, optámos por identificar as referências bibliográficas citadas em termos abreviados, razão pela qual apenas se faz referência ao autor das obras, ao título da obra em itálico, ao respetivo ano e página(s) onde se encontra a ideia expressada. Os recursos bibliográficos obtidos através da internet e os artigos publicados em revista eletrônica, serão identificados pelo nome do autor, título da obra em itálico, respetivo ano, com o site que se encontra a ideia expressada, o dia do acesso e a respetiva página (s). Na segunda citação e seguintes, os elementos referidos na primeira citação serão apenas apresentados através do nome do autor, seguido das abreviaturas «Ob. cit.» e da indicação da(s) respetiva(s) página(s).

2. A sequência das referências bibliográficas constantes na mesma nota de rodapé obedece, em regra, ao critério cronológico, não se fazendo qualquer distinção entre bibliografia nacional e estrangeira. Na hipótese de as obras apresentarem o mesmo ano de publicação, os autores serão citados por ordem alfabética.

3. Na bibliografia final, as monografias e as publicações periódicas serão identificadas através do nome do autor completo, seguido do título completo da obra em itálico, do respetivo volume da obra, do número de edição, ano e local de publicação, da editora e, por fim, da data de publicação. Relativamente à referência das publicações periódicas, será também identificado o título da publicação onde se insere a obra citada, logo após o título da obra. A forma de apresentação do nome do autor dependerá da sua nacionalidade. Todos os autores serão citados pelo seu apelido, ordenado alfabeticamente, com exceção dos autores espanhóis que serão, em regra, citados pelos dois últimos nomes. Se for referida mais do que uma obra do mesmo autor, o modo de apresentação obedece ao critério cronológico. Tratando-se de documentos online, para além da indicação expressa do título completo do artigo, citar-se-á o *site* de onde o documento foi retirado.

4. Em todos os demais casos em que os textos citados sejam da autoria de mais do que dois autores, os mesmos textos são referidos mediante a indicação do autor que tenha

sido indicado em primeiro lugar, aquando da sua publicação. Na bibliografia final são indicados todos os coautores dos textos em causa.

5. As citações direta e indiretas no corpo do texto da dissertação e nas notas de rodapé, de língua estrangeira, serão traduzidas em língua portuguesa, assumindo a autora a exclusiva responsabilidade pela tradução.

6. Os estrangeirismos surgem destacados em itálico.

7.A presente dissertação respeita o Novo Acordo Ortográfico de Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº 35\2008, de 29 de julho.

RESUMO

A contratação pública tem uma importância ímpar na economia da Comunidade Europeia. Com o advento da promulgação das “Diretivas Recursos” nº 89\665\CEE e 92\13\CEE, ambas alteradas pela Diretiva 2007\66\CE, ocorreu a abertura dos contratos públicos na proporção da União Europeia. Na dimensão institucional, considerando a lentidão dos órgãos judiciais dos Países-Membros, intencionava as Diretivas Recursos o estabelecimento de recursos rápidos e eficazes. Em razão disso, os Países da UE buscaram soluções para assegurar o direito dos cidadãos, mediante a marcha eficiente e rápida da justiça, com a resolução efetiva do seu problema em tempo útil. A opção portuguesa foi pela arbitragem administrativa. Por outro lado, 14 Países da UE ensaiaram a solução de seus conflitos da contratação pública por meio da instância administrativa. Propõe-se uma reflexão sobre os dois modelos: arbitragem e instância administrativa e sobre a possibilidade de o ordenamento jurídico português adotar a instância administrativa, de modo a resolver os conflitos oriundos da contratação pública. Para responder tal questionamento, foi realizado um estudo bibliográfico, por um lado, da organização do contencioso-administrativo em Portugal e do mecanismo alternativo de resolução de conflitos que utiliza, e por outro, foi realizado um exame do direito estrangeiro. Concluiu-se que o modelo da instância administrativa não é somente uma alternativa à administração da Justiça, mas sim, é um meio adequado para solucionar problemas atinentes à contratação pública. Contudo, no momento, Portugal, não deveria adotar tal modelo, mas sim, aperfeiçoar sua arbitragem administrativa. Foram propostas medidas pontuais para possíveis correções das debilidades deste instituto.

Palavras-chave: Arbitragem administrativa, órgãos administrativos, direito da contratação pública, efetividade da justiça administrativa.

ABSTRACT

Public procurement is of unique importance in the economy of the European Community. With the advent of the promulgation of "Resource Directives" No 89\665\EEC and 92\13\EEC, both amended by Directive 2007\66\EC, public procurement was opened in proportion to the European Union. In the institutional dimension, considering the slowness of the judicial bodies of the Member States, the Resource Directives intended to be the establishment of rapid and effective resources. As a result, EU countries have sought solutions to ensure citizens' right, through the efficient and rapid march of justice, with the effective resolution of their problem in a timely manner. The Portuguese option was for administrative arbitration. On the other hand, 14 EU countries have rehearsed the settlement of their public procurement disputes through the administrative body. It is proposed a reflection on the two models: arbitration and administrative body and on the possibility of the legal system Portuguese adopt the administrative body, in order to resolve conflicts arising from public procurement. To answer this question, a bibliographic study was carried out, on the one hand, of the organization of administrative litigation in Portugal and the alternative mechanisms of conflict resolution that it uses, and on the other hand, an examination of foreign law was carried out. It was concluded that the model of the administrative body is not only an alternative to the administration of state justice, but rather an appropriate means to solve problems related to public procurement. However, at the moment, Portugal should not adopt such a model, but rather improve its administrative arbitration. Specific measures were proposed for possible corrections of the weaknesses of this institute.

Keywords: Administrative arbitration, administrative bodies, Public Procurement Law, effectiveness of administrative justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DO CONTEXTO EUROPEU E PORTUGUÊS DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	4
2.1. Enquadramento europeu do contencioso contratual- Diretivas Recursos 89\665\CE e 92\13\CE, modificadas pela Diretiva 2007\66\CE	4
2.2. A tutela do contencioso administrativo nos Tribunais Administrativos em Portugal .	10
2.3. Contencioso administrativo arbitral em Portugal	18
3. DO DIREITO ESTRANGEIRO E <i>DISPUTE BOARD</i>	28
3.1. Contribuições do direito estrangeiro	28
3.2. Instância administrativa	29
3.2.1. Espanha	30
3.2.2. Alemanha	34
3.2.3. Dinamarca	37
3.3.1. Itália	41
3.3.2. França	45
3.4. Dispute Board em Contratação Pública	48
4. COTEJO ENTRE OS DOIS MODELOS APTOS A RESOLVER CONFLITOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: ARBITRAGEM E INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.	54
4.1. Instância administrativa	54
4.2. Arbitragem	61
4.3. Instâncias Administrativas: Uma possível alternativa para Portugal?	66
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADR-** *Alternative dispute resolution*
- ANAC-** Autoridade Nacional de Anticorrupção
- APMEP-** Associação Portuguesa dos Mercados Públicos
- CAAD-** Centro de Arbitragem Administrativo
- CCI-** Câmara de Comércio Internacional
- CCP-** Código dos Contratos Públicos
- CE-** Comunidade Europeia
- CEE-** Comunidade Económica Europeia
- CI-** Comércio Internacional
- CIArb-** *Chartered Institute of Arbitrators*
- CPA-** Código Processual Administrativo
- CPTA-** Código de Processo dos Tribunais Administrativo
- DRB-** *Dispute Resolution Board*
- EGO-** *Emergency Government Ordinance*
- EM-** Estados Membros
- ETAF -** Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- FIDIC-** *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*
- GWB-** Lei de Concorrência Alemã
- ICC-** *International Chamber of Commerce*
- LAV-** Lei de Arbitragem Voluntária
- LCSP-** Lei de Contratos de Setor Público
- LPTA-** Lei dos Processos nos Tribunais Administrativos
- OMC-** Organização Mundial do Comércio
- PIB-** Produto Interno Bruto
- RJEOP-** Regime Jurídico das empreitadas de obras públicas
- STA-** Supremo Tribunal Administrativo
- TACRC-** Tribunal Administrativo Central de Recursos Contratuais
- TARCJA-** Tribunal Administrativo de Recursos Contratuais da Junta de Andalucía
- TCA-** Tribunal Central Administrativo
- TJCE-** Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
- TRLCSP-** Texto refundido de la lei de contratos de Sector Público

1. INTRODUÇÃO

A eficácia do direito administrativo da contratação pública tem sido cada vez mais objeto de preocupação no cenário da União Europeia. Atualmente a contratação pública representa cerca 19% do PIB da União. Além do mais, os contratos relativos à tal área, possuem uma função essencial sob setores da economia, como obras públicas, energias, construção e outras.

Já na década de 80, a União Europeia, no período do relatório *Cecchini*, examinava os benefícios econômicos que resultariam da liberalização do mercado na Europa. Trata-se basicamente da ideia de que a ausência de legislação a nível europeu, poderia gerar uma eliminação da eficiência em comparação à economia global. Nessa época, somente 2% dos contratos eram adjudicados a empresas não nacionais.

Neste contexto, a Comunidade Económica Europeia promulgou duas regulamentações referentes ao procedimento, as chamadas “Diretivas Recursos”: Diretiva 89\665\CEE, de 21 de dezembro de 1989 e a Diretiva 92\13\CEE, de 25 de fevereiro de 1992, modificadas pela Diretiva 2007\66\CE, objetivando dispor de requisitos mínimos de tutela para os Estados-Membros, com fins de liberalizar a expansão do mercado mundial.

Somando-se a preocupação da Comunidade Europeia em diminuir os obstáculos a promoção do mercado único, de modo a impelir a competitividade de empresas em setores-chave; tem-se a situação dos Estados-Membros, que contam com um órgão jurisdicional assoberbado de processos relativos à contratação pública, que caminham de forma lenta e com crescente complexidade.

De mais, Portugal encontra-se no 2º lugar dos países com tribunais judiciais mais lentos, no campo da justiça administrativa.

Nesta perspetiva, o relatório de visão estratégica para o plano de recuperação económico de Portugal 2020-2030, elaborado em 2020, estabelece que uma das medidas para a melhoria da justiça económica é “explorar o potencial dos protocolos pré-judiciais e dos meios de arbitragem para a resolução dos conflitos”¹.

¹ SILVA, António Costa. *Visão estratégica para o plano de recuperação económico de Portugal 2020-2030*. 2020. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=visao-estrategica-para-o-plano-de-recuperacao-economica-de-portugal-2020-2030>. Acesso em 09.08.2021. p.142.

Portanto, mostra-se essencial que os Estados-Membros tenham meios que possam garantir as preocupações de urgência da justiça administrativa, especialmente às relativas a contratação pública.

O problema, centrado ao nível dogmático, está pois em saber qual a melhor solução institucional para assegurar a efetividade, rapidez e utilidade da contratação pública. Sendo que se deve ter por discutível se tal caminho é admissível à luz do ordenamento jurídico português.

De modo a responder a problemática, realiza-se revisão exaustiva de fontes bibliográficas diretas e indiretas, comparando-se dois modelos que propõem responder os problemas da contratação pública: arbitragem e instância administrativa.

A arbitragem na contratação pública, meio jurisdicional alternativo de conflitos, foi um dos modelos adotados em Portugal, como uma via tendente a garantir eficiência e maior qualidade ao contencioso contratual.

Por outro lado, 14 Países da UE, apoiados na permissão das “Diretivas Recursos”, do órgão encarregado para a resolução de litígios na contratação público tanto poder ser a opção do órgão judicial como órgão administrativo, ensaiaram a solução de seus conflitos nesse campo, em sede de primeira instância, por meio da instância administrativa ou também denominada justiça administrativa especial.

Desta feita, a presente dissertação se propõe a analisar os dois modelos com potencial efetividade para resolver questões atinentes ao direito administrativo da contratação pública.

Pretende-se, assim, reforçar a importância da utilização de outros meios, a não ser o órgão judicial, para solução de conflitos, de modo que se garanta uma melhor transparência, celeridade e eficiência da contratação pública.

A dissertação apresenta mais especificamente, o propósito de comparar ambos modelos apresentados, procurando pontuar suas vantagens e debilidades. Pondera-se, se o meio da instância administrativa poderia confrontar com a arbitragem em Portugal.

Anota-se ainda que, a dissertação possui um aspecto inovador ao propor um estudo sistemático e organizado de meios (meio competência). Apresenta também um aspecto de utilidade, eis que as duas alternativas estudadas, podem ser um eficaz mecanismo para aliviar o carregado Tribunal Administrativo. Espera-se que o tema em questão desperte também o interesse científico, para complementação e aprimoramento por parte dos interessados da contratação pública.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo anotado, optou-se pela pesquisa teórica, utilizando-se o método dedutivo, com a análise de documentos já publicados, como por exemplo, livros, artigos, literatura portuguesa e estrangeira, com ênfase no direito administrativo e direito da contratação pública. A investigação foi efetivada em um plano geral e abstrato, com a intenção de que os resultados alcançados possam ser aplicados em casos específicos, e, não somente em Portugal.

A pesquisa foi realizada pela vertente jurídico- dogmática, tendo como referencial teórico as Diretivas Recursos e a Constituição da República Portuguesa, o CPTA e o CCP.

Para o desenvolvimento dessa dissertação foram estruturados três capítulos. No primeiro se realizará o enquadramento europeu do contencioso contratual- Diretivas Recursos 89\665\CE e 92\13\CE, modificadas pela Diretiva 2007\66\CE. Em segundo momento se abordará o contencioso contratual e a arbitragem em Portugal.

A seguir, no segundo capítulo, se analisará as contribuições do direito estrangeiro para a instância administrativa e para a arbitragem. Além disso, se avaliará acerca do instituto do *dispute board*, com o objetivo de verificar se tal via apresenta-se como viável à auxiliar a justiça arbitral.

No terceiro capítulo, far-se-á ponderação entre os dois modelos tratados ao longo da dissertação (arbitragem e órgãos administrativo), realçando suas fortalezas e desvantagens, como vias idôneas para solucionar controvérsias advindas da contratação pública. Serão propostas medidas pontuais para possíveis correções das debilidades da arbitragem em âmbito público, em Portugal. Trata-se de tópico para verificar a inovação e utilidade da presente proposta.

2. DO CONTEXTO EUROPEU E PORTUGUÊS DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

2.1. Enquadramento europeu do contencioso contratual- Diretivas Recursos 89\665\CE e 92\13\CE, modificadas pela Diretiva 2007\66\CE

O direito da contratação pública na Europa sofreu forte influência do modelo liberal de regulação. Pautou-se por liberalizar o alcance aos contratos públicos em cada Estado-membro, de maneira a garantir a equivalência de acesso por parte das empresas de outros Países membros da Comunidade Europeia. E, assim, abriu-se os contratos públicos à concorrência na escala da União Europeia².

À vista disso, tem-se que a regulamentação da contratação pública foi gradualmente estendida, seja no aspecto substantivo (regime de invalidade dos contratos), como no adjetivo (meios processuais).

Na década de 1970 teve-se a perceção de que, para que ocorresse o desenvolvimento da liberação do mercado da contratação pública, seria necessário que os Estados-Membros simetrizassem os procedimentos na celebração dos contratos públicos, restringindo a liberdade da seleção da entidade adjudicante, razão pela qual adotaram-se a Diretiva 71\305\CEE, concernente à “coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras” e a Diretiva 77\62\CEE, que dispõe sobre a “coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimentos”³.

Salienta-se que, apesar das primeiras diretivas em matéria de contratos públicos adotadas no início da década de 1970, não terem sido objeto de supervisão efetiva quanto à sua aplicação pela Comunidade Europeia, prontamente ficou irrefutável que para a realização concreta das regras substantivas, exigir-se-ia regras processuais para fazer que essas normas fossem cumpridas⁴.

² KUNZLIK, Peter. *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*. 2013. Disponível em: Neoliberalism and the European Public Procurement Regime | Cambridge Yearbook of European Legal Studies | Cambridge Core. Acesso em: 15.11.2020. p. 284. Tradução nossa.

³ CADILHA, Carlos Fernandes e outro. *O contencioso Pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos: perspetivas face à Diretiva 2007\66\CE (segunda diretiva «meios contenciosos*. 2013. p.14

⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *The control of Public Procurement in Spain- In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89\665\CEE. Contrôles et contentieux des contrats publics Oversight and Challenges of public contracts*. 2018. p.70. Tradução nossa.

Posteriormente, na década de 1980, numa fase de “aprofundamento e de diversificação” das Diretivas, no contexto delineado no “Livro Branco”, a simetria dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos entre os Estados-Membros passa a ser um dos objetivos basilares da política da União Europeia⁵. Pretendia-se melhorar o acesso à um número maior de empresários e aperfeiçoar o plano processual contratual⁶.

É de anotar que, nesse momento, conforme disposição do artigo 4º, nº3 do Tratado da União Europeia e com a guarida do princípio da autonomia processual, cabia aos Estados-Membros “tomar medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de atos das instituições da União”⁷.

Assim, cabia exclusivamente aos Estados-Membros prevenir e sancionar o incumprimento de regras atinentes ao contencioso contratual⁸.

Entretanto, diante da insuficiência dos Estados-membros em garantir a abertura de seus mercados à ampla e efetiva concorrência, os quais priorizavam a contratação de empresas nacionais, conforme alerta o relatório CECCHINI⁹, “*The cost of Non-Europe in Public Setor Procurement*”, *WS Atkins Mangement Consultants* de 1987¹⁰; houve a necessidade pela Comunidade Económica Europeia em promulgar duas regulamentações referentes ao procedimento, as chamadas “diretivas recursos”: Diretiva 89\665\CEE, de 21 de dezembro de 1989¹¹ e a Diretiva 92\13\CEE, de 25 de fevereiro de 1992¹².

Em síntese, o legislador comunitário buscando permitir que os candidatos\concorrentes possuíssem meios efetivos de concorrência, resolveu de forma legislativa, limitar a autonomia processual dos Estados Membros, cabendo dessa

⁵ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., pp.14-15.

⁶ Cfr. Gafo Fernandes: “Em 1985, o volume dos contratos públicos foi quantificado em 15 por cento do produto interno bruto da União Europeia. Bem, deste montante apenas 2% foram adjudicados a uma empresa de um Estado diferente do da entidade adjudicante. Havia uma falta óbvia de ‘comunitarização’”. CANALES GIL, Álvaro *apud* Gafo Fernandes. *El control de eficiencia sobre el precio en la Contratación Pública: el incidente del diálogo competitivo*. 2000.p. 23.

⁷ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob. cit., p.16.

⁸ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., p. 17.

⁹ Trata-se de um relatório que estuda os benefícios e custos do estabelecimento do mercado comum na União Europeia, sendo elaborado por especialistas e dirigido por Paolo Cecchini.

¹⁰ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., p. 15.

¹¹ Relativa às disposições legislativas, regulamentares e administrativas referentes á aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimento.

¹² Relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

mameira, as primeiras diretivas recursos, relativas ao procedimento, estipular os requisitos mínimos de tutela adjectiva que todos os Estados Membros deveriam possuir¹³.

Para Santiago González-Varas Ibáñez, importante é levar em conta o contexto internacional em que as diretivas- recursos mencionadas acima se enquadram, a saber, os acordos das negociações multilaterais da Ronda de Uruguai 1986-1994 e o Acordo de Contratação Pública da OMC, aprovado mediante decisão 94\800\CE do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, que possuía como objeto constituir um marco multilateral de direitos e obrigações quanto aos contratos públicos, objetivando realizar a liberalização e a expansão do mercado mundial¹⁴.

De carácter instrumental, a primeira Diretiva nº 89\665\CEE, em seus considerandos, aclara o motivo de uma diretriz comunitária para regular as questões antes atinentes à proteção dos Estados-membros: “Considerando que os mecanismos atualmente existentes, tanto a nível nacional como a nível comunitário, para assegurar essa aplicação, nem sempre permitem garantir o respeito das disposições comunitárias, sobretudo numa fase em que as violações podem ainda ser corrigidas”¹⁵.

Pois bem, tem-se claro que, conforme os considerandos da Diretiva 89\665\CEE, há grande dificuldade dos Estados-Membros em respeitar as disposições comunitárias¹⁶. Isso deve-se à ausência ou o número insuficiente de recursos à disposição das empresas concorrentes, que tem seus direitos violados em matéria de adjudicação de contratos públicos.

¹³ GOMES, Pedro Cerqueira. *O contencioso Pré-Contratual Público Português- Proposta de Revisão à luz do direito da União Europeia*. 2014. Disponível em: Layout 1 (oa.pt). Acesso em: 05.12.2020. p.295.

Ainda, a esse respeito, preceitua Francisco Pleite Guadamillas: “As Diretivas em questão podem ser consideradas como concretização da obrigação que o Tratado CE impõe aos Estados-Membros de criar recursos judiciais eficazes que garantam o cumprimento das obrigações da Comunidade decorrentes do próprio Tratado ou decorrentes de actos das instituições da Comunidade”.

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *La Nueva Ley de Contratos Del Sector Público: Estudio Sistemático*. 2007. Disponível em: La Nueva Ley de Contratos Del Sector Público: Estudio Sistemático - Francisco Pleite Guadamillas - Google Livros. Acesso em: 05.12.2020. p.108. Tradução nossa.

¹⁴ GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Influencia del Derecho Europeo en las Categorías del Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo Europeo*. 2012. p.270. Tradução nossa.

¹⁵ COMUNIDADES EUROPEIAS. Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1989 . Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=ES>. Acesso em: 16.08.2021.

¹⁶ Cfr. Antonio Moreno Molina: “No entanto, apesar de todas estas regras, os mercados de contratos públicos da União são ainda mais nacionais do que europeus: mais de 98% dos 10 contratos adjudicados ao abrigo das diretivas europeias foram para concorrentes nacionais (cerca de 96% do valor total)”

MORENO MOLINA, José Antonio. *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. 2015. Disponível em; Prelims.indd (uclm.es). Acesso em: 04.12.2020, pp.9-10.

Com efeito, de total relevância era a criação de mecanismos que anulassem decisões ilegais e reconhecesse indenização aos prejudicados e, que tais instrumentos fossem rápidos e eficazes¹⁷.

Neste contexto, importante a análise do artigo 1º, nº1 da Diretiva nº 89\665\CEE, que determina que os Estados-membros devem adotar providências para assegurar que “(...) as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível (...)”, que segundo António Cadilha é a “pedra-chave em que se assentam os sistemas nacionais de recursos”, vez que estes devem ser dirigidos à busca de eficácia, seja ela quanto à rápida sanção das irregularidades ou quanto ao abrigo das vítimas de eventuais irregularidades no âmbito das contratações públicas¹⁸

Basicamente, a Diretiva 89\665\CEE, de 21 de dezembro de 1989, forneceu recursos que podem ser reclamados em âmbito nacional, por uma empresa concorrente prejudicada: medidas provisórias, anulação e indenização (artigo 2º, n.1)¹⁹.

A Diretiva nº 92\13\CEE foi promulgada posteriormente, propiciando soluções para a violação das regras de contratação nos setores dos serviços públicos, mantendo os recursos já propostos pela diretiva anterior.

Como refere Manuela Mora Ruiz, as Diretivas 89\665\CEE e nº 92\13\CEE, definiam a indispensabilidade de um sistema de recursos rápidos e eficazes, para que os licitadores e demais interessados pudessem interpor recurso contra violações ao princípio da transparência, livre concorrência e igualdade; antes da formalização e execução do contrato público²⁰.

Importa aqui destacar que, a Diretiva-recurso nº 89\665 CEE intenciona que haja um recurso rápido e eficaz, independentemente de seu desenho, vez que não existe a necessidade que o Estado-Membro atribua à um órgão judicial a resolução das questões relativas à adjudicação dos contratos públicos²¹.

¹⁷ CANDELA TALAVERO, ob. cit., p.37.

¹⁸ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., pp.22-23.

¹⁹ COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directiva do Conselho de 21 de dezembro de 1989*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=ES>. Acesso em: 18.11.2020.

²⁰ MORA RUIZ, Manuela. *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. 2018. p.36.

²¹ GIMENO FELIU, José María. *La Ley de Contratos de Sector Público 9\2017*. 2019. p.314.

Com efeito, o Estado-Membro pode optar tanto por um modelo institucional jurisdicional, quase jurisdicional ou administrativo, para a solução rápida dos recursos, de acordo com sua tradição jurídica.

Sendo certo, porém, que apesar das boas intenções das Diretivas 89\665 e 92\13, na prática, havia a necessidade na melhora da procedimentalização dos recursos anteriores à celebração dos contratos públicos, razão pela qual, promulgou-se a Diretiva nº 2007\66\CE.

A Diretiva nº 2007\66\CE procurou resolver três problemas: aumento do número de ajustes diretos ilegais, corrida à assinatura do contrato e a ineficácia da tutela pós-contratual, em virtude das dificuldades probatórias dos operadores económicos, que quando muito, recebiam uma quantificação irrisória dos danos advindos das violações das regras do direito comunitário da contratação pública²².

António Cadilha explicita que “A Diretiva 2007/66/CE teve por principal finalidade corrigir ou atenuar uma situação — que se entendeu subsistir um pouco por toda a Europa — de défice de tutela jurisdicional dos participantes em procedimentos de contratação pública”²³.

Nos mesmos termos, observa a autora Isabel Celeste M. Fonseca que, a Diretiva 2007\66\CE fortalece a eficácia e o efeito útil dos mecanismos de proteção atinentes à adjudicação dos contratos públicos, materializando o direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva²⁴.

Logo, fica claro que a modificação das Diretivas 89\665\CEE e 92\13\CEE, teve como objetivo animar as empresas da Comunidade Europeia, seja dando-lhes maior seguridade de que, caso haja lesão aos seus interesses relativos à adjudicação de contratos públicos, possam dispor de recursos eficazes, seja pela manutenção da desnecessidade que o Estado-Membro atribua à um órgão judicial a solução das questões da contratação pública²⁵.

Na verdade, busca-se com a modificação das diretivas recursos, não somente a melhora da eficácia dos recursos que devem estar à disposição dos operadores

²² GOMES, Pedro Cerqueira, ob.cit., p.298.

²³ CADILHA, António. *Contencioso Pré-Contratual*. 2014. Disponível em: Julgar 23.pdf. Acesso em: 03.12.2020, p.208.

²⁴ Cfr. José Enrique Candela Talavero: “Em suma, este sistema de recurso rápido e eficaz que se conecta com o direito da tutela jurisdicional efetiva do artigo 47 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia”

CANDELA TALAVERO, ob. cit., p.44.

²⁵ MORENO MOLINA, José Antonio, ob.cit., p.37.

econômicos de maneira rápida e célere, mas também que as entidades adjudicantes se ajustem aos princípios do Tratado da Comunidade Europeia: livre circulação de mercadorias e serviços, liberdade de estabelecimento, igualdade, proporcionalidade e transparência²⁶.

Recorda-se que, conforme jurisprudência europeia, a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos tem por objetivo suprimir os entraves da livre circulação de serviços e mercadorias, e para tanto, proteger interesses dos operadores econômicos que pertencem à um Estado-Membro e que desejem participar de contratação pública lançadas por entidade adjudicante estabelecida em outro Estado-Membro²⁷.

Desse modo, resta claro que, se há um ponto que caracterize as diretivas recursos é o reiterado anúncio dos princípios da concorrência, proibição de efeitos discriminatórios, igualdade²⁸ e primordialmente, o esforço no aspecto objetivo, de prover de maior efetividade²⁹ os recursos pré-contratuais.

Referida eficácia precisa ser tomada em três dimensões: acesso ao direito e aos tribunais ou órgãos administrativos independentes ou outros meios alternativos; acesso a solução do recurso pré-contratual em prazo razoável e em caso de indenização, que essa última via, seja efetivamente cumprida³⁰.

Percebe-se, portanto, está à disposição dos Países da União Europeia tanto a opção por um modelo institucional diferente do jurisdicional; como medidas preventivas e repressivas, com fito de acautelar os direitos dos concorrentes³¹. Acerca do efeito preventivo, esclarecem Carlos Fernandes Cadilha e António Cadilha que:

“Tal efeito preventivo será, evidentemente, tão mais produtivo quanto eficaz for aquele sistema: se existir, na consciência coletiva, a ideia de que o recurso aos tribunais nunca ou muito raramente permite sancionar, em tempo oportuno, as violações que sejam cometidas ao direito da contratação”³².

²⁶ MORENO MOLINA, José Antonio, ob. cit., p. 29.

²⁷ MORENO MOLINA, José Antonio, ob. cit., p. 29.

²⁸ GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, Santiago, ob. cit., p.270.

²⁹ Menciona Pedro Cerqueira Gomes ao citar D. Pachou: “(...) apesar de o TJ nunca ter contribuído, de forma precisa, para clarificar o verdadeiro sentido do princípio da efetividade nas diretivas recursos, este princípio nunca deveria ser definido segundo a lógica do caso Rewe, mas antes da seguinte forma: “Efetividade significa que as disposições europeias das diretivas recursos deveriam ser implementadas e aplicadas, por forma a garantir a efetividade das normas substantivas da contratação pública, através de uma tutela verdadeiramente corretiva e preventiva (...)”.

GOMES, Pedro Cerqueira, ob.cit., p.306.

³⁰ GOMES, Pedro Cerqueira, ob. cit., p. 307.

³¹ CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., p.32.

³² CADILHA, Carlos Fernandes e outro, ob.cit., p.32.

2.2. A tutela do contencioso administrativo nos Tribunais Administrativos em Portugal

Para a doutrina, os princípios da separação de poderes da época liberal e o princípio da legalidade administrativa são de importância ímpar para a narrativa do contencioso administrativo. Destaca três grandes fases relacionadas à evolução do contencioso administrativo: 1. Época liberal; 2. Modelo quase-judicialista ou judicialista mitigado; 3. Modelo judicialista de contencioso jurisdicionalizado³³.

A primeira fase (1832- 1924), estava associada à época francesa, encontrando-se a jurisdição administrativa ligada à Administração.

Como ocorreu em quase todos os países da Europa, perante o êxito e a evolução do modelo francês, Portugal importou da França o sistema de jurisdição administrativa independente e separada dos tribunais comuns.

A segunda fase do contencioso administrativo refere-se ao período que corresponde de 1930-1933 até 1974-1976, em que se elabora um sistema de “tribunais administrativos”, que é tida por alguns como um modelo quase-judicialista e por outros, como um modelo judicialista mitigado³⁴.

A terceira fase inicia-se com a Constituição portuguesa de 1976, com a instituição de um modelo judicialista de contencioso administrativo totalmente jurisdicionalizado³⁵.

Em síntese, o desenvolvimento do contencioso administrativo português começou tendo por base um modelo administrativo mitigado, que evoluiu para um modelo quase-judicialista, chegando afinal a integrar um modelo judicialista puro de competência especializada³⁶.

Pois bem, inicialmente o contencioso administrativo em Portugal foi regulado pela Lei dos Processos nos Tribunais Administrativos (LPTA), constante no Decreto-Lei nº

³³ DA SILVA, Manuel Pereira. *O contencioso administrativo angolano. As garantias dos particulares no contencioso administrativo angolano*. 2016. Disponível em: Camões - Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa: O contencioso administrativo angolano. As garantias dos particulares no contencioso administrativo angolano (ual.pt). Acesso em: 17.03.2021. p. 10.

³⁴ DA SILVA, Manuel Pereira, ob.cit., p. 10.

³⁵ DA SILVA, Manuel Pereira, ob.cit., p. 10.

Anotam Vera Eiró e João Caupers: “(...) a) Enquanto em França os tribunais administrativos não estão integrados no poder judicial mas no poder administrativo, em homenagem a uma visão radical do princípio da separação de poderes, já na Alemanha- e em Portugal- os tribunais administrativos integram o poder judiciário, coincidindo a especialização do juiz administrativo com a unidade deste poder (...) Já entre nós, a última instância judicial encarregada de controlar a administração pública é o Supremo Tribunal Administrativo, um tribunal totalmente distinto do Supremo Tribunal de Justiça”.

CAUPERS, João e outro. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2016. pp. 36-37.

³⁶ DA SILVA, Manuel Pereira *apud* Vieira de Andrade, ob.cit., p. 11.

267\85 de 16 de julho e, pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), constante no Decreto-Lei nº 129\84 de 27 de abril³⁷.

Convém ressaltar que, na vigência desses diplomas, o contencioso pré-contratual não possuía uma delimitação objetiva, tendo em vista que a compreensão era de que o ato recorrível era o ato administrativo lesivo. Para mais, o contencioso possuía um caráter unicamente cassatório, atribuindo-se ao Tribunal poderes de pronúncia sobre a legalidade do recurso de anulação.³⁸

O ETAF- Decreto-Lei nº 129\84, possuía a hipótese de se recorrer à arbitragem em caso de litígios na matéria administrativa. De mais, foi responsável por transformar as auditorias administrativas em Tribunais Administrativos de Círculo, implantando uma alteração importante: os Tribunais administrativos de círculo operavam com juiz singular ou em coletivo, de maneira oposta às auditorias que atuavam somente com um juiz singular³⁹.

No tocante ao LPTA, a reforma objetivou notadamente desobstruir o enorme número de processos cujo atraso de tramitação era inquietante. Deveras, isso é o que se observa no ponto nº 5 do preâmbulo da LPTA: “Confia-se em que a aplicação do presente diploma possa contribuir para a recuperação do estado de congestionamento do serviço dos tribunais administrativos”⁴⁰

Posteriormente, devido a imposição comunitária para transposição da Diretiva nº 89\665\CEE, promulgou-se o Decreto-Lei nº 134\98, de 15 de maio. No tocante à aplicação objetiva, o diploma somente se aplicava aos contratos de empreitadas, serviços e bens, deixando de regular os contratos de concessão. Havia ainda, a previsão de medidas provisórias, abarcando inclusive as concernentes à suspensão do procedimento contratual, as quais deveriam ser aplicadas pelo Tribunal, caso se demonstrasse que o interesse

³⁷ DIAS, Paulo Linhares. “*O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”. 2007. Disponível em: Paulo Linhares Dias - O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos - Ordem dos Advogados (oa.pt). Acesso em: 09.12.2020.pp.755-801.

³⁸ DIAS, Paulo Linhares, ob.cit., pp.755-801.

³⁹ PORTUGAL. *Proposta de Lei nº 93\VIII aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Revoga o Decreto-Lei nº 129\84, de 27 de abril)*. Assembleia da República. Disponível em: doc.pdf (parlamento.pt). Acesso em: 14.12.2020.

Anota António Cândido Oliveira: “Foi estabelecida, no ETAF, uma organização judiciária separada dos tribunais judiciais. Em matéria administrativa foram consagrados 3 tribunais administrativos de círculo (Lisboa, Porto e Coimbra) e o Supremo Tribunal Administrativo (STA)”.

OLIVEIRA, António Cândido. *Temas e Problemas de Processo Administrativo - Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o Contencioso Administrativo*. 2010. *A Organização Judiciária Administrativa e Fiscal*. Disponível em: <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/736/view>. Acesso em: 18.03.2021. p.27.

⁴⁰DA SILVA, Manuel Pereira *apud* Vieira de Andrade, ob.cit., p. 60.

público não era sensivelmente perturbado, bem como a possibilidade da aplicação de medidas de cunho conservatório e antecipatório⁴¹

Na verdade, apesar de existirem doutrinadores nacionais a exigirem uma tutela jurisdicional efetiva nos procedimentos pré-contratuais, o Estado Português só promulgou o referido Decreto-Lei nº 134\98, de 15 de maio, em razão da imposição comunitária para transposição da primeira Diretiva-recurso e sob coação de propositura de ação contra Portugal por incumprimento⁴².

Observa-se que as Diretivas Recursos nº 89\665\CEE do Conselho, de 21 de Dezembro e a Diretiva nº 92\13\CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro, determinavam que os Estados-Membros realizassem o cumprimento de uma tutela jurisdicional não só no tocante à anulação dos atos ilegais, mas também na disposição de tutela cautelar, de modo a impedir que os atos ilegais gerassem efeitos lesivos para as empresas particulares⁴³.

Nestes termos, num primeiro momento, Portugal defendia que a legislação vigente, ou seja, as regras dispostas na LPTA e meios de tutela graciosa mencionados nos diplomas da contratação pública- Decreto-Lei nº 55\95, de 29 de março e o RJEOP- Decreto-Lei nº 405\93, de 10 de Dezembro, garantiam de modo eficaz a Diretiva-recurso nº 89\665\CEE, de 21 de Dezembro. Contudo, a posteriori, realizou uma “confissão” no preâmbulo do Decreto-Lei nº 134\98, de que um novo regramento era necessário para suprir o déficit de tutela jurisdicional pelos meios presentes, ajustando-se ao artigo 268, nº4 da Constituição da República Portuguesa⁴⁴.

Mais tarde, no ano de 2004, ocorreu uma revisão do contencioso administrativo português, processada mediante a aprovação da Lei nº 13\2002, de 19 de fevereiro, que aprovou um novo ETAF e pela Lei nº 15\2002, de 22 de fevereiro, que aprovou o Código de Processos nos Tribunais Administrativos-CPTA⁴⁵.

Sobretudo, a referida reforma possuía como objetivo dar atenção à dois pontos: a organização e o funcionamento dos Tribunais e a regulação do regime processual⁴⁶.

⁴¹ CARVALHO, Raquel. *Direito da contratação pública*. 2019. p.302.

⁴² DIAS, Paulo Linhares, ob.cit., pp.755-801.

⁴³ FONSECA, Isabel Celeste M. *A Directiva (Recursos) nº 2007\66\CE: O reforço da efectividade do contencioso pré-contratual- What Else?.* 2008. Disponível em: FDUP - A directiva (recursos) N.º 2007/66/CE : o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual : what else?. Acesso em: 04.04.2021. p.58.

⁴⁴ DIAS, Paulo Linhares, ob.cit., pp.755-801.

⁴⁵ DA SILVA, Manuel Pereira. *A tutela jurisdicional efectiva em matéria administrativa em Angola*. 2018. Disponível em: Tese Manuel Pereira da Silva (VF) 25.02.2019.pdf (ual.pt). Acesso em: 15.12.2020, p. 63.

⁴⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de. *“Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da justiça administrativa em Portugal”*. 2006. Disponível em: BDJur - Pretensões dedutíveis e poderes de

No tocante à reorganização da competência dos tribunais, disposto no ETAF, desvencilhou-se os Tribunais superiores de suas competências de julgar em 1ª instância. Ainda, o Tribunal Central Administrativo foi dividido em dois: Tribunal Central Administrativo Sul, com sede em Lisboa, e Tribunal Central Administrativo Norte, com sede no Porto⁴⁷.

Como afirma Teresa Violante, a reforma do contencioso administrativo “(...)Em suma, o STA e os TCA’s deixaram de funcionar como tribunais de primeira instância, para exercerem as competências que são próprias de tribunais superiores”, ou seja “a competência de primeira instância dos tribunais superiores (...)”⁴⁸

É nesta linha que a Constituição da República Portuguesa em seu artigo 209º, estabeleceu que os Tribunais administrativos se constituíam como verdadeiros tribunais, compostos de juízes de carreiras que possuem o mesmo estatuto dos juízes dos demais tribunais.

Já concernente ao segundo ponto da reforma, infere-se que ocorreu um alargamento das pretensões que poderiam se deduzir junto aos tribunais administrativos⁴⁹.

Em suma, esse novo modelo é oriundo da indispensabilidade de Portugal em possuir uma tutela administrativa jurisdicional efetiva e em tempo útil para “as questões litigiosas que envolvam duas ou mais pessoas coletivas públicas ou uma pessoa coletiva pública e uma particular, seja ele indivíduo ou pessoa coletiva privada, que por lei não estejam submetidas à jurisdição de outros tribunais”⁵⁰, que tanto as Auditorias Administrativas como o Supremo Tribunal Administrativo não lograram em resolver, devido a notória deficiência de meios⁵¹.

A esse respeito, preconiza Paulo Pereira Gouveia que, tanto o Decreto-Lei nº134\98 de 15 de maio, como o CPTA aprovado em 2002 “traduziram-se, em graus reconhecidamente diferentes, numa transposição incompleta do Direito da União

pronúncia dos juízes no novo regime da justiça administrativa em Portugal (stj.jus.br). Acesso em: 24.03.2021. p.43.

⁴⁷ BARBOSA, Benjamim. *O regime estatutário dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal*. 2016. Disponível em: Provas da JULGAR 30 - Terceiras e finais.pdf. Acesso em: 24.03.2021. p.89.

⁴⁸ DA SILVA, Manuel Pereira *apud* Teresa Violante, ob.cit., p. 12.

⁴⁹ DA SILVA, Manuel Pereira, ob.cit., p.12.

⁵⁰ BARBOSA, Benjamim, ob.cit.,p.90.

⁵¹ BARBOSA, Benjamim, ob.cit.,p.90.

Europeia relativo à contratação pública. Simplesmente foram incapazes de evitar o facto ilegal consumado”⁵²

Posteriormente em 2015⁵³, houve prosseguimento da reforma do contencioso administrativo, com o Decreto n.º 214-G\2015, de 2 de outubro⁵⁴. O referido Decreto foi responsável por modificar o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e aproximar o processo administrativo ao processo civil⁵⁵.

Importante modificação inserida pelo CPTA foi a revisão do regime do contencioso pré-contratual, com o desiderato de transpor após longo tempo, a Diretiva recurso 2007\66\CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007. Conforme explica Marco Caldeira, na doutrina nacional há muito havia quem clamasse para uma modificação, tendo em vista que o Decreto-Lei n.º 131\2008, de 29 de Janeiro que alterou o CCP e se propôs a transpor ao regime português os ditames ditados pelo Direito da União Europeia, não se mostrou satisfatório⁵⁶.

Uma das alterações desse diploma que merece ser destacada, compreende o fato de ser atribuir à ação de contencioso pré-contratual um efeito suspensivo automático⁵⁷, conforme dita as “Diretivas recursos”⁵⁸.

Nesse ponto, entende o professor Marco Caldeira que referida saída legislativa possibilita solucionar a falta de tutela jurisdicional, a qual procedia de uma jurisprudência administrativa conservadora no que toca a conceder providências cautelares pré-

⁵² GOUVEIA, Paulo Pereira. “*A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*”. 2015. Disponível em: [JULGAR-26-02-Paulo-P-Gouveia-Contencioso-pré-contratual.pdf](#). Acesso em: 17.03.2021. pp.41-42.

⁵³ Anota Margarida Olazabal Cabral: “(...) mas a verdade é que chegámos a 2015 com um contencioso pré-contratual que não cumpria integralmente aquelas que são as exigências do Direito Europeu nesta matéria, e que era sentido pelos diversos operadores jurídicos, e pelas empresas e cidadãos cuja tutela visa, como não satisfatório (...)”.

CABRAL, Margarida Olazabal. *O contencioso pré-contratual no CPTA revisto*. 2017. Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf](#). Acesso em: 24.02.2021. pp.53-54.

⁵⁴ Anota Paulo Pereira Gouveia: “A nova disciplina reformula muito a situação processual vigente desde 2004, mudança que era, aliás, pedida pela academia e pelos tribunais. Na verdade, desde muito cedo (em 2005 ou 2006) se percebeu que, na prática, este tipo de contencioso administrativo teria de se emancipar muito mais, para poder ser eficaz e útil”.

GOUVEIA, Paulo Pereira, ob.cit., p.43.

⁵⁵ DA SILVA, Manuel Pereira, ob.cit., p. 66.

⁵⁶ CALDEIRA, Marco. *O “novo” contencioso pré-contratual. Contencioso pré-contratual*. 2017. Disponível em: [Contencioso Pré-Contratual \(mj.pt\)](#). Acesso em: 19.02.2021. p.19

⁵⁷ Dispõe o artigo 103º-A, nº1 do CPTA: “(...) impugnação de atos de adjudicação no âmbito do contencioso pré-contratual urgente faz suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”

CALDEIRA, Marco, ob.cit., p.26.

⁵⁸CALDEIRA, Marco, ob.cit., p.25.

contratuais. Para ele, a compreensão rígida e restritiva dos Tribunais no momento de verificar o cumprimento dos pressupostos legais acarretava uma constante denegação de tais providências, bem como “a um total esvaziamento da utilidade prática da sentença a proferir na acção principal, permitindo invariavelmente a criação de situações de fato consumado e irreversível e relegando os interessados, fatalmente, para uma mera tutela indemnizatória”⁵⁹.

Cumprir referir ainda que, Portugal querendo inovar, estabeleceu que a suspensão automática era tanto referente à decisão de adjudicação, como à execução do próprio contrato, mesmo que este já estivesse sido celebrado, o que aliás, não foi imposto pela “Diretiva recurso”. Tal regramento tinha por fito evitar ou reduzir a disposição das entidades adjudicantes em realizarem as chamadas “corridas à assinatura do contrato”⁶⁰.

Porém, apesar do intento do legislador em reforçar a tutela jurisdicional efetiva, houve omissão do CPTA em estabelecer as consequências para o desrespeito da suspensão automática relativa à instauração da ação, acabando por esvaziar de verdadeira efetividade o instrumento⁶¹.

Para Rodrigo Esteves de Oliveira, apesar de positiva a saída legislativa de suspensão automática tanto da decisão de adjudicação como do contrato impugnado, se poderia ter optado por outras alternativas.⁶²

Em sentido mais radical, Mário Aroso de Almeida, lastima que o legislador português novamente tenha realizado a transposição do mínimo que disse a Diretiva 2007/66/CE, vez que em seu entendimento “a efetividade da tutela jurisdicional(...)contencioso pré-contratual(...)não pode depender de juízos de ponderação de prejuízos que, na prática tendem a favorecer a prossecução do interesse público, mas da célere emissão de decisões de mérito”⁶³. Para este autor, seria interessante observar a experiência espanhola e avançar para a “instituição de entidades para-jurisdicionais próprias para a resolução célere dos litígios neste domínio”⁶⁴.

No mesmo sentido é o entendimento de Margarida Olazabal Cabral, que observa que apesar da revisão do CPTA, os resultados no que tange à justiça pré-contratual mostram-se muito insatisfatórios, seja porque “os juízes não têm condições para decidir

⁵⁹ CALDEIRA, Marco, ob.cit., p.25.

⁶⁰ CALDEIRA, Marco, ob.cit., p.25-26.

⁶¹ CALDEIRA, Marco, ob.cit., pp.25-26.

⁶² CALDEIRA, Marco *apud* Rodrigo Esteves de Oliveira, ob.cit., p.29.

⁶³ CALDEIRA, Marco *apud* Mário Aroso de Almeida, ob.cit., p.38.

⁶⁴ CALDEIRA, Marco. *apud* Mário Aroso de Almeida, ob.cit., p.38.

rapidamente, e com total conhecimento do caso, quer porque alguns continuam a entender que a Justiça se faz dentro de gabinete e de costas voltadas para a realidade concreta”⁶⁵.

Com efeito, diante da imensa insatisfação por parte da doutrina com relação à morosidade processual, no ano de 2018 foi realizada a proposta de Lei nº 168\XIII, em apresenta na exposição de motivos que, apesar das modificações legislativas ocorridas ao longo dos anos, a verdade é que, desde 2002 a justiça administrativa necessitava de uma análise aprofundada. Menciona que: “(...) da análise dos dados estatísticos disponíveis, revela-se a existência de um preocupante fenómeno de estrangulamento registado nos tribunais administrativos e fiscais, cuja capacidade de resposta não tem conseguido acompanhar o crescimento dos litígios verificados nesta área”⁶⁶.

A referida exposição de motivos também refere acerca da importância da jurisdição administrativa, sendo que:

“a morosidade na respetiva resolução é suscetível de produzir um impacto muito negativo na vida das empresas e, inclusivamente, na dinâmica da própria economia, representando um entrave ao crescimento económico e ao investimento, afetando de forma determinante a competitividade da economia”⁶⁷.

A mencionada proposta de Lei nº 168\XIII, assim como a proposta de lei nº 167\XIII, iniciativas legislativas de reforma do Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais e do processo administrativo e tributário, oriundas da Assembleia da República; culminaram em alterações inseridas no Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais- ETAF, pela Lei nº 114\2019, de 12 de setembro e, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos- CPTA, pela Lei nº 118\2019, de 17 de setembro⁶⁸.

Importa anotar que no que tange à Lei nº 118\2019, com a modificação foram estabelecidos dois regimes distintos: um que produziria um efeito suspensivo automático em caso da impugnação ser realizada no prazo de dez dias dos atos de adjudicação dos contratos que a celebração seja condicionada pelo CCP à disciplina do período standstill; e

⁶⁵ Anota ainda Margarida Olazabal Cabral: “Estou cada vez mais convencida de que serão precisas alterações mais radicais. Tribunais especializados? Arbitragem necessária? Autoridades administrativas independentes?”.

CABRAL, Margarida Olazabal, ob.cit.,p.65.

⁶⁶ PORTUGAL. *Proposta de Lei nº 168\XIII*. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: [proposta_de_lei_n.o_168-xiii_-_cppt_cpta_et_al.pdf](#) (icjp.pt). Acesso em: 18.03.2021.

⁶⁷PORTUGAL, ob.cit.

⁶⁸ Aponta Vasco Pereira da Silva: “Saliente-se, então, acerca da “reforminha” de 2019, que o seu objetivo declarado é combater a morosidade dos processos da Justiça Administrativa e Tributária e promover uma maior rapidez e eficácia processuais. Trata-se da prossecução pelo legislador de um objetivo correto e necessário, sobretudo tendo em conta a atual situação de morosidade da Justiça Administrativa e Fiscal”. DA SILVA, Vasco Pereira. “*Revisitando a “reforminha” do Processo Administrativo de 2019- “Do útil, do Supérfluo e do Erróneo”*”. 2019. Disponível em: E-pública Revista Eletrónica de Direito Público (e-publica.pt). Acesso em 25.03.2021. p.7.

outro que não produziria o efeito suspensivo automático, nas situações em que se realiza a impugnação adiante do prazo de dez dias e até ao prazo de um mês que o CPTA estabelece no artigo 101º como prazo de impugnação⁶⁹.

Nesse ponto, não podemos deixar de acrescentar o entendimento do professor Mário Aroso de Almeida, que avalia negativamente a modificação quanto ao ponto mencionado, vez que “o novo regime consagrado no n.º 1 do artigo 103.º-A parte da perspetiva contrária: não a de promover a efetividade da tutela jurisdicional de quem se dirige aos tribunais mas a de reduzir ao mínimo os inconvenientes que para as entidades adjudicantes”⁷⁰.

Atentos a inserção sistemática do artigo 103º-A no articulado do CPTA, Ricardo Pedro e António Mendes Oliveira trazem a baila as inúmeras polémicas doutrinárias e jurisprudências acerca do regime de efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual. Entre elas, indicam a “institucionalização de (outros) meios que garantam a resolução dos litígios derivados do contencioso pré-contratual em tempo útil”⁷¹, como, por exemplo, “(v.a) mecanismos administrativos de resolução de litígios, (v.b) mecanismos jurisdicionais alternativos de resolução de litígios, como o previsto no artigo 180º, nº 3 do CPTA e 476º do CCP, ou (v.c) tribunais estaduais administrativos especializados”⁷²

Ulteriormente, pode deixar-se estas breves notas quanto ao contencioso pré-contratual na legislação portuguesa. O que cabe agora, é passar para a saída portuguesa até o momento, de solução de litígios administrativos de modo mais célere, designadamente, a arbitragem na contratação pública. Em outras palavras, “(...)já que se tornou insustentável conviver com os atrasos e o avolumar dos processos aguardando decisão nos Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF) Portugueses, sem tentar encontrar soluções alternativas”⁷³.

⁶⁹ DE ALMEIDA, Mário Aroso. “*Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118\2019, de 17 de setembro*”. 2019. Disponível em: E-pública Revista Eletrónica de Direito Público (e-publica.pt). Acesso em: 23.03.2021. p.21.

⁷⁰ DE ALMEIDA, Mário Aroso, ob.cit., p.22.

⁷¹ PEDRO, Ricardo; e outro. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2020. pp.178-180.

⁷² PEDRO, Ricardo; e outro. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2020. pp.178-180.

⁷³ ANJOS, Maria do Rosário e outra. *Arbitragem administrativa e Tributária: a solução adotada em Portugal*. 2018. Disponível em: Arbitragem Administrativa e Tributária: A solução adotada em Portugal (uportu.pt). Acesso em 25.08.2021.p.2.

2.3. Contencioso administrativo arbitral em Portugal

Como bem identifica Fernanda Maçãs, a lentidão dos processos é somente um dos lados da crise da justiça pública administrativa institucionalizada, vez que se observa por outro vértice a“(...) inadequação da resposta dos tribunais administrativos, no âmbito do contencioso de tipo social ou económico, que pode gerar um aumento do desemprego e das dificuldades de liquidez das famílias e empresas(...)”⁷⁴.

Diante de todo cenário pela busca de efetividade da justiça administrativa, a importância de alternativas para a resolução de litígios, em especial, a arbitragem, torna-se tema de destaque na ordem jurídica portuguesa, para a solução de conflitos advindos das relações jurídico-administrativas⁷⁵. Consoante Ricardo Pedro, o legislador português para o fortalecimento dos tribunais estaduais optou por: admissão dos tribunais especializados de compras públicas e incentivo da arbitragem administrativa⁷⁶.

Contudo, a arbitragem administrativa nem sempre foi aceita em Portugal. No decorrer do século XIX e da primeira metade do século XX, o contencioso administrativo português teve inspiração do modelo francês, o que desencadeou uma grande hostilidade e resistência à possibilidade da via arbitral na seara administrativa⁷⁷.

⁷⁴ MAÇÃS, Fernanda. *A racionalização do processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à revisão do CPTA*. 2015. Disponível em: JULGAR-26-08-Fernanda-Maçãs-Racionalização-do-processo.pdf. Acesso em: 26.03.2021.p.159.

Anota ainda Nuno Lobos: “De há vários anos, senão mesmo décadas, a esta parte, a situação vivida nos tribunais administrativos e fiscais é dramática. O excesso de leis, a sua instabilidade, a crescente juridificação das relações entre o cidadão e o Estado, e a galopante complexidade do direito administrativo e fiscal, que se fragmenta em múltiplos direitos especiais, ao alcance apenas do perito ou especialista, tudo são razões a concorrer para as enormes pendências acumuladas nos tribunais de primeira instância, para os processos monstruosos que neles se acumulam, e para os prazos, muito além do aceitável, de prolação das sentenças.”

VILLA LOBOS, Nuno. *Novas configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal. A Arbitragem Administrativa e Tributária Problemas e Desafios*. 2013. p. 365.

⁷⁵ Expõe Antônio Hélio Silva: “Certo é que a nova ordem econômica está a exigir “alternativas novas” para a solução de controvérsias, de tal modo que a justiça pública não deveria servir de embaraço à livre circulação dos bens, serviços e mercadorias, devendo atuar somente em último caso e, antes de decidir, buscar a conciliação, pois o litígio poderia deixar sequelas e, conseqüentemente, inviabilizar ou dificultar negócios futuros. A tendência do direito processual para o futuro está voltada à busca de um direito e uma justiça mais acessível.

ANTÔNIO HÉLIO SILVA. *Grandes Temas da Atualidade. Mediação, Arbitragem e Conciliação*. 2008. p. 18.

⁷⁶ PEDRO, Ricardo. *Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal: State-of-the-Art*. HeinOnline, 2020. Disponível em: Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal: State-of-the-Art 15 European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL) 2020 (heinonline.org) Acesso em 05.08.2021. p.226.

⁷⁷ CORREIA, J.M.Sérvulo. “A arbitragem dos litígios entre particulares e a administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo”. 2014. p.684.

Em verdade, no período de 1933 a 1974, não havia em Portugal, nenhuma norma que regulasse sobre a arbitragem administrativa. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo em acórdãos proferidos nos anos de 1955, 1956, 1957 e 1961 emitiram decisões favoráveis à validade de cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão de serviço público⁷⁸. O entendimento jurisprudencial em muito influenciou a discussão do âmbito da arbitragem em variadas décadas⁷⁹.

Sendo certo que, a Constituição Portuguesa de 1982 é que reconheceu a arbitragem como forma de função jurisdicional, ao inserir os tribunais arbitrais no rol dos tribunais⁸⁰.

Neste contexto, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984 estabeleceu no artigo 2º, nº 2 que “admitia tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso”⁸¹. A abertura da arbitragem, como era de se esperar, ocorreu no tocante aos contratos administrativos e responsabilidade civil por atos de gestão pública⁸².

A aprovação da arbitragem administrativa foi ratificada em 1991, no artigo 188º do Código do Procedimento Administrativo-CPA⁸³.

Contudo, foi unicamente com a entrada em vigor do CPTA em 2002, que a lei passou de forma expressa, a permitir que os tribunais arbitrais pudessem apreciar os litígios referentes a atos administrativos contratuais realizados pelo contratante público na execução do contrato⁸⁴.

Contudo, manteve-se integralmente o regime da impossibilidade de submissão ao recurso da arbitragem sobre contratos, da invalidade dos atos administrativos pré-contratuais, bem como da invalidade do próprio contrato⁸⁵.

⁷⁸ CORREIA, J.M.Sérvulo, ob.cit., p. 686.

⁷⁹ MOREIRA, Raul Relvas. *O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos*. 2018. p.224.

⁸⁰ CORREIA, J.M.Sérvulo, ob.cit., p. 688.

⁸¹ PEDRO, Ricardo. *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos. Pretexto, contexto e texto*. 2018, p.9.

⁸² SERRA, Manuel Fernando dos Santos. *A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectiva*. 2010. p.25.

⁸³ MOREIRA, Raul Relvas. *O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos*. 2018. p.230.

⁸⁴ MOREIRA, Raul Relvas, ob.cit., p.232.

⁸⁵ TAVARES, Gonçalo Guerra. *A arbitragem em matéria de formação de contratos públicos*. 2019. pp.315-316.

Com a revisão do CPTA de 2015, a arbitragem administrativa foi alargada às questões referentes à validade, e não somente da generalidade dos atos administrativos, incluindo-se os atos respeitantes à formação dos contratos⁸⁶.

Mário Aroso de Almeida explica que com o artigo 180, nº 1, do CPTA, passou a ser permitido a arbitragem no tocante aos atos administrativos no âmbito da sua execução e de validade⁸⁷. A esse respeito entende Tiago Serrão que a redação do dispositivo se pautou em aclarar os “poderes legalmente conferidos aos tribunais arbitrais administrativos, sempre que sejam chamados a julgar questões respeitantes a atos administrativos de execução de contratos”⁸⁸.

De outra parte, o Código dos Contratos Públicos com a regra do artigo 307 acabou por “generalizar a prática de atos administrativos no âmbito das relações contratuais administrativas, tornando, nesse contexto, omnipresente a figura do ato administrativo, inclusivamente no domínio das empreitadas de obras públicas”⁸⁹.

Importa ter presente ainda que, a revisão de 2015 do CPTA incluiu o artigo 185, nº2, em que aponta que “nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”⁹⁰

De fato, tal declaração do legislador foi uma clara abertura à arbitragem e uma confirmação do disposto no artigo 209, nº2 da Constituição Portuguesa, de que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais. Conforme palavras de Mário Aroso de Almeida, a CRP “(...) não se limita, desta forma, a assumir a admissibilidade do recurso à arbitragem como uma forma normal de resolução de conflitos jurídicos, mas vai mais longe, consagrando, de modo inequívoco, a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais”⁹¹.

No domínio constitucional, tem-se ainda o regramento do artigo 212, nº3 da CRP, que resulta que “os tribunais administrativos, em Portugal, não são, pois apenas os

⁸⁶ MOREIRA, Raul Relvas, ob.cit., 232.

⁸⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.16.

⁸⁸ SERRÃO, Tiago. *A arbitragem no CPTA*. 2020. p. 877.

⁸⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.16.

⁹⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.18.

⁹¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem administrativa. Manual de Processo administrativo*. 2010. p.502

tribunais permanentes do Estado, como tais previstos em lei, mas são também os tribunais (administrativos) arbitrais que venham a ser constituídos para dirimir litígios jurídico-administrativos”⁹². Ainda que os tribunais não sejam órgãos de soberania, não há dúvida que estes desempenham uma função jurisdicional.

Com efeito, há que se lembrar do mencionado no artigo 165º, nº1, alínea “p” da Constituição Portuguesa, que se refere à “opção (e devida autorização) para o Governo legislar sobre as referidas matérias e, no que toca à reserva de competência legislativa estadual, face ao que pode (ou não) ser deixado para regulação dos centros de arbitragem”⁹³.

No que respeita ao âmbito da arbitragem administrativa, importa atender, o artigo 1º, nº5 da LAV, responsável por permitir que o Estado e outras pessoas coletivas possam realizar arbitragem em âmbito público, nos termos “ estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”⁹⁴.

Em âmbito geral, a arbitragem administrativa se encontra prevista no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”) nos artigos 180º a 187º.

É o CPTA, no seu título VIII, denominado de “Tribunais arbitrais e centro de arbitragem” responsável por regular de modo arbitragem no direito administrativo, estabelecendo lei especial, a primeira lei da arbitragem voluntária portuguesa -Lei nº 31\86, de 29 de agosto, atualizada pela LAV nº 63\2011, de 1 de dezembro.

Em verdade, o artigo 180º do CPTA é a lei especial a que o artigo 1º, nº5 da nova LAV se refere e, é responsável por definir a extensão possível da arbitragem no direito administrativo em Portugal⁹⁵.

Decompondo o artigo 180, nº 1 do CPTA tem-se que, atualmente, as questões que permitem a arbitragem administrativa são referentes aos contratos, responsabilidade civil extracontratual, da validade de atos administrativos e de empregos públicos. Atente-se para as restrições do artigo 185, nº1 do referido diploma, o qual é válido tanto para a arbitragem *ad hoc* como para a arbitragem institucionalizada⁹⁶.

⁹² ALMEIDA, Mário Aroso de, ob.cit., pp.502-503.

⁹³ PEDRO, Ricardo. *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos. Pretexto, contexto e texto*. 2018, pp.10-11.

⁹⁴ MOREIRA, Raul Relvas, ob.cit., 246.

⁹⁵ CARVALHAL, Ana Paula Z. *A arbitragem administrativa em Portugal*. 2010. Disponível em: 73-210-1-PB (4).pdf. Acesso em: 30.03.2021. p.9.

⁹⁶ MOREIRA, Raul Relvas, ob.cit., 273.

O CPTA diferencia a arbitragem *ad hoc*, disposta nos artigos 181º a 186º, nos quais os tribunais arbitrais são constituídos e atuam na forma determinada na LAV com adaptações; da arbitragem institucionalizada do artigo 187º, havendo uma preferência por esta última.

Igualmente, o CCP também regula o tema da arbitragem *ad hoc* e da arbitragem institucionalizada. Para Ricardo Pedro e António Mendes Oliveira, o artigo 476, nº 2 a 4 do CCP estabelece “um regime para a resolução de litígios através de arbitragem a decorrer num centro de arbitragem, que surge como o ‘regime regra’ e um regime (adicional?) para a arbitragem *ad hoc*, que surge como exceção”⁹⁷. Ou seja, somente se faz uso da arbitragem *ad hoc* quando não puder fazer-se uso da arbitragem institucional⁹⁸.

Como refere José Luís Esquível, à propósito da arbitragem institucionalizada, se descreve pela ingerência de uma “instituição especializada de carácter permanente”⁹⁹, que possui um regulamento de arbitragem e organização própria, na qual as partes se encaminham para resolver o pleito. E, mais adiante refere que, por outro lado, a arbitragem *ad hoc* é a arbitragem que se realiza sem a presença das instituições referidas, tocando as partes designarem árbitros, que funcionaram segundo as regras definida por estas mesmas¹⁰⁰.

Em síntese, no caso das arbitragens institucionalizadas, há que atender ao disposto no artigo 187, nº1 do CPTA, que apresenta uma relação não taxativa de matérias que podem ser levadas à arbitragem institucionalizada¹⁰¹; mas sempre em conjunto com o artigo 476, nº2, alínea “a” do CCP, que pressupõe a existência de uma pluralidade de centros de arbitragem no âmbito do direito administrativo¹⁰²

Em verdade, a doutrina entende que, em regra, os tribunais arbitrais apoiados por centros de arbitragem tendem a providenciar uma arbitragem de maior qualidade do que a arbitragem *ad hoc*. Conforme Ricardo Pedro, tanto autores nacionais e estrangeiros da área administrativo, compreendem que a arbitragem deve ser institucionalizada, vez que esta apresenta-se como a forma mais evoluída da arbitragem e o meio mais apto para

⁹⁷ PEDRO, Ricardo; OLIVEIRA, António Mendes. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. Almedina, 2020. p.281.

⁹⁸ PEDRO, Ricardo. *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*. 2018.p.35.

⁹⁹ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. 2004. p.117.

¹⁰⁰ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. 2004. p.117.

¹⁰¹ PEDRO, Ricardo. *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*. 2018.p.35.

¹⁰² PEDRO, Ricardo. *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?*. 2018.p.24.

inúmeras autarquias locais, de modo a constituir centros de arbitragem de âmbito público a nível local¹¹¹.

Coincidente com tal entendimento, Pedro Ricardo compreende que “(...) a existência de uma pluralidade de centros de arbitragem em matéria de direito administrativo, que proporcione o aumento da oferta da arbitragem administrativa, com uma variedade organizacional e uma descentralização territorial, revela-se desejável”¹¹².

Cumprе anotar ainda que, podem haver arbitragens institucionalizadas sem ser no CAAD, como é o caso do recém criado centro arbitragem institucionalizada sob a guarida da Associação Portuguesa dos Mercados Públicos- APMEP¹¹³, programado em específico para a arbitragem de contratos públicos, que em conjunto com o CAAD constituem-se os dois centros de arbitragem com impacto nesta matéria¹¹⁴.

Acresce-se a todo esse regramento, o Código dos Contratos Públicos, que se trata de mais um diploma, que desde 2017, regula em particular a arbitragem pré-contratual e a arbitragem contratual¹¹⁵. De fato, o artigo 476º do CCP aditado pelo Decreto-Lei nº 111-B\2017, reconhece expressamente a possibilidade ao uso da arbitragem para resolver “litígios emergentes de procedimentos ou de contratos aos quais se aplique o CCP”¹¹⁶

Feita esta breve introdução, vejamos os pontos que geram dificuldades na aplicação, tanto do artigo 476 do CCP, quanto da legislação em geral.

Sabe-se que, a convenção de arbitragem pode ser realizada tanto por cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Na cláusula compromissória, as partes aceitam à princípio, submeter seu futuro litígio à arbitragem. Já o compromisso arbitral, somente é celebrado diante do conflito¹¹⁷.

¹¹¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. 2010.p.523.

¹¹² PEDRO, Ricardo. *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something diferente?*. 2018.p. 24.

¹¹³ PORTUGAL. Despacho nº 7534\2016. Diário da República eletrônico. Disponível em: Despacho 7534/2016, 2016-06-07 - DRE. Acesso em 09.04.2021.

¹¹⁴ MIMOSO, Maria João. e outro. *Administrative arbitration in public procurement: a look at Portuguese law*. 2019. Disponível em: 17. Mimoso, Anjos.pdf (tribunajuridica.eu). Acesso em 09.04.2021. p.204.

Acrescenta a autora: “Deve-se notar que, no caso de o CAAD, a lista de árbitros é aberta à competição, ou seja, a lista anual consulta pública, permitindo amplo acesso de juristas com currículo adequado aos requisitos legais de recrutamento com total transparência”.

MIMOSO, Maria João e outro, ob.cit., p.204.

¹¹⁵ Cfr.Gonçalo Guerra Tavares e outro: “Como foi assumido pelo legislador nacional no preâmbulo do Decreto-Lei nº 111-B\2017, de 31 de agosto (...) `ao nível do descongestionamento dos tribunais, estabelecendo-se um regime que promove a resolução alternativa de litígios, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizada, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios que oponham cidadãos e empresas às entidades públicas em matéria de contratação pública”.

TAVARES, Gonçalo Guerra e outro, ob.cit., p.313.

¹¹⁶ TAVARES, Gonçalo Guerra e outro, ob.cit., 2019. p.313.

¹¹⁷ ALMEIDA, Mario Aroso de. *Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo*. 2012. p. 213.

Uma questão delicada, está atrelada ao artigo 180 do CPTA e artigo 476 do CCP, em que se estabelece que para que se possa aplicar a arbitragem nos litígios relacionados aos procedimentos pré-contratuais e/ou contratuais do CCP é necessário primeiramente que a entidade adjudicante anteveja essa opção de maneira expressa nas peças do procedimento, com indicação do centro de arbitragem institucionalizado¹¹⁸.

Donde se entende que, a entidade adjudicante possui uma ampla escolha na submissão de seus litígios de contratação vindouros ao recurso da arbitragem. Por tal razão a regra do artigo 476, nº2 do CCP que menciona que todos os interessados (candidatos e concorrentes) declarem de modo expreso em suas candidaturas ou proposta, que aceitam o recurso da arbitragem¹¹⁹.

Entende Fausto de Quadros que estaria se perante uma arbitragem voluntária, pois a Administração não está obrigada a aceitar o compromisso arbitral, existindo tão só o dever de resposta¹²⁰.

Gonçalo Guerra Tavares e António Magalhães e Menezes entendem que se a adesão de adesão de arbitragem realizada pelos interessados, não ser obrigatória, isso inviabilizaria a utilização da arbitragem na fase pré-contratual. Concluem que não os parece que o compromisso arbitral imposto pela entidade adjudicante e que depende da aceitação expressa da outra, venha por modificar a arbitragem em necessária¹²¹.

Contrariamente, entendem Mario Aroso de Almeida e Carlos Fernandes Cadilha que “a lei que vier a regulamentar as condições de exercício do referido direito (“nos termos da lei”) poderá fazer operar um verdadeiro direito potestativo”¹²².

Finalmente, nesse particular, para Tiago Serrão, apesar de entender que não foi o intento do legislador em transformar a arbitragem em necessária, haveria “dúvidas de conformidade jurídica dessa solução, em particular, por confronto com normativos de Direito da União Europeia, em matéria de contratação pública”¹²³.

Outro ponto em discussão, cinge-se a questão do disposto no artigo 476 do CCP, que prevê que para contratos públicos de valor superior a 500.000 euros, seja obrigatória

¹¹⁸ TAVARES, Gonçalo Guerra. e outro, ob.cit., 2019. p.319.

¹¹⁹ TAVARES, Gonçalo Guerra. e outro, ob.cit., 2019. p.319.

¹²⁰ CARVALHO, Alexandre Marques de. *Arbitragem no direito administrativo*. 2013. Disponível em: Arbitragem no direito administrativo (slideshare.net). Acesso em 23.08.2021.p.6.

¹²¹ TAVARES, Gonçalo Guerra e outro, ob.cit., 2019. p.322.

¹²² CARVALHO, Alexandre Marques de, ob cit. p.6.

¹²³ SERRÃO, Tiago. *A arbitragem no CPTA*. 2020. p.888.

a interposição de recurso, o que significa uma exceção ao regime geral da LAV, que estabelece o princípio da irrecorribilidade da decisão arbitral¹²⁴

Há de se pontuar ainda a reforma de 2019 do CPTA, que no entender de Tiago Serrão teve duas principais inovações “um regime (muito) favorável ao recurso para os tribunais estaduais de decisões arbitrais administrativas e um regime inovador, em matéria de publicidade, também das decisões arbitrais administrativas”¹²⁵

Por fim, lembremos ainda que, o CPTA não cingiu a permitir a arbitragem e a definir o âmbito de arbitrabilidade, mas sim, passou a estipular um regime jurídico próprio para a arbitragem administrativa, embora esta seja tida como inconclusa¹²⁶. Nessa perspectiva, tem-se que, apesar da regulação da matéria no CPTA e no CCP, o legislador não demonstrou uma preocupação com pontos específicos da arbitragem administrativa¹²⁷.

Acerca do tema, importa enfatizar o exposto por Ricardo Pedro que questiona se não existiria a necessidade de uma lei única para a arbitragem de direito público. Segundo o autor, “não quer significar que este regime se considere autossuficiente e\ou que a doutrina o considere suficiente para regular o tema da arbitragem administrativa”¹²⁸.

No mesmo norte é o entendimento de Mário Aroso de Almeida, que entende que as razões para a necessidade de um lei para a arbitragem administrativa podem ser extraídas do CPTA¹²⁹. Segundo ele, mesmo com a revisão de 2015, o regime do CPTA não propicia a arbitragem administrativa uma demarcação adequada para responder as variadas necessidades. Segundo ele: “a começar pela remissão genérica que, de modo inadequado, faz no nº1 do artigo 181º, para a lei de arbitragem voluntária ‘com as necessárias adaptações’, que ninguém sabe quais são, nem onde começam e onde terminam”¹³⁰.

¹²⁴ FERNANDES, Luísa. E outros. *Novas fronteiras da arbitragem em direito administrativo em Portugal e no Brasil*. In: Arbitragem em direito público. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (Coord.). FGV Projetos. Disponível em: fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf. Acesso em 17.08.2021.p.71.

¹²⁵ SERRÃO, Tiago. *A arbitragem no CPTA*. 2020. p.912.

¹²⁶ CARVALHAL, Ana Paula Z *apud* Pedro Gonçalves, ob.cit., p.9.

¹²⁷ CARVALHO, Ana Celeste e outros. *Arbitragem administrativa: uma proposta*. 2019, p.5.

¹²⁸ PEDRO, Ricardo. *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos*. 2018, p.11.

PEDRO, Ricardo. *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos*. 2018, p.11.

¹²⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.13.

¹³⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.20-21.

Cfr. Mario Aroso de Almeida: -“(…) reiterando a convicção de que só um regime normativo mais circunstanciado do que aquele que presentemente resulta do CPTA- que, a exemplo do que sucede na

Conjuntamente conclui Tiago Serrão, que o quadro normativo da arbitragem, apesar das revisões do CPTA em 2015 e 2019, continua insatisfatório. Menciona: “ao invés de um tratamento legislativo fragmentado, como aquele que tem sucedido entre nós, é preferível que se aposte num diploma legal, especificamente dedicado à arbitragem administrativa voluntária”¹³¹

arbitragem tributária, aposte num modelo de arbitragem institucionalizada a cargo de árbitros especializados e rodeado de um conjunto de garantias de natureza organizatória e procedimental- poderá criar condições que, em sede arbitral, possam ser proferidas decisões imbuídas do espírito próprio que deve presidir à resolução de litígios de Direito Administrativo (...).”

ALMEIDA, Mário Aroso de, ob.cit., p.21.

Ainda: (...) a solução mencionada, no que diz respeito à possibilidade do julgamento segundo a equidade, não basta para dar resposta às necessidades que decorrem das exigências da ordem pública que conformam as relações jurídicas administrativas, tanto no plano do direito substantivo, como do direito processual- como também não basta a regra da publicidade das decisões arbitrais, consagrada no novo artigo 185-B (...).”

ALMEIDA, Mário Aroso de, ob.cit., p.18.

¹³¹ SERRÃO, Tiago, ob.cit., p.913.

Continua Tiago Serrão: “Efetivamente, mais do que passos isolados, em direções nem sempre coincidentes, dispersos por diplomas legais, o que se afigura necessário, no domínio da arbitragem administrativa voluntária, é uma reflexão de fundo, e projeção de futuro, marcadamente unificada. É o que se propugna, de modo a evitar que o quadro legislativo em matéria de arbitragem administrativa se torne progressivamente mais complexo e de difícil compatibilização quanto às suas peças normativas fundamentais”.

SERRÃO, Tiago, ob.cit., p.913.

3. DO DIREITO ESTRANGEIRO E *DISPUTE BOARD*

3.1. Contribuições do direito estrangeiro

Como decorrência das inquietações com a efetividade do direito administrativo¹³² da contratação pública, bem como, com a tutela jurisdicional efetiva, principalmente no plano do contencioso pré-contratual, vem à tona a importância de novos meios (meio competência) de resolução de conflitos na área da contratação pública, em contraponto aos órgãos judiciais. Como refere Ricardo Pedro “a preocupação da União nesta matéria é da existência de um recurso rápido, eficaz e independente”¹³³.

A arbitragem, aparece como uma alternativa segura e célere na resolução dos conflitos da contratação pública, sendo cada vez mais aceita.

Por outro lado, as Diretivas-Recursos, apresentaram adicional alternativa, que é o estabelecimento de instâncias que não sejam de natureza jurisdicional e que possam julgar o recurso de contratação, as instâncias administrativas.

Propõe-se analisar dois meios (meio competência), indicados a responder os problemas de contratação pública: arbitragem e instância administrativa.

Para a análise mais acurada dos dois modelos, optou-se por um estudo em específico dos institutos, em alguns Países da União Europeia, que poderiam aportar informações úteis no tocante a questão central.

Primeiramente, para a análise da instância administrativa, se realizará uma radiografia das experiências da Espanha, Alemanha e Dinamarca.

A eleição pela Espanha, deu-se em razão do Tribunal de Recursos Contratuais apresentar-se como uma solução muito eficaz ante os órgãos judiciais.

¹³² Cfr. Isabel Celeste Fonseca: “na actualidade, num momento em que as sociedades mais vivem a cultura da urgência e em que procuram roubar tempo ao próprio tempo, é quando a tutela jurisdicional mais sofre de demora. Na actualidade, a demora do processo não é apenas fisiológica, mas é também patológica”. MAGALHÃES, Paulo Eduardo Ferreira de. *apud* Isabel Celeste Fonseca. *Ensaio para uma efetivação da tutela judicial efetiva- O tempo no processo administrativo*. 2013. Disponível em: FEP - Ensaio para uma efetivação da tutela judicial efetiva – O tempo no processo administrativo (up.pt). Acesso em 10.04.2021. p.25.

¹³³ PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de Lei nº 168/XIII. Estudos sobre a arbitragem (em especial, de direito público)*. 2019. p.71.

Cfr. Gimeno Feliú: “(...) um ordenamento jurídico que se pretenda efetivo e eficiente na aplicação de suas previsões necessita de mecanismos procedimentais e processuais que permitam reparar e corrigir de forma eficaz as contravenções ao disposto”.

CANDELA TALAVERO, José Enrique *apud* Gimeno Feliú. *El recurso especial en materia de contratación en el ámbito local*. 2020. p.239. Tradução nossa.

3. Do direito estrangeiro e *dispute board*

Optou-se ainda por estudar o ordenamento jurídico alemão, pois este pertence ao mesmo sistema romano-germânico que Portugal, e diante do fato da Alemanha, contar com direito público moderno e desenvolvido, inclusive quanto aos órgãos administrativos.

A estrutura jurídica da Dinamarca foi priorizada, pois a regra nesse ordenamento é resolver os conflitos em meio administrativo, sendo o órgão judicial a exceção.

Na segunda parte atinente à arbitragem, o estudo de direito estrangeiro se centrou em dois Países: Itália e França.

O ordenamento jurídico italiano, possui uma larga tradição jurídica, o que possibilitou realizar o estudo com mais confiança.

A opção da França deu-se em razão de que, apesar da vigência do princípio da interdição à arbitragem de direito administrativo, há importantes estudos doutrinários que incentivam o uso da arbitragem em âmbito público.

3.2. Instância administrativa

Como refere Ricardo Pedro, 14 Estados-Membros optaram pela solução dos conflitos da contratação pública, em primeira instância, por meio das entidades administrativas, denominada também de justiça administrativa especial, a saber: Bulgária, Chipre, República Checa, Alemanha, Dinamarca, Estónia, Espanha, Croácia, Hungria, Malta, Polónia, Roménia, Eslovénia e Eslováquia¹³⁴.

De referir que, esta tendência da resolução de litígios administrativos por meio de uma instância administrativa, não se desenvolve somente na União Europeia. Na América Latina, Países como o Peru e Panamá, também optaram por esse modelo institucional¹³⁵.

Os Países europeus selecionados por sua própria relevância, que dispõem de instância administrativa, são os seguintes: Espanha, Alemanha e Dinamarca.

¹³⁴ PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas ... e notas breves sobre a proposta de Lei nº 168/XIII. Estudos sobre a arbitragem (em especial, de direito público)*. 2019. p.70.

¹³⁵ GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales*. 2010. Disponível em: 61484151.pdf (core.ac.uk). Acesso em 14.04.2021.pp. 43-63.

3.2.1. Espanha

Em princípio, as Diretivas Recursos não foram incorporadas na Lei nº 13\1995, de 18 de maio, de contratos da Administração Pública, sob o argumento de que o sistema jurídico já possuía uma correta proteção ao licitador.

A posteriori, em virtude dessa postura, o Tribunal de Justiça por meio do pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de maio de 2003, Comissão c. Reino de Espanha, C-214\00 e o acórdão de 16 de outubro de 2003, Comissão c. Reino de Espanha, C-283\00, sancionou Espanha por não aplicar o sistema de recursos que dispunha a Diretiva 89\665\CEE¹³⁶.

Devido a referida jurisprudência, Espanha modificou sua normativa de contratos administrativos- Lei 62\2003, de 30 de dezembro.

Entretanto, tal modificação foi insuficiente, de acordo com as jurisprudências comunitárias de 13 de janeiro de 2005 e Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de abril de 2008, Comissão c. Reino de Espanha, C-444\06.

De modo a atender aos reclamos da Comunidade Europeia, publicou-se a Lei 30\2007, de 30 de outubro, de contratos do setor público, em que se contava ainda com a ausência de um Tribunal de contratos independente.

Ulteriormente, o Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de abril de 2008 (Comissão\Espanha, C-444\06), condenou novamente a Espanha por incumprir com a Diretiva 89\665\CEE, pontuando que o prazo suspensivo da adjudicação provisória e de sua suspensão automática quando é objeto de recurso especial previsto na Lei de Contratos de Setor Público-LCSP, não garante a existência de um prazo entre a adjudicação e a celebração de contrato, que permita aos licitadores não ganhadores da licitação recorrer de maneira efetiva a decisão de adjudicação. Além do mais, não se previa uma instância independente¹³⁷.

Diante desse histórico, aprovou-se a Lei 34\2010, de 5 de agosto, modificando as Leis 30\2007, 31\2007 e 29\1998, de 13 de julho, com o objetivo de transpor a Diretiva 2007\66\CE e cumprir com as observações da jurisprudência comunitária. A Lei foi responsável por introduzir um novo recurso com aplicação restrita em matéria contratual e a criação de um Tribunal administrativo independente, destinado para resolvê-lo¹³⁸.

¹³⁶ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p.59.

¹³⁷ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 67.

¹³⁸ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 67.

Com efeito, diante da opção da Diretiva nº 2007/66/CE de atribuir a competência para a resolução do recurso tanto a órgãos jurisdicionais ou a um órgão administrativo, a Lei 34/2010 preferiu por atribuí-la à um órgão administrativo¹³⁹.

Em síntese, a Espanha optou por criar um Tribunal administrativo especializado de plena jurisdição e independente, que assume a forma de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), ligado ao Ministério da Fazenda, responsável pelo procedimento do recurso¹⁴⁰.

Note-se ainda que, a Lei 34/2010 prevê a criação de tribunales similares pelas Comunidades Autónomas, podendo ainda, optar por atribuir competência, por meio da celebração de convênio¹⁴¹, ao próprio Tribunal Central. Atualmente, criaram Tribunais próprios de contratação pública: Madrid¹⁴², Aragón¹⁴³, Castilla y León¹⁴⁴, Navarra¹⁴⁵, Andalucía¹⁴⁶, Cataluña¹⁴⁷, Extremadura e Galicia¹⁴⁸, País Vasco¹⁴⁹ e Canarias¹⁵⁰.

Sendo certo que, em seguida, aprovou-se o Real Decreto Legislativo nº 3/2011, de 14 de novembro-lei dos contratos do setor público¹⁵¹, em que se reconhecia o caráter voluntário do recurso especial. Logo, se poderia optar por ir resolver os conflitos do campo da contratação pública, no Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais ou no órgão jurisdicional¹⁵².

Atualmente, o tema do órgão competente para a resolução do recurso na Administração Geral do Estado está regulado no artigo 45 da Lei 9/2017, de 8 de

CANDELA TALAVERO, José Enrique *apud* Pardo García- Valdecasas, ob. cit., p. 69. Tradução nossa.

¹³⁹ Cfr. José Maria Gimeno Feliu: “A opção espanhola para transpor as exigências de um recurso rápido e eficaz (...) tem sido a de regular um recurso administrativo *ad hoc* cuja competência se estabelece em um Tribunal administrativo independente especializado (a diferença, por exemplo, da opção da França)”.

GIMENO FELIU, José Maria. “*La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España*”. 2016. p.6.

¹⁴⁰ HIDALGO ALBIA, Fernando Javier. “*El Tribunal administrativo central de recursos contractuales*”. 2021. Disponível em: Presentación - Carta del Presidente: Ministerio de Hacienda. Acesso em 13.04.2021. p.2. Tradução nossa.

¹⁴¹ Vide artigo 46.1.2, LCSP2017 e artigo 10 RD 814/2015.

¹⁴² Vide tacp | (comunidad.madrid)

¹⁴³ Vide Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA). Índice de contenidos. Gobierno de Aragón (aragon.es)

¹⁴⁴ Vide Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. - Consejo Consultivo de Castilla y León (cccyl.es)

¹⁴⁵ Vide Tribunal Administrativo Contratos Públicos - Portal de Contratación - navarra.es

¹⁴⁶ Vide Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales - Consejería de Hacienda y Financiación Europea - Junta de Andalucía (juntadeandalucia.es)

¹⁴⁷ Vide Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Gobierno abierto (gencat.cat)

¹⁴⁸ Vide Inicio | Tribunal administrativo de Contratación Pública de Galicia (xunta.gal)

¹⁴⁹ Vide Información General - Órgano administrativo de recursos contractuales (OARC) (euskadi.eus)

¹⁵⁰ Vide TACP - Tribunal Administrativo de Contratación Pública (gobiernodecanarias.org)

¹⁵¹ Vide artigos 40 a 49 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

¹⁵² CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 72.

novembro, de Contratos do Setor Público- LCSP2017¹⁵³, devidamente atualizada com sua última publicação de 31.12.2020.

A principal característica dos tribunais encarregados da resolução dos recursos especiais é a independência, seja ela do próprio órgão, como de seus membros¹⁵⁴. Como expõe García-Valdecasas, a opinião da doutrina é a de que são necessários três pontos para que se considere um órgão como independente: ausência de controle por outros órgãos pertencentes a sua própria estrutura, pelos órgãos de caráter político e, pelas partes do procedimento¹⁵⁵.

No tocante à sua composição, é formado por um mínimo de, um Presidente e dois vogais, número este que poderá ser ampliado, todos com inamovibilidade- artigo 45, nº4 da LCSP2017. Os vogais designados deverão ser funcionários de carreira do grupo A1, com a titulação de direito e que hajam desempenhado sua atividade profissional por um tempo superior a 10 anos, preferentemente no âmbito do direito administrativo e contratação pública. Já o Presidente do Tribunal deve ter todos os requisitos exigidos aos vogais e uma atividade profissional superior a 15 anos¹⁵⁶.

Cumprir referir ainda que entre as inúmeras medidas da nova LCSP2017, há que se observar o artigo 46.4 acerca das corporações locais. Conforme o regramento, os Municípios de grande população, poderão criar um órgão especializado e de funcionamento independente para resolver o recurso especial¹⁵⁷.

¹⁵³ ESPANHA. Ley 9\2017. Boletín Oficial del Estado. 2010. Disponível em: BOE.es - BOE-A-2017-12902 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Acesso em 20.04.2021.

¹⁵⁴ Segundo Gustavo Merino Gómez: “(...) os membros do TACRC gozam de um status semelhante ao dos membros dos principais órgãos constitucionais, são independentes e tem inamovibilidade, não podem ser removidos de seus postos a menos que pelas razões estabelecidas na própria lei”.

GÓMEZ, Gustavo Merino. *Los nuevos Tribunales administrativos de recursos contractuales: aproximación a los modelos autonómicos*. 2011. Disponível em: Dialnet-LosNuevosTribunalesAdministrativosDeRecursosContra-3669596 (4).pdf. Acesso em 27.04.2021. p.126. Tradução nossa.

¹⁵⁵ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 243.

¹⁵⁶ ESPANHA. Ley 9\2017. Boletín Oficial del Estado. 2010. Disponível em: BOE.es - BOE-A-2017-12902 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Acesso em 20.04.2021.

Complementa José Enrique Candela Talavero: “Necessária profissionalização que se impõe pela complexidade do próprio tema de compras públicas, por um lado, para “conhecer em profundidade as reviravoltas e baixos desta regulamentação e, acima de tudo, saber como aplicá-la, saber se está sendo aplicada com a habilidade e habilidade devida, ou como ela deve ser interpretada, o que não é alcançado se você não tiver uma familiarização intensa com o setor e considerável experiência prática”.

CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 72. Tradução nossa.

¹⁵⁷ ESPANHA. Ley 9\2017. Boletín Oficial del Estado. 2010. Disponível em: BOE.es - BOE-A-2017-12902 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

Como defende José Enrique Candela Talavero, o perigo da falta de imparcialidade gerada pelo grande número de Tribunais, se realça ainda mais com a LCSP2017, ao prever que os Municípios de grande população podem decidir criar um órgão especializado e independente. Para ele, tal norma pode “resultar disfuncional tanto em términos de eficiencia como de garantias de imparcialidade”¹⁵⁸.

Em última análise, devemos pontuar alguns comentários no que toca a relevância do órgão administrativo em descongestionar o contencioso administrativo da contratação pública. Conforme nos apresenta Maria José Santiago Fernández, o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales da Junta de Andalucía das 900 soluções que ditou até setembro de 2015, somente 54 delas foram recorridas ante a jurisdição contenciosa, sendo que destes recursos, oito foram resolvidos no sentido favorável à resolução do órgão administrativo¹⁵⁹.

Assim, para a referida autora, “a motivação e qualidade das resoluções ditadas pelo TARCJA constitui a principal arma dissuasória para acudir a jurisdição do contencioso administrativo”. Segundo ela, são escassas as resoluções da TARCJA apeladas, o que gera economia para a Administração, decorrente do custo que esses processos judiciais acarretam¹⁶⁰.

Sem embargo, no entendimento do professor Juan Alfonso Santamaría Pastor, o fato da Espanha ter optado por um sistema de órgãos administrativos, foi completamente sem propósito. Argumenta que os recursos em âmbito da contratação pública são diminutos, em razão do medo dos concorrentes em prejudicar a pontuação que podem

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Acesso em 20.04.2021.

Esclarece José Gerardo Gómez Melero: “Para nos situar, devemos lembrar que a administração local na Espanha é composta por 8.124 municípios, 50 províncias, 11 ilhas, 3.708 entidades locais de alcance territoriais inferiores ao Município, 979 comunidades, 82 municípios, 3 áreas metropolitanas e 38 grupos de diversos tipos (...). Bem, dos 8.124 Municípios, aproximadamente podemos considerar que 145 têm mais de 50.000 habitantes; 400 municípios têm uma população de mais de 20.000 habitantes (...)”
GOMÉS MELERO, José Gerardo. *Tratado de contratos del sector público*. 2018. pp.2711-2712. Tradução nossa.

¹⁵⁸ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., pp.277-283.

¹⁵⁹ SANTIAGO FERNÁNDEZ, Maria José. “*Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro*”. 2015. Disponível em: Auditoría Pública nº 66 pag 105-118.pdf (asocex.es). Acesso em 27.04.2021. p.110.

¹⁶⁰ SANTIAGO FERNÁNDEZ, Maria José, ob. cit., p. 110.

Anota ainda: “Esses Tribunais constituem um instrumento básico para o controle de práticas corruptas em contratos públicos, tornando-se, assim, um dos principais mecanismos disponíveis à Administração Pública para garantir transparência e boa governança em um setor tão vital para a economia como o de contratações públicas e para alcançar o respeito aos princípios básicos das contratações públicas estabelecidos no artigo 1º da TRLCSP”.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, Maria José, ob. cit., p. 118. Tradução nossa.

obter nos critérios de avaliação. Por fim, assinala que os conflitos nas contratações não são relativos somente ao licitante e a Administração, mas também são advindos de relações multilaterais ou poligonais, argumentando que “de pouco serve, deste ponto de vista, a elevada cota de estimativas que esses órgãos exibem comparativamente (...) pois o licitante vencido nesses recursos invariavelmente segue, posteriormente, para a jurisdição contencioso- administrativa”¹⁶¹

O autor acrescenta ainda que, apesar da estrutura orgânica das Comunidades Autônomas ser previsível e da perspectiva jurídico constitucional não ser censurável, não pode se dizer que há exatamente funcionalidade, por dois motivos: primeiramente porque pode ocorrer uma disparidade de critérios e, em segundo lugar pelo fato de que a pluralidade de Tribunal pode criar impossibilidade da interposição de recurso pelo recorrente, em caso de que este por erro dirija o recurso a um Tribunal que se declare incompetente e, fatalmente quando apresente seu recurso ao Tribunal competente, tenha excedido o prazo¹⁶².

Em outra senda, no entendimento do professor José Maria Gimeno Feliu “a eliminação de órgãos autonómicos de controle existentes (...) seria um passo atrás, pois a centralização do controle do órgão estatal poderia levar o colapso do sistema, com a consequente perda de uma de suas principais características: a rapidez da resolução”¹⁶³.

3.2.2. Alemanha

Com uma regulação de características muito similares ao que Espanha introduziu com a reforma da Lei 34\2010¹⁶⁴, Alemanha têm utilizando há tempos, a instância administrativa para a resolução de litígios administrativos¹⁶⁵.

¹⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales*. 2015. Disponível em: 4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756 (asambleamadrid.es). Acesso em 27.04.2021. p.57. Tradução nossa.

¹⁶² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob.cit, p. 59. Tradução nossa.

¹⁶³ FELIU, José Maria Gimeno. “*Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones públicas. Balance y prospectiva*”. 2013. Disponível em: 251-3644-2-PB (6).pdf. Acesso em 28.04.2021. p.101. Tradução nossa.

¹⁶⁴ Segundo Ricardo García Macho: “Há uma notável evolução das ações no campo da jurisdição contenciosa-administrativa espanhola como resultado da clara influência da lei alemã”.

MACHO, Ricardo García. *Acotaciones a la influencia de la ley de la justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso- administrativa española*. Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción, 2009. pp.81-82. Tradução nossa.

¹⁶⁵ GONZALEZ- VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “*La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales*”. 2010. Disponível em: 61484151.pdf (core.ac.uk). Acesso em 14.04.2021. pp. 43-63. Tradução nossa.

Impõe-se mencionar precipuamente que, na Alemanha, a proteção legal dos proponentes não selecionados, é regulada pela seção §97, parte IV da Lei Federal contra restrições à concorrência- *GWB*¹⁶⁶.

Das regras sobre o funcionamento do *Vergabekammern* (Tribunais de Compras Públicas) no §156 do *GWB*, retira-se que que a revisão das concessões dos contratos públicos “será realizada pelas Câmaras de Compras da Federação para contratos públicos e concessões atribuíveis à Federação, às Câmaras de Compras do *Länder* pelos contratos públicos e concessões a lhes atribuíveis”¹⁶⁷.

Nestes termos, o *Vergabekammern* apresenta-se como a 1ª instância de proteção legal dos proponentes não selecionados na contratação pública, sendo responsáveis por garantir que as disposições relativas aos contratos públicos se achem prestigiadas no decorrer do procedimento de adjudicação¹⁶⁸.

Em rigor, os *Vergabekammern* não são considerados autênticos Tribunais, mas sim, Tribunais Administrativos, ainda que que sejam encarados como tribunais no entendimento do artigo 267 TFUE¹⁶⁹.

Aponta Karl-Peter Sommermann: “Nos anos 60 e 70 do século XIX, quando na França (1872) e logo também Espanha (1888) estava transformando o controle pelo Conselho de Estado de uma justiça retida em uma justiça delegada, os primeiros tribunais administrativos foram criados em vários *Länder* alemão. Em primeiro lugar, os órgãos especializados da Administração Pública continuaram a operar; mas, na última instância, os tribunais independentes estavam agora intervindo”.

SOMMERMAN, Karl Peter. *El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho*. Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción, 2009. pp.4-5. Tradução nossa.

¹⁶⁶ STELKENS, Ulrich. *Administrative Appeals in Germany*. Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law. 2014. pp.41-42. Tradução nossa.

¹⁶⁷ ALEMANHA. *Lei contra restrições da Concorrência*, de 26.08.1998 *GWB*. Bundesministerium der Justiz unter der Verbraucherschutz. Disponível em: *GWB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis (gesetz-im-internet.de)*. Acesso em 07.08.2021. Tradução nossa.

¹⁶⁸ STELKENS, Ulrich, ob. cit., p. 41. Tradução nossa.

Conforme Juan Carlos Cassagne e outros: “Os tribunais que fazem parte da organização da justiça administrativa têm, na Alemanha, uma série de características peculiares e atípicas, como as estruturas clássicas dos estados federais que seguiram, nesse ponto, o modelo americano (...)” Ainda: “A explicação desse peculiar sistema organizacional de justiça administrativa responde à tradição jurídica forjada durante o processo de unificação do império alemão e posteriormente assumida pela República Federal na Lei Básica de Bonn de 1949 que, nessa área consolidou o Estado de Direito com base no princípio da efetiva proteção judicial (...)”

CASSAGNE, Juan Carlos e outros. *Reflexiones sobre la ley de la justicia administrativa alemana (Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO-)* Desde el derecho administrativo argentino. Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción. 2009. pp.42 e 44. Tradução nossa.

¹⁶⁹ STELKENS, Ulrich, ob. cit., p. 41. Tradução nossa.

Dentro dessa lógica, tem-se que a decisão final do *Vergabekammern* é tida como um *Verwaltungsakt*¹⁷⁰ §168 GWB, ou seja, perfeitamente executável pelas partes¹⁷¹.

Importa referir também que, no âmbito federal os *Vergabekammern* são estabelecidos no *Bundeskartellamt* (Escritório Federal de Cartéis), sendo os *Vergaberkammern Lander* estabelecidos em diferentes *Land* de autoridades administrativas¹⁷².

Conforme pontua relatório da Comissão Europeia, fica a cargo do Governo Federal estipular o número imprescindível de Câmaras no Federal Escritório da Competição. Já no caso dos *Länder*, ao determinar suas Câmaras de Aquisições Estaduais, devem garantir a participação de pelo menos uma pessoa qualificada e com bons conhecimentos de contratos públicos para ocupar o cargo judicial¹⁷³.

No tocante aos seus membros, dispõe o §157, II do GWB que os Tribunais de compras públicas adotaram decisões por meio de “um presidente e dois membros associados, um dos quais exercerá suas funções de honorário (membro associado honorário)”¹⁷⁴. O presidente e o membro associado regular devem ser funcionários públicos vitalícios com qualificação para servir no serviço administrativo superior ou funcionários comparativamente experientes. O presidente ou membro associado de tempo integral deve ser qualificado para servir como juiz. Os membros associados devem ter um conhecimento profundo de contratação pública. Além disso, os membros associados honorários devem ter vários anos de experiência prática no domínio dos contratos públicos”¹⁷⁵. Seu mandato tem duração de cinco anos.

Com efeito, os membros dos Tribunais administrativos na Alemanha, assim como na Espanha, tomam suas decisões de forma independente, estando sujeitos apenas à lei.

Além do mais, a estrutura dos Tribunais é similar ao Tribunal de Justiça, cabendo aos litigantes pagarem os custos e despesas¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Menciona Ulrich Stelkens: “(...) Um *Verwaltungsakt* será qualquer ordem, decisão ou outra medida soberana tomada por uma autoridade para regular um caso individual na esfera do direito público e destinada a ter um efeito jurídico externo direto”.

STELKENS, Ulrich., ob. cit., pp.7-8. Tradução nossa.

¹⁷¹ STELKENS, Ulrich., ob. cit., p.41. Tradução nossa.

¹⁷² STELKENS, Ulrich, ob. cit., p.41. Tradução nossa.

¹⁷³ _____. *Public Procurement in the European Union. Practical guide on remedies*. European Commission. Disponível em: Microsoft Word - msoCC388.doc (sigmaweb.org). Acesso em 23.04.2021. p.105. Tradução nossa.

¹⁷⁴ _____. *Public Procurement in the European Union*, ob. cit., p.105. Tradução nossa.

¹⁷⁵ STELKENS, Ulrich, ob.cit., pp.41-42. Tradução nossa.

¹⁷⁶ _____. *Country case: Specialised public procurement tribunals in Germany*. OECD, 2016. Disponível em: specialised-public-procurement-tribunals.pdf (oecd.org). Acesso em 29.04.2021. p.1.

O procedimento de revisão do *Vergabekammern* é técnico, baseado em fatos, mas com garantias processuais¹⁷⁷. Encontra-se disciplinado §160 e seguintes, dependendo o pedido de condições estritas- §160 III do GWB. O objetivo do procedimento é retratado em 168, I¹⁷⁸ do GWB.

Assinala-se ainda que, as decisões são geralmente proferidas em cinco semanas, sendo estas de caráter vinculativo¹⁷⁹, conforme mencionado anteriormente.

De resto, insta aclarar que é possível interpor recurso contra as decisões de um Tribunal de contratos públicos¹⁸⁰, contudo nesse caso os processos judiciais podem demorar seis meses ou mais, para uma decisão¹⁸¹.

Como vimos, bem delineado pelas palavras de Santiago González-Varas Ibáñez, “Como a essencialidade civil não pôde ser mantida, finalmente se desenvolveu um sistema puramente administrativo de controle das adjudicações contratuais baseado no controle realizado por instâncias de natureza ministerial”¹⁸².

3.2.3. Dinamarca

Inicialmente cabe observar que, apesar da ausência de um estatuto próprio que vem a regulamentar a administração da Justiça dinamarquesa, o tema da revisão na contratação pública é regulado pela Seção 25 do Guia administrativo geral dinamarquês- Lei de Procedimentos (*Forvaltningsloven*), que conjectura a existência e a complexidade da revisão administrativa. Nesse particular, Inger Marie Conradsen and Michael Gøtze, nos alerta que “Esta ausência de uma estrutura legal não deve ser confundida com a ausência de regras. Pelo contrário, o marco regulatório é vasto e diverso, pois consiste em

¹⁷⁷ OECD, ob. cit., p.1.

¹⁷⁸ ALEMANHA. *Lei contra restrições da Concorrência*- GWB. Bundesministerium der justiz under fur Verbraucherschutz. Disponível em: GWB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis (gesetz-im-internet.de). Acesso em 07.08.2021. Tradução nossa.

¹⁷⁹ OECD, ob. cit., p.1.

¹⁸⁰ Vide §176, V GWB. Bundesministerium der justiz under fur Verbraucherschutz. ob. cit.

Ainda: “Nos termos do § 117 GWB, um chamado 'recurso imediato' contra uma decisão final emitida por uma Câmara de Compras só pode ser submetida à Divisão de Compras em até *duas semanas* após a notificação da decisão da Câmara ao queixoso”.

_____. *Public Procurement in the European Union*, ob. cit., p.105. Tradução nossa.

¹⁸¹ OECD, ob. cit., p.1.

¹⁸² GONZALEZ- VARAS IBÁÑEZ, Santiago, ob. cit., p.57. Tradução nossa.

uma combinação de princípios jurídicos e uma miríade de regras estatutárias de regem setores específicos”¹⁸³.

Com efeito, na Dinamarca, uma das características da revisão administrativa é a presença de comissões setoriais de recursos- *ankenævnet*, que são consideradas autoridades públicas colegiadas, totalmente independentes do governo central e local¹⁸⁴.

Especificamente no tocante aos contratos públicos, há o “Conselho de Reclamações”- (*Klagenævnet for Udbud*), o qual é competente para lidar com todas as queixas relativas ao direito comunitário no domínio dos contratos públicos¹⁸⁵.

Daqui extraímos uma lição deveras relevante. Essa existência generalizada de conselhos tem como efeito que, na prática o recurso administrativo é a regra e a revisão judicial a exceção. Para o professor de direito norueguês Jan Fridthjof Bernt: “Para a grande maioria dos cidadãos, a realidade prática é que a justiça administrativa começa e termina na administração”¹⁸⁶.

No tocante à composição, o Conselho de Recursos consiste em um Presidente e vários Vice-Presidentes, bem como vários membros especialistas. A presidência e os membros especialistas são designados pelo Ministro do Comércio e Indústria por um período de até anos, podendo ser feita nova nomeação¹⁸⁷.

Atente-se que já em casos especiais, o presidente da Câmara de Recurso pode optar por aumentar o número de membros da presidência e de peritos para participar na decisão do caso¹⁸⁸.

Os membros especialistas são independentes em suas funções, não se encontrando sujeitos a qualquer tipo de poder de instrução ou supervisão pela Câmara de Recursos¹⁸⁹.

¹⁸³ CONRADSEN, Inger Marie; e outro. *Administrative Appeals and ADR in Danish Administrative Law. Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. 2014. pp.-153-154. Tradução nossa.

¹⁸⁴ CONRADSEN, Inger Marie e outro, ob. cit., p.154. Tradução nossa.

¹⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION. *Public Procurement in the European Union. Practical guide on remedies*. Disponível em: Microsoft Word - msoCC388.doc (sigmaweb.org). Acesso em 23.04.2021.p.57. Tradução nossa.

Aponta o relatório anual de 2019 do Comitê de Reclamações: “A Câmara de Recurso foi criada em 1992 com o objetivo de cumprir as obrigações da Dinamarca nos termos das Diretivas de Controle (Diretiva 89/665 / CEE e Diretiva 92/13 / CEE). As atividades do Conselho são atualmente regulamentadas na Lei do Conselho de Reclamações para Licitações (Lei do Conselho de Reclamações), cf. Ordem Executiva n.º 593, de 2 de junho de 2016, que contém as regras sobre a competência e as atividades da Câmara de Recurso”.

Annual Report 2019. Disponível em <https://naevneneshus.dk/start-din-klage/klagenævnet-for-udbud/>. Acesso em 24.04.2021. p.4. Tradução nossa.

¹⁸⁶ CONRADSEN, Inger Marie; e outro, ob. cit., p.154. Tradução nossa.

¹⁸⁷ *Annual Report 2019*. Disponível em <https://naevneneshus.dk/start-din-klage/klagenævnet-for-udbud/>. Acesso em 24.04.2021. p. 5.

¹⁸⁸ *Annual Report 2019*, ob. cit., p.5.

¹⁸⁹ *Annual Report 2019*, ob. cit., p.5.

Quanto ao procedimento do Comitê de Reclamações, pode-se afirmar que este é conduzido pelos mesmos princípios que se empregam nos Tribunais ordinários.

No que diz respeito às anulações, as decisões da Comissão de Reclamações sugerem que leva aproximadamente até o período de oito meses para uma decisão, apesar da possibilidade de redução do prazo em caso de alguma urgência. Conforme nos dá conta o guia prático sobre remédios da Comissão Europeia, o Comitê de Reclamações recentemente adotou medidas para agilizar seus procedimentos, o que possivelmente gerará uma diminuição significativa no tocante ao tempo médio gasto para uma decisão. Já quanto aos Tribunais ordinários, o tempo para uma decisão que não seja provisória é consideravelmente maior do que no caso da Câmara de Reclamações, demorando os processos vários anos para que tenham uma decisão final¹⁹⁰.

Importa anotar que, conforme o relatório anual de 2019 do Comitê de Reclamações, o “Conselho de Recursos decidiu 46 casos na realidade. (...) As decisões da Câmara de Recurso são, na grande maioria dos casos, a decisão final do caso. Das 46 decisões, apenas 4 foram levadas aos tribunais”¹⁹¹.

Em 2020, o relatório anual do Comitê de Reclamações relata que o “Conselho de Recursos teve um tempo médio de processamento de casos de 5 meses”¹⁹².

De mais a mais, um ponto de referência do sistema dinamarquês é a autoconfiança dos cidadãos, que veem a qualidade das decisões dos Conselhos, similares às decisões ditadas aos Tribunais. Para IM Conradsen e M. Gøtze “de uma forma ampla perspectiva, o ponto de referência interno ilustra que na administração dinamarquesa juntas jurídicas e tribunais são vistos como estando em pé de igualdade quando se trata de a qualidade jurídica da decisão”¹⁹³.

Nesta perspectiva, como conclui DC Dragos e D. Marrani, na Dinamarca os estudos demonstram que cerca de 2% a 3% dos casos são apresentados aos Tribunais, e desta percentagem os Tribunais acatam as decisões dos Conselhos em até 95% das situações.

¹⁹⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Public Procurement in the European Union. Practical guide on remedies*. Disponível em: Microsoft Word - msoCC388.doc (sigmaweb.org). Acesso em 23.04.2021.p.63. Tradução nossa.

¹⁹¹ Annual Report 2019, ob. cit., p.58.

¹⁹² Annual Report 2020. Disponível em <https://naevneneshus.dk/start-din-klage/klagenaevnet-for-udbud/>. Acesso em 10. 08.2021. p. 64.

¹⁹³ CONRADSEN, Inger Marie e outro, ob.cit., p. 166. Tradução nossa.

Segundo os autores: “É preciso lembrar que este é um sistema jurídico onde os recursos administrativos são muito bem organizados e têm tradição na administração”¹⁹⁴.

3.3. Arbitragem na contratação pública

De fato, não é novidade que a arbitragem seja aplicada como meio idôneo de resolução de problemas no contencioso contratual, com vistas a resolver o descongestionamento e atraso processual¹⁹⁵.

Conforme explica Roberto O. Bustillo Bolado: “a arbitragem é um «equivalente jurisdicional», um sistema heterocompositivo alternativo ao processo, pelo qual as pessoas físicas ou jurídicas podem apresentar uma disputa (...)”¹⁹⁶.

Impõe-se uma referência: na arbitragem, diferentemente da via judicial, as partes confiam em num terceiro imparcial, para resolução da disputa.

Atualmente, alguns Estados-membros da União Europeia preveem, ao menos em teoria, a arbitragem como meio facilitador e eficiente de contorno de conflito. Os Países europeus que não aceitam a arbitragem administrativa baseiam-se na alegação que “como a legalidade administrativa é de ordem pública, todas as situações de direito administrativo são indisponíveis, pelo que não podem ser apreciadas por árbitros, nem julgadas segundo a equidade”¹⁹⁷. Portugal tem cada vez mais aceito o recurso da arbitragem em âmbito da contratação pública¹⁹⁸, entendendo que em caso de haver a

¹⁹⁴ DRAGOS, Dacian C.; e outro. *Administrative Appeals in Comparative European Administrative Law: What Effectiveness? Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. 2014. p.580. Tradução nossa.

¹⁹⁵ Expõem Jane Jenkins e Elizabeth Forster: “Existem desafios significativos na concepção de procedimentos de arbitragem adequados para a resolução de litígios em contratação pública, incluindo a necessidade de celeridade. Quando um licitante é informado de que não foi bem sucedido em um procedimento de contratação pública, sua principal preocupação será tentar impedir a celebração do contrato para que a contratação possa ser reapresentada. (...) As regras de arbitragem precisariam ser adaptadas para acomodar pedidos de emergência para reparação urgente e fornecer uma resolução rápida da disputa substantiva onde a suspensão da adjudicação do contrato é ordenada”.

JENKINS, Jane e outro. “*Bid Challenges What Role Can Arbitration Play in Tender Disputes?*”. 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/public-procurement/>. Acesso em 16.06.2021. p.1. Tradução nossa.

¹⁹⁶ BOLADO, Roberto O. Bustillo. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. 2010.p.295. Tradução nossa.

¹⁹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.14.

¹⁹⁸ Cfr. João Pedro Accioly: “(...) Portugal – um dos países da tradição romano-germânica mais favoráveis à arbitralidade de contendas com a Administração. A Constituição de Portugal, por exemplo, contém autorização expressa à instituição de tribunais arbitrais (CP/74, art. 209, n° 2)”.

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. Arbitration and Public Administration: a global landscape*. 2018. Disponível: www.revistas.usp.br/rdda. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p01-31>. Acesso em 07.06.2021. p. 15.

necessidade de aplicar regime de ordem pública, o árbitro os aplique de modo imperativo, ou seja, “a aplicação de regimes de ordem pública não tem por que constituir impedimento à possibilidade da constituição de tribunais arbitrais”¹⁹⁹.

Assim, de modo a averiguar se em outros ordenamentos jurídicos a arbitragem administrativa da contratação pública é aceita, opta-se pelo estudo de direito estrangeiro na Itália e na França.

3.3.1. Itália

O estudo da regulação da arbitragem na Administração Pública na Itália resulta fulcral devido as flutuações legislativas que o tema experimenta. De acordo com João Pedro Accioly citando Marco Corsini “a participação de entidades administrativas em arbitragem foi totalmente vedada pela Lei de Contratos Públicos de 1994. Em 1995, nova versão da Lei admitiu, de modo muito amplo, o que há pouquíssimo tempo havia se proibido em termos absolutos”²⁰⁰.

É de notar ainda, que a Lei nº 109, de 11 de fevereiro de 1994, com sua ulterior modificação, Decreto-lei nº 101, de 3 de abril de 1995, tratam-se das primeiras legislações atinentes a controvérsias advindas da execução de um contrato de obras públicas submetido à arbitragem²⁰¹.

No ano de 1996, decisões judiciais, como por exemplo a decisão nº 152, de 9 de maio de 1996 da Corte Constitucional e outras novas leis, modificaram a matéria.

Lembremos igualmente que em 1996, a nota de acórdão do Tribunal nº 152, declarou a ilegitimidade da arbitragem obrigatória em matéria de contratação pública²⁰². De acordo com o entendimento jurisprudencial, na seara da contratação pública, apesar da supremacia da Administração Pública, às partes devem ter sempre garantida a escolha.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. 2018. p.17.

²⁰⁰ ACCIOLY, João Pedro, ob. cit., p.14.

²⁰¹ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel. *El arbitraje de derecho público*. 2017. Disponível em: Tesi_Covadonga Isabel Ballesteros.pdf (tdx.cat). Acesso em: 07.03.2017.p.316.

Menciona Ignacio Granado Hijelmo: “Na Espanha, como na Bélgica ou na Itália e, em geral, nos países que seguiram o modelo de regime administrativo, o direito público tem seguido fielmente esses critérios, apoiando-os mesmo em ideia muito mais antigas, como aquelas que você só pode transacionar sobre o que pode dispor”

HIJELMO, Ignacio Granado. *El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación*. 2005. p.52. Tradução nossa.

²⁰² LOMBARDINI, Ilaria. *Il nuovo assetto dell' arbitrato negli appalti di opere pubbliche*. 2007. p13. Tradução nossa.

Aliás, somente pela vontade das partes, é possível derrogar o princípio constitucional de reserva de funções jurisdicionais ao judiciário ordinário²⁰³.

Ultrapassando as discussões quanto à inconstitucionalidade, a lei nº 415 de 1998 (artigo 10, parágrafo 1º), ajustou de forma clara o instituto da arbitragem na contratação pública, nos seguintes termos “todas as disputas que surgem desde a execução do acordo amigável(...)pode ser encaminhado para árbitros. Se há competência da arbitragem, o julgamento é delegado a um painel de arbitragem estabelecido na Câmara de Arbitragem de obras públicas(...)”²⁰⁴.

Posteriormente em 2008, a Lei financeira extinguiu de maneira retroativa, a partir de 30\09\2007, a “arbitrabilidade dos contratos públicos de trabalho, serviços e fornecimento firmados pela Administração direta e indireta (inclusive as estatais)”²⁰⁵. Conforme alguns doutrinadores, tal situação foi motivada por dois fatores: custo de os procedimentos arbitrais serem superiores a justiça administrativa estatal, sendo a Administração a sucumbida com enorme periodicidade, bem como serem objeto de anulação a maioria das sentenças arbitrais que foi pelo Governo questionada judicialmente²⁰⁶.

Neste domínio, resta a observação de que, tal prescrição de impedir a arbitragem nos contratos de obras, serviços e fornecimento que a Administração seja parte, foi considerada frágil no tocante as suas motivações e causou muita confusão tanto para os operadores do setor como para as Administrações, chegando nunca efetivamente a entrar em vigor²⁰⁷.

²⁰³ POGGI, Massimo. *Arbitrato e risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*. 2004. Disponível em: Arbitragem e resolução de litígios em contratos de obras públicas. | Urbinati Studies, A - Ciências Jurídicas, Políticas e Econômicas (uniurb.it). Acesso em 30.06.2021. p. 475. Tradução nossa.

²⁰⁴ POGGI, Massimo, ob.cit., p. 476.

²⁰⁵ ACCIOLY, João Pedro, ob.cit., p. 14.

²⁰⁶ ACCIOLY, João Pedro, ob.cit., p. 14.

²⁰⁷ ROSSETTI, Federico. *L'istituto dell'arbitrato e la minaccia di abolizione nelle controversie relative ad appalti pubblici*. 2009-2010. Disponível em: <https://www.tesionline.it/tesi/giurisprudenza/l-istituto-dell-arbitrato-e-la-minaccia-di-abolizione-nelle-controversie-relative-ad-appalti-pubblici/32054>. Acesso em 29.06.2021. p. 4. Tradução nossa.

Estabelece Ilaria Lombardini: “De 1865 até hoje, com um movimento suburbano, a legislação oscilou entre a possibilidade e a obrigação de recorrer à arbitragem (e às vezes até proibiu qualquer tipo de arbitragem no setor: ver Lei 24 de dezembro de 2007, n.244, nunca entrou em vigor devido a contínuos adiamentos e prorrogações). Assim, a arbitragem dos contratos públicos passou por altos e baixos, intimamente ligados à disciplina legislativa da contratação pública”.

LOMBARDINI, Ilaria. *Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Prima parte)*. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/il-processo-arbitrale-nei-contratti-pubblici-di-lavori-servizi-e-forniture-prima-parte/>. Acesso em 29.06.2020. p.1. Tradução nossa.

A doutrina se dividiu entre os que argumentam que o cancelamento do arbitragem é em verdade uma economia para os cofres públicos e das Administrações Públicas e por outro lado, os que aduzem que a revogação conduziria à paralisia da justiça italiana²⁰⁸.

Mais tarde em 2010, com o Decreto-legislativo nº 53, o qual foi responsável pela modificação de inúmeros dispositivos no Código de Contratos Públicos, voltou-se a permitir o instituto da arbitragem. Estabelece o artigo 12 do mencionado Código: “a controvérsia concernente a direito subjetivo reservada à jurisdição administrativa pode ser resolvida mediante arbitragem formal de direito na forma do artigo 806 e seguintes do Código de Processo Civil”²⁰⁹.

Importa destacar que, o desafio em Itália no momento é realizar a definição das matérias que podem ser submetidas à arbitragem, ou seja, o que abarca a expressão “*diritti soggettivi*”, que do mesmo modo do que os “direitos patrimoniais disponíveis, foi importada do direito privado para o público”²¹⁰.

Em verdade, merece atenção o fato de que, a arbitragem no ramo do contrato público é necessariamente voluntária. Nesta linha, tal entendimento não advém unicamente da expressão “*passono*”, mas também da necessidade de que no anúncio da licitação se mencione se o contrato possuirá uma “*convenzione*” arbitral ou não²¹¹.

Portanto, a eleição da arbitragem, como forma alternativa de resolução de conflitos, não é uma possibilidade obrigatória no ordenamento jurídico italiano.

Note-se, por fim que, o legislador italiano previu a mesma regulação tanto para a arbitragem de direito privado como para a de direito público, evitando a introdução de especialidades no rito ²¹².

É imprescindível apontar ainda que, o Decreto legislativo nº 50\2016 não foi contaminado tanto pelo Decreto corretivo nº 56\2017, como pelo Decreto legislativo nº

²⁰⁸ ROSSETTI, Federico, ob. cit., p.3. Tradução nossa.

²⁰⁹ ACCIOLY, João Pedro, ob.cit., pp. 14-15.

Conforme Mario Comba e Roberto Caranta: “A arbitragem em disputas administrativas era admitida pela jurisprudência somente quando *diritti soggettivi* estava em jogo e não para interessi *legittimi*. Artigo 6 da lei 205/2000 (agora art. 12 do Código de Processo Administrativo - Decreto Legislativo nº 104/2010) reconheceu a regra e a transformou em lei e remete ao art. 806 do Código de processo civil, que regula a arbitragem”

COMBA, Mario. e outro. *Administrative Appeals in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saving)?*. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. 2014. p.97. Tradução nossa.

²¹⁰ COMBA, Maria e outro, ob.cit., p. 97.

²¹¹ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.316. Tradução nossa.

²¹² ROSSETTI, Federico, ob.cit., p. 321.

32\2019, e “a arbitragem em contratos públicos de obras, serviços e fornecimentos parece ter finamente aterrado em um porto mais seguro”²¹³.

O sistema da arbitragem no novo Código de Contratos públicos (artigos 209 e 210 do Decreto legislativo nº 50\2016) possui duas particularidades: primeiramente a arbitragem é inevitavelmente administrada pela Câmara de Arbitragem de Contratos Públicos, e tem como órgão auxiliar a Autoridade Nacional de Anticorrupção (ANAC)²¹⁴. Por segundo, o novo Código de Contratos Públicos desenha uma arbitragem previamente autorizada, estabelecendo o artigo 209, parágrafo terceiro, n. 50: “A cláusula compromissória inserida sem autorização no concurso ou no edital com o qual o concurso é anunciado ou, nos procedimentos sem aviso no convite, é nula. A cláusula é inserida com a autorização motivada do órgão de direção ou da entidade adjudicante”²¹⁵.

Em despacho de 20 de fevereiro a 20 de março de 2019, nº 58, estabeleceu o Tribunal Constitucional:

"a escolha discricionária do legislador de subordinar o encaminhamento aos árbitros de litígios decorrentes da execução de contratos públicos relativos a obras, serviços, fornecimentos à uma autorização administrativa prévia e motivada não é manifestamente despropositada, configurando-se como mero limite à autonomia contratual, cuja garantia constitucional não é incompatível com o estabelecimento de limites para defesa do interesse geral”²¹⁶.

Importa aqui sublinhar também que com relação as custas (artigo 209, nº 16 do Código de Contratos Públicos), a lei italiana com o fito de contenção de custos, publicou o Decreto de 31\01\2018 do Ministério da Infraestrutura e Transportes, denominada “determinação dos limites da remuneração do painel de arbitragem”. Conforme o decreto, o valor máximo da mencionada remuneração, incluindo remuneração do secretário, não pode passar de 100.000 euros, dando-se isso com o objetivo claro de limitar as altas taxas de arbitragem e permitir uso da arbitragem pela Administração Pública nos contratos públicos²¹⁷.

²¹³ LOMBARDINI, Ilaria. *Alcune osservazioni su dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici*. 2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/alcune-osservazioni-su-dati-recenti-in-tema-di-arbitrato-nei-contrat>. Acesso em 29.06.2021. p.1.Tradução nossa.

²¹⁴ LOMBARDINI, Ilaria, ob.cit., p.2. Tradução nossa.

²¹⁵ LOMBARDINI, Ilaria, ob.cit., p.2. Tradução nossa.

²¹⁶ LOMBARDINI, Ilaria, ob.cit., p.4. Tradução nossa.

²¹⁷ Conforme Ilaria Lombardini: “No que se refere ao segundo perfil, o das custas, em particular da indemnização aos árbitros (art. 209, n.º 16, código dos contratos públicos), procura-se acalmá-los, nomeadamente para o árbitro público, identificado, por motivos de contenção de despesas, entre gestores públicos se o litígio ocorrer entre duas administrações públicas e "de preferência" entre gestores públicos se o litígio ocorrer entre uma administração pública e uma pessoa privada (artigo 209, parágrafo 5, do Código Civil italiano” (...) “a remuneração máxima para o último e mais alto escalão (os escalões foram reduzidos de 8 para 5) vai de 500.000.000 liras (cerca de 240.000 euros) para um máximo de 100.000 euros”.

LOMBARDINI, Ilaria, ob.cit., p.3.Tradução nossa.

3.3.2. França

O sistema administrativo francês teve uma grande influência na formação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros da Europa Continental. Aliás, não há como negar, que o direito administrativo e a justiça administrativa são consequências do processo histórico²¹⁸.

Com relação à arbitragem em França, a regra geral é a proibição do instituto em litígios de direito público, com fundamentos legislativos²¹⁹. Menciona o artigo 2060 do Código Civil, que “não se podem estabelecer compromissos (...) sobre as disputas que interessam as coletividades públicas e, de forma mais geral, em todos os assuntos que interessam a ordem pública²²⁰”.

A jurisprudência francesa nunca aceitou a arbitragem no âmbito público, pois nunca utilizou o instituto em suas decisões²²¹.

Em suma, a França está assetada em uma doutrina tradicional e com entendimentos de doutrinadores, como Laferrière, que estabeleceu a interdição da resolução de conflitos por meio da arbitragem administrativa²²².

Anota-se que o princípio da proibição da arbitragem no direito público, encontra algumas exceções legais, no ordenamento jurídico francês. Não se trata de exceções de vertente constitucional. Por esse motivo, podem ser derogadas por normas anteriores do mesmo nível, como de fato há ocorrido²²³.

²¹⁸ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.251. Tradução nossa.

Ainda, mencionam Rhita Bousta e Arun Sagar: “Como parte dos sistemas jurídicos romanistas, o sistema francês concebe o público -divisão de direito privado correspondente à ideia de que as atividades administrativas precisam de regras especiais”.

BOUSTA, Rhita e outro. *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. 2014. p.58. Tradução nossa.

²¹⁹ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.255. Tradução nossa.

²²⁰ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.256. Tradução nossa.

²²¹ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.257. Tradução nossa.

²²² PAREJO ALFONSO, Luciano. *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid*. 1999. Disponível em: portada (asambleamadrid.es). Acesso em 06.08.2021. p. 21. Tradução nossa. Cfr. Ching-Lang Lin: “(...) Edouard Laferrière escreveu: “O acordo da arbitragem não encontrou seu lugar entre os contratos do Estado porque é um princípio que o Estado não pode submeter sua disputa a árbitros por causa da consequência aleatória da ordem pública, e então o Estado só pode ser julgado pelas jurisdições instituídas em lei”.

LIN, Ching-Lang. *Arbitration In Administrative Contracts: Comparative Law Perspective*. 2014. Disponível em: 2014iepp0023-lin-ching-lang-these.pdf (sciencespo.fr). Acesso em 06.08.2021.pp. 60 e 66.

²²³ PAREJO ALFONSO, Luciano, ob.cit., p.21. Tradução nossa.

Na contratação pública, a primeira lei que previu uma exceção ao princípio da proibição da arbitragem foi a Lei de 17 de abril de 1906. Sem embargo, tal lei tinha um pequeno campo de aplicação, vez que somente autorizava a liquidação dos gastos de contratos de obras no âmbito público²²⁴.

Importa avaliar que tal lei não teve uma grande aplicação prática, devido a ser muito limitada a sua aplicação, mas foi suficiente para provocar a doutrina em torno do tema²²⁵.

Outro aspecto que gostaríamos de sublinhar é a aprovação da lei 86\972 de 19 de agosto de 1986, atinente aos contratos celebrados entre coletividades públicas e sociedades estrangeiras (sociedade Walt Disney Productions), em que o legislador francês, contrariou o entendimento do Conselho de Estado de proibição do recurso de arbitragem em direito administrativo. Todavia, devido a nomenclatura da referida lei, não resta dúvida que a legislação aprovada foi unicamente para a Eurodisney, não sendo extensível para demais casos²²⁶.

Dessa forma, estabelece-se sobretudo a regra da separação entre o Poder Judicial e a Administração e a vedação da solução dos conflitos de contratação pública pela arbitragem²²⁷.

Nada obstante, nem o Conselho de Estado e nem o Conselho Constitucional francês, conferem valor constitucional ao princípio de proibição de recorrer a arbitragem administrativa. O Conselho de Estado entende o referido princípio como um princípio geral de direito público francês e o Conselho Constitucional como um princípio com valor legislativo²²⁸.

²²⁴ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.267. Tradução nossa.

²²⁵ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.267. Tradução nossa.

Mencionam Rhita Boust e Arun Sagar: “Assim, ADR representa o concreto necessidade de alternativas aos tribunais administrativos v. a crença teórica de que os franceses órgãos administrativos e ações não precisam de nada, mas o bloco hierárquico de *légalité e o Conseil d'E'tat*” (...) A França realmente precisa ADR? A resposta é provavelmente positiva mas a influência dos tribunais administrativos não vai desaparecer tão facilmente.

BOUSTA, Rhita e outro, ob cit., pp.60-61. Tradução nossa.

²²⁶ ESPLUGUES BARONA, Carla. *Algunas reflexiones sobre el modelo francés y el norteamericano de arbitraje como cauces de resolución de conflictos administrativos*. 2019. Disponível em: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509480>. Acesso em 05.08.2021. p.6. Tradução nossa.

²²⁷ ESPLUGUES BARONA, Carla, ob.cit., p.6. Tradução nossa.

Ainda: “O jurista Antoine Julien teve uma opinião diferente. Ele acreditava que a separação de jurisdição administrativa e judicial não era um fundamento adequado para justificar o interdição de arbitragem. De acordo com sua lógica, porque a separação de jurisdição administrativa e judicial não é uma questão constitucional, não pode ser com base na proibição”

LIN, Ching-Lang, ob.cit., p. 68.

²²⁸ ESPLUGUES BARONA, Carla, ob.cit., p.6. Tradução nossa.

Sem embargo, nos últimos anos, a doutrina vem se apresentado com uma posição mais favorável à arbitragem, assim como M. Gaudemet que menciona a arbitragem não é de direito privado e nem de direito público e P. Devolvé que propõe sua admissibilidade quanto assuntos atinentes aos contratos privados da Administração²²⁹.

Acrescenta-se a isso, que o Conselho de Estado, em importante informe em 1993, denominado “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitragem, en matière administrative*”, apresentou-se aberto à utilização do recurso da arbitragem aos conflitos de âmbito administrativo.

Dito informe foi realizado a pedido da primeira-ministra francesa Edith Cresson, que solicitou ao Conselho de Estado em 1991, estudos referentes à métodos alternativos de resolução de conflitos administrativos²³⁰.

Anota-se que a recepção do informe pela doutrina foi muito favorável. O Conselho de Estado vai ao centro da discussão e pergunta, quais as razões que levam os empresários a buscar a arbitragem: “confidencialidade do procedimento, a especialização dos árbitros, a flexibilidade, a celeridade com que se resolve os procedimentos arbitrais”²³¹. Seguidamente a este questionamento, pergunta-se porque a Administração Pública vai se interessar pela arbitragem. Conclui que “as mesmas razões que levaram a arbitragem entre as empresas são para justificar o uso da arbitragem entre entidades públicas e empresas”²³².

Associado a esse informe acima referenciado, de fundamental importância é o informe *Labetouille*, que é encaminhado do Conselho do Estado para o Ministro da Justiça, juntamente com um anteprojeto de lei nº 27 de março de 2007. O informe analisa com profundidade a possibilidade de que as pessoas públicas possam recorrer à arbitragem. Aliás, o informe sugere “a abertura definitiva e sem exceções da via de arbitragem ao âmbito do direito público, derogando, por tanto, o princípio da interdição da arbitragem para as pessoas de direito público mencionado no artigo 2060 do Código Civil francês”²³³.

Acrescenta-se ainda, o colóquio de 30 de setembro de 2009, que foi organizado pelo “*Chambre Nationale pour l’Arbitrage Privé et Public*”, em que o vice-presidente do

²²⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, ob.cit., pp.21-22. Tradução nossa.

²³⁰ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.251. Tradução nossa.

²³¹ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., pp.271-272. Tradução nossa.

²³² BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., pp.271-272. Tradução nossa.

²³³ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., pp.273-274. Tradução nossa.

Conselho de Estado francês, M. Jean- Marc Sauvé, se manifestou favorável a expandir a arbitragem para o âmbito público²³⁴.

Finalmente, há de se mencionar o projeto *Labetoulle bis- Lei 2887 d'arbitrage impliquant des personnes publiques*, estimulado pelo ministro de Justiça Pascal Clément, em 19 de outubro de 2010, que apesar de apresentar interessantes propostas nesse tema, nunca chegou a ser levado adiante²³⁵.

3.4. *Dispute Board* em Contratação Pública

Distinta opção à arbitragem, temos o *dispute board* como meio alternativo de solução de controvérsias na contratação pública ou como um instituto prévio à arbitragem. Tal instituto foi idealizado pela indústria de construção nos Estados Unidos na década de 1970²³⁶.

Nesse particular, é imprescindível compreender que, o *dispute board* aparece como exigência dos Estados na execução eficaz das grandes obras públicas. Justifica-se em razão de uma condição de prevenção e alerta desenvolvido pelo Estado, com o objetivo de impedir um conflito que possa obstruir a continuação normal e formal da obra pública, bem como de solucionar um conflito em menor tempo possível e com o menor custo para as partes²³⁷.

Nos anos de 1970, o mecanismo do *dispute board* foi utilizado também no Reino Unido, com a designação de adjudicação e foi de tal maneira exitoso, que foi incluído nas subvenções de construção de habitação. A *Regeneration Act* de 1996, previu o uso dessa figura em projetos de construção na Inglaterra, Escócia e Gales, gerando uma diminuição considerável de litígios apresentados perante os Tribunais ou levados à arbitragem²³⁸.

Os *dispute boards* é formado por um ou três membros, em regra, determinados no início do contrato, para auxiliar as partes na solução de conflitos que venham a surgir.

²³⁴ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.276. Tradução nossa.

²³⁵ BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel, ob.cit., p.277. Tradução nossa.

²³⁶ POZO HORNA, Andrea Elizabeth. *Los dispute boards: ¿el salvador de las controversias en los contratos de obra?*. 2018. Disponível em: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/11795>. Acesso em 26.07.2021. p.23. Tradução nossa.

²³⁷ HERRERA, Gina Isabel Vargas. *De laboratorio: El conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro*. 2016. Disponível em: De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro y contratación pública. (liberlex.com). Acesso em 17.06.2021. p.23. Tradução nossa.

²³⁸ ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. *Dispute board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10644/4183>. Acesso em 26.07.2021. p.13. Tradução nossa.

Basicamente, tratam-se de comitês de resolução de conflitos qualificado como “híbrido, posto que conjuga traços autocompositivos y heterocompositivos de acordo com as necessidades das partes contratuais”²³⁹.

Em síntese, os *disputes boards* são utilizados principalmente em contratos de grandes obras, tendo em vista a complexidade das mesmas. Nesse ponto assinala Anna Carolina Migueis Pereira “a intenção de total previsão das situações passíveis de materialização no mundo concreto revelou-se absolutamente incompatível com a complexidade da sociedade de riscos pós-moderna”²⁴⁰.

Aliás, a implantação do *dispute boards* “impedem a escalada do conflito, pois estão atuando muito mais como assistentes dos contratos do que como julgadores, evitando colocar as partes uma de cada lado, mas sim, juntas, para o efetivo cumprimento do contrato”²⁴¹.

O *dispute board* também é denominado de Comitê de Resolução de Conflitos, sendo um órgão colegiado constituído três especialistas (embora possa ser apenas um), sugeridos pelas partes quando celebram o contrato (autonomia da vontade), que tem como finalidade acompanhar a sua execução, dotados de poderes para emitir decisões e\ou recomendações, de acordo com cada caso²⁴². Frisa-se que uma das características únicas do DRB é que ele é formado em seguida a formação do contrato e antes de qualquer litígio.

Existem diferentes modalidades de *Dispute Boards*, destacando-se: “*Dispute Resolution Board Foundation (DRB)*, a *International Chamber of Commerce (ICC)*, o *The Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)*, o *World Bank* e a *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)*”²⁴³. Cabe as partes elegerem os modelos referidos organizados pelas instituições. Nesse sentido, a opção de um modelo amplamente usado pelas instituições aporta confiança às partes. Demais, “o contrato em questão, ao prever a utilização do *dispute board*, poderá apontar o regulamento como

²³⁹ NUVIALA LAPIEZA, Irene. *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*. 2019. p.28. Tradução nossa.

²⁴⁰ MACHADO, Matheus Oliveira. *A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*. 2018. pp. 12-31.

²⁴¹ ROVEDO, Jerônimo Pinotti. *A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de Dispute Boards nos contratos de construção*. 2019. Disponível em: 2019_01_1131_1161.pdf (cidp.pt). Acesso em 22.07.2021. p. 1149.

²⁴² HERRERA, Gina Isabel Vargas, ob.cit., p.24.

²⁴³ MACHADO, ob.cit., p. 12-31.

norma de aplicação subsidiária, que servirá de instrumento de integração de lacunas eventualmente existentes no próprio funcionamento do comitê”²⁴⁴.

À vista disso, temos o *Dispute Board* como uma oportunidade para melhorar a gestão de uma obra pública, podendo-se controlar o andamento do conflito e seu desencadeamento²⁴⁵.

Com efeito, o *Dispute Board* “implica uma cultura de abandono do litígio e por tanto uma disposição das partes em acatar suas determinações: em benefício da zona comum de interesses da relação Estado- Provedor”²⁴⁶.

Deve-se aclarar-se ainda que, um dado crucial para o êxito do *dispute board* é que a obra não é paralisada e caso seja suspensa, será por um curto período de tempo, até que a decisão ou recomendação seja pronunciada. O objetivo é uma decisão rápida e que não prejudique o andamento da obra²⁴⁷.

Basicamente a ideia é que caso uma das partes não aceite a decisão, primeiramente a cumpra e depois procure o Judiciário ou às Câmaras de Arbitragem, visando uma decisão definitiva. Todavia, de acordo com uma instituição americana, cerca de 97% dos litígios se resolvem com o *Dispute Board*, não necessitando de confirmar o reformar essa decisão²⁴⁸.

Nesse sentido, destaca Jerônimo Pinotti Roveda que o “alto índice de confirmação, ou seja 99% dos casos confirmados pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal Arbitral, não é uma surpresa, pois trata-se de um parecer técnico”. Sendo certo que, os

²⁴⁴ MACHADO, Matheus Oliveira. *A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*. 2018. p. 12-31.

²⁴⁵ Conforme Matheus Oliveira Machado: “(...) O *Dispute Board Federation*, de Genebra, estima que o uso dos *Dispute Boards* nos contratos de engenharia de grande porte pode prevenir 97,8%, das disputas em arbitragens ou nas cortes estatais, com economia de tempo e custo da condução de tais litígios representando substanciais 8% a 10% do orçamento total dos projetos, sendo que o custo com os *Dispute Boards* representa em média 2% dos valores em disputa, com pouco menos de 90 dias para a solução. De acordo com a DRB Foundation, que classificou mais de 1.200 projetos com utilização de *Dispute Board*, 60% deles não tiveram qualquer disputa. E, das disputas levadas ao *Board*, 98% das decisões ou recomendações foram seguidas, sem resultar em subsequente arbitragem ou processo judicial. Por sua vez, estudos levados a cabo na Universidade da Florida sobre a utilização dos *Dispute Boards* pelo Departamento de Transporte daquele estado norte-americano, envolvendo projetos de mais de US\$ 10 bilhões, concluíram haver uma economia de 2,7% nos seus custos finais”.

MACHADO, Matheus Oliveira *apud* Ricardo Ranzolin. *A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*. 2018. pp. 12-31.

²⁴⁶ HERRERA, Gina Isabel Vargas. *De laboratorio: El conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro*. 2018. Disponível em: De laboratorio: el conflicto en la contratación pública y su solución, de cara al futuro y contratación pública. (liberlex.com). Acesso em 17.06.2021.p.24.

²⁴⁷ ROVEDO, Jerônimo Pinotti. *A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de Dispute Boards nos contratos de construção*. 2019. Disponível em: 2019_01_1131_1161.pdf (cidp.pt). Acesso em 22.07.2021. p. 1148.

²⁴⁸ ROVEDO, Jerônimo Pinotti, *ob.cit.*, p. 1148.

3. Do direito estrangeiro e *dispute board*

painéis são compostos usualmente de um advogado e dois engenheiros que vivem o dia-a-dia da obra²⁴⁹.

Para mais de sua eficácia, os comitês contam com um custo relativamente baixo, que variam entre 0,05% e 0,26% do valor total do contrato, se contraposto com as despesas de um processo judicial ou arbitragem e até mesmo dos prejuízos com a paralisação de uma obra²⁵⁰

É de se destacar que, a fundamental distinção entre a arbitragem e os *dispute boards* “está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo Colegiado de *experts*, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução”²⁵¹.

Essencialmente na arbitragem, é o árbitro ou o Tribunal Arbitral que é o responsável por resolver o conflito, estando facultando por acordo das partes a colocar fim na controvérsia. O mecanismo é ativado depois que surge a controvérsia. Por outro lado, nos *dispute boards* é os adjudicadores que devem resolver o conflito. Os *experts* ficam com a incumbência de emitir recomendações, as quais não são vinculantes para as partes e, as decisões de gozam de obrigatoriedade. Ademais, nessa situação, os especialistas acompanham e atuam de forma permanente desde o início da obra até o fim da mesma, consistindo em sua missão primordial o monitoramento e supervisão para precaver ou solucionar qualquer contenda que surja ²⁵².

²⁴⁹ ROVEDO, Jerônimo Pinotti, ob.cit., p. 1148.

²⁵⁰ DE AGUIAR, João Benício Vale e outros. *Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da Administração Pública*. 2018.p.29.

Anota ainda: “A redução dos custos e da eficiência na resolução de problemas nos contratos de construção e infraestruturas são tão evidentes a ponto de agentes financeiros internacionais exigirem cláusulas contratuais que tenham como previsão o uso de método extrajudiciais para a solução de controvérsias durante a execução do contrato, como é o caso do Banco Mundial (WALD, 2005).

DE AGUIAR, João Benício Vale e outros, ob.cit., p. 29.

Pontua Clarissa Sampaio Silva:“(…) os *dispute boards* podem solucionar controvérsias entre 90 a 180 dias, com custo inferior a 2% do valor do contrato, enquanto que a arbitragem pode durar de um ano e meio a cinco, implicando, em termos financeiros, até 5% do valor do contrato”.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Desjudicialização na resolução de conflitos com a Administração Pública: comparações entre Brasil e Portugal*. 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf. Acesso em 26.07.2021. p.33.

²⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios*. 2017. Disponível em: untitled (tjpa.jus.br). Acesso em 17.06.2021.p.26.

²⁵² VALVERDE, Gianpierre. MÁRQUEZ, Nadine. *Revisar o no revisar, he ahí el dilema: Breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los Dispute boards en la vía arbitral. Review or not review, there is the dilemma: Brief reflections on the impugnability of Dispute Boards' decisions on the arbitral route*.2017. Disponível em: (PDF) Revisar o no revisar, he ahí el dilema: breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los dispute boards en la vía arbitral (researchgate.net). Acesso em 17.06.2021.p.127.

Finalmente, indispensável é a menção acerca da natureza jurídica do instituto. Identificado pela doutrina como meio alternativo de resolução de litígios de forma preventiva, tendo em vista sua atribuição de impedir conflitos e a “judicialização dos desacordos”, conforme acima mencionado. Diversa parcela da doutrina considera como “câmara pré-arbitral”, em razão da peculiaridade de ser instaurada antes de uma arbitragem²⁵³.

Ensina Ana Papeljugoska Kostovska, que a modalidade *Dispute Adjudication Board* (DAB) é um “‘prefácio’ da arbitragem que está por vir ou, como afirma a nova edição da FIDIC de 2017, ‘condição precedente para a arbitragem’”²⁵⁴.

Segundo a referida autora, a primordialidade de usar o DAB, modelo europeu, como uma das etapas anteriores à arbitragem também é indicada na jurisprudência, ou seja, “em 2014, o Supremo Tribunal Federal da Suíça decidiu que a exigência das condições FIDIC de submeter uma disputa a um conselho de adjudicação de disputas era uma pré-condição obrigatória para a arbitragem”²⁵⁵.

Nessa mesma linha, entende o Supremo Tribunal Federal da Suíça, que em caso recente decidiu que “um tribunal arbitral deve suspender a arbitragem para permitir que as partes cumpram a condição pré-arbitral”²⁵⁶.

Nesse passo, importa aclarar que é largamente aceito entre profissionais e acadêmicos que os níveis assinalados nos formulários FIDIC de contratos, necessitam ser ultrapassados, sendo cada etapa uma condição de admissibilidade para a outra. Na lei macedônia e em grande parte do sistema jurídicos nos Balcãs, transpor o *Dispute Adjudication Board* também é um passo obrigatório antes de se recorrer à arbitragem, caso o contrato de construção preveja esse mecanismo multicamadas²⁵⁷.

Por esta perspetiva, Dimitar Hristoforov Kondev nos explica que os contratos FIDIC incorporam um sistema multicamadas para a resolução de conflitos na construção, quais sejam: “determinação de uma reclamação pelo engenheiro, uma referência da disputa a um *Dispute Adjudication Board* (DAB), uma tentativa de chegar a um acordo

²⁵³ BORTONE, Joana D’arc Amaral. Dispute Board como meio de resolução de conflito nos contratos de longa duração. 2020. Disponível em: Microsoft Word - DISSERTAÇÃO JOANA formatado VF.docx (uportu.pt). Acesso em 01.08.2021.p.48.

²⁵⁴ KOSTOVSKA, Ana Papeljugoska. *The role and function of the dispute adjudication board (dab) in the fidic forms of contracts*. 2021. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.21113/iir.v10i2.588>. Acesso em 01.08.2021. p. 187. Tradução nossa.

²⁵⁵ KOSTOVSKA, Ana Papeljugoska, ob.cit., p.175. Tradução nossa.

²⁵⁶ KOSTOVSKA, Ana Papeljugoska, ob.cit., p.175. Tradução nossa.

²⁵⁷ KOSTOVSKA, Ana Papeljugoska, ob.cit., p.176. Tradução nossa.

3. Do direito estrangeiro e *dispute board*

amigável e, por fim, o encaminhamento à arbitragem”. Conforme o autor, uma disputa para ser encaminhada à arbitragem deve passar inicialmente pelo DAB²⁵⁸.

De acordo com M.D.T.E Abeynayake, em 1999, a FIDIC publicou suas condições basilares de contratos “(livros vermelho, amarelo e prata) e estabeleceu o *Dispute Adjudication Board* como “requisito pré-arbitragem”²⁵⁹.

Outro aspecto que há de se enunciar é que, caso uma das partes esteja insatisfeita com a decisão do DAB ou se este mecanismo não pronunciar sua decisão no prazo, poderá realizar uma notificação de insatisfação em 28 dias. Nessa situação, as partes podem resolver de maneira amigável a disputa no prazo de 56 dias e, caso não tenham êxito, o conflito segue para ser resolvido na arbitragem²⁶⁰.

Nesse sentido, o *dispute board* apresenta-se tanto como um mecanismo alternativo de solução de conflito, como um instituto prévio à arbitragem.

²⁵⁸ KONDEV, Dimitar Hristoforov. *Is Dispute Adjudication under FIDIC contracts for major work indeed a precondition to arbitration?*. 2014. Disponível em: ICLR_Part 3.indb (bscl.bg). Acesso em 01.07.2021. p.256. Tradução nossa.

²⁵⁹ ABEYNAYAKE, M.D.T.E. *Special Features and Experiences of the Construction Industry- Arbitration in Sri Lanka*. 2008. Disponível em: Microsoft Word - 101paper (irbnet.de). Acesso em 01.08.2021.p.257. Tradução nossa.

Pontuam ainda Adel Morteza e Anisi Elham: “O DAB é uma espécie de etapa de pré-arbitragem com decisão vinculativa (Gidwani, 2006: 7-029)”. (...) “Em 2002, o ICC descreve a abordagem DAB como uma espécie de pré-arbitragem, exigindo a imediata implementação da decisão (Dorgan, 2005:142).

MORTEZA, Adel; ELHAM, Anisi. *Dispute Adjudication Boards: A New Approach to Dispute Settlement.*, 2017. Disponível em: Dispute Adjudication Boards: A New Approach to Dispute Settlement (ensani.ir). Acesso em 30.07.2021. p. 7. Tradução nossa.

Ainda menciona Pierre M. Genton: “O DRB pode funcionar como um painel de pré-arbitragem instalado de forma permanente durante a vigência do contrato”.

GENTON, Pierre M. “*An attractive procedure if one takes certain precautions*”. 1999. Disponível em: 21 The DRB.pdf (fidic.org). Acesso em 29.07.2021. p.4. Tradução nossa.

²⁶⁰ KOSTOVSKA, Ana Papeljugoska, ob.cit., p.184. Tradução nossa.

4. COTEJO ENTRE OS DOIS MODELOS APTOS A RESOLVER CONFLITOS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: ARBITRAGEM E INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Como vimos, uma das premissas para a aceitação da arbitragem e da instância administrativa por parte de alguns Estados-Membros, baseia-se na necessidade de que estes possuem de garantir uma resposta rápida e útil na resolução de litígios da contratação pública.

Nas palavras de Ricardo Pedro, “a efetividade somente se desvela e é investigada quando nos damos conta de sua carência; sendo essa a situação da justiça administrativa. Por esse motivo, o enfoque mais usual da efetividade da justiça administrativa manifesta-se por apontar seus problemas e buscar as soluções”²⁶¹.

Assim, é de grande utilidade para essa dissertação, a análise das fortalezas e debilidades, das alternativas para solucionar as disputas derivadas da contratação pública: a arbitragem e a instância administrativa, também denominada de justiça administrativa especial.

Cumprir tomar posição sobre se o sistema do ordenamento espanhol possui uma alternativa adequada para garantir a efetividade e proteção eficaz judicial na solução dos conflitos desta seara. Ultrapassado tal ponto, impõe-se ponderar se as instâncias administrativas poderiam confrontar com a arbitragem?

4.1. Instância administrativa

O órgão encarregado para a resolução de litígios na contratação pública pode ser tanto órgão jurisdicional, quase jurisdicional, como órgão administrativo, conforme assenta o artigo 2.9 da Diretiva 89\665\CEE e artigo 1.1 da Diretiva 2007\66\CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

O Tribunal de Justiça da União Européia de 4 de fevereiro de 1999, As. C-103\97, Josef Köllensperger e Atzwanger, nº 29, confirmou a alternativa de optar pelo órgão administrativo para resolver conflitos da contratação pública.²⁶²

²⁶¹ PEDRO, Ricardo. *Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público). Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s)*. 2019. p.7.

²⁶² CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob.cit., p. 238. Tradução nossa.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

Deste cenário, diante dessas possibilidade de escolha de modelos institucionais válidas, 14 Países da União Europeia optaram pela instância administrativa: Bulgária, Chipre, República Checa, Alemanha, Dinamarca, Estónia, Espanha, Croácia, Hungria, Malta, Polónia, Roménia, Eslovénia e Eslováquia²⁶³.

Pois bem. Importa em primeiro lugar, descortinar as fortalezas da instância administrativa, de modo a entender a razão pela qual ela foi escolhida como meio apto a resolver os conflitos de contratação pública.

A principal vantagem que sem dúvida nenhuma desponta é a rapidez das decisões²⁶⁴ na Instância Administrativa, resguardando os interesses tanto dos particulares como da Administração Pública²⁶⁵.

Nessa ótica, refere o doutrinador espanhol José Enrique Candela Talavero que, os prazos do artigo 49.2 LCSP2017 giram em torno de cinco dias para que o órgão decida acerca das medidas provisórias e dois dias úteis para que o órgão de contratação apresente as alegações da adoção das medidas solicitadas, devendo o órgão decisório, no mesmo dia, em que receba a petição de medida provisional, comunicar tal informação ao órgão de contratação. Além disso, a rapidez também está presente nos prazos de tramitação, pois preveem os artigos 56-57 LCSP2017, que o órgão encarregado de resolver o recurso notificará no mesmo dia o órgão de contratação e dentro de cinco dias úteis posteriores a interposição do recurso, se remeterá o mesmo aos interessados, proporcionando o prazo de cinco dia úteis para formularem alegações, decidindo-se de forma concomitante as medidas cautelares e se procede a manutenção da suspensão²⁶⁶.

A rapidez da instância administrativa espanhola também pode ser comprovada em aspectos práticos. De acordo com a Memória 2016 do Tribunal Administrativo de

²⁶³ PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de Lei nº 168/XIII*. 2019. p.70.

²⁶⁴ Cfr. Patricia Valcárcel Fernández: "A realidade mostra que a velocidade que veremos é dada na resolução do recurso especial, a qualidade das resoluções e a considerável independência no funcionamento do sistema, têm servido de incentivo para o aumento do número de interposições"

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, ob. cit., p.6. Tradução nossa.

²⁶⁵ Cfr. Juan Alfonso Santamaría Pastor: "Mas é certo que, acima de tudo, jogou a convicção geral de que a velocidade exigida pela Diretiva de Recursos era impossível de alcançar em uma jurisdição contenciosa cuja carga de trabalho implica considerável atrasos na resolução de qualquer tipo de desafio. E, claro, tinha que ser pensado que o estabelecimento desse tipo de recurso contribuiria para o descongestionamento dos tribunais contenciosos-administrativos"

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales*. 2015. Disponível em: 4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756 (asambleamadrid.es). Acesso em 01.08.2021. p.56. Tradução nossa.

²⁶⁶ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., pp. 99- 100. Tradução nossa.

Recursos Contratuais de Madrid, das 238 resoluções, somente 3 foram impugnadas. O prazo médio para a tramitação completa do recurso é de 19 dias correntes²⁶⁷.

Importa anotar acerca desse ponto da celeridade que, o Informe da Comissão Europeia sobre Espanha de 7 de março de 2018 pontua que os órgãos administrativos de recurso, como tendência geral, tendem a ser mais eficazes, pois levam menos tempo para serem resolvidos os litígios e possuem critérios de adjudicação menos estritos do que os órgãos judiciais²⁶⁸.

Já em Alemanha, o prazo das decisões da instância administrativa gira ao redor de cinco semanas, o que também demonstra uma regulação rápida dos conflitos.

Assim, não há como negar a rapidez das decisões da instância administrativa, que leva dias no caso da Espanha e algumas semanas na Alemanha, sobretudo, tendo em vista a atual situação de morosidade dos órgãos judiciais, que levam anos para uma decisão.

Por seu turno, há de acrescentar também a vantagem da eficácia do órgão administrativo, que se refere a confiabilidade de maneira genérica do procedimento que se utiliza.

De acordo com doutrinador espanhol Sánchez Morón, atribuir aos órgãos especializados a resolução dos recursos administrativos “(...) é a solução mais adequada para tornar o sistema de recursos administrativo eficaz de forma a servir como garantia efetiva para os administrados”²⁶⁹.

Em traços práticos, a eficácia na Espanha pode ser demonstrada, por meio do informe elaborado por Díez Santre, que aponta que entre os anos de 2011 a 2014 houve um médio de resolução de recursos entre 19% e 23%. Ademais, são cada vez mais os assuntos resolvidos pelos Tribunais administrativos, que já chegou em algum período a ultrapassar 80%²⁷⁰.

Acrescentamos também os resultados da Memória 2016 do Tribunal Administrativo de Recursos Contratuais da Comunidade de Madrid, que pontua que houve um aumento médio de 14% dos recursos desde a sua criação, ou seja, 201, sendo

²⁶⁷ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 101. Tradução nossa.

²⁶⁸ CANDELA TALAVERO, José Enrique. ob. cit., p. 603. Tradução nossa.

²⁶⁹ TOLEDO, Rolando Ignacio. *Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública*. 2019. Disponível em: Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública. (udc.es). Acesso em 02.08.2021. p. 318. Tradução nossa.

²⁷⁰ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 97. Tradução nossa.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

83 assuntos além e uma média de resolução em dias de 14 em 2015, 19 em 2016 e 2017 e 27 em 2018²⁷¹.

Diante de tais dados, conclui José Enrique Candela Talavero, que em Espanha, os órgãos administrativos de primeira instância, tendem a ser mais eficazes ao necessitarem de menor tempo e possuírem critérios de adjudicação menos estritos do que os órgãos judiciais²⁷².

Para José María Gimeno Feliu, o “cumprimento escrito do prazos, a publicidade dos acordos e resoluções e sua fundamentação dotaram de credibilidade o sistema, ao cumprir-se com as notas de rapidez, eficácia e independência”²⁷³.

Importa anotar que, os Tribunais administrativos na Dinamarca podem nos auxiliar no tocante aos dados quanto a eficácia, vez que, conforme mencionado, de 46 decisões da Câmara de Recursos, apenas 4 foram levadas aos Tribunais.

Em síntese, se analisarmos os dados da Espanha, concluímos que os Tribunais de Recursos Contratuais têm cumprido com suas metas para uma contratação pública ágil e que atenda os interesses dos particulares e, não somente do Estado. Outro fator de se anotar, é a experiência dinamarquesa, que possui uma cultura de exceção a resolução das questões junto ao órgão judicial e que alcança excelentes resultados.

Outra fortaleza que cabe citar da Instância Administrativa é a capacitação e amplo conhecimento da área que possuem os membros que a compõem.

Impõe-se que de acordo com a recomendação da Comissão Europeia de 3 de agosto de 2017, o propósito da exigência de profissionalização na contratação pública é que esta repercuta na melhoria geral da qualificação e competências profissionais, conhecimentos e experiência das pessoas responsáveis por tramitar e decidir as questões

²⁷¹ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 98. Tradução nossa.

²⁷² CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 597. Tradução nossa.

²⁷³ GIMENO FELIU, José María. “*Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la comisión para la reforma de la Administraciones públicas. Balance y prospectiva*”. 2013. Disponível em: Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas: balance y prospectiva - Dialnet (unirioja.es). Acesso em 01.08.2021. p.97. Tradução nossa.

Complementa Ignacio Rolando Toledo: “Para descrever suas vantagens, Sánchez Morón, por um lado, reconhece quatro, ou seja: 1) Garante um controle objetivo e imparcial; (2) Pode ser estendida ao controle da discricionariedade e à substituição das decisões tomadas sem considerar o problema do equilíbrio dos poderes; 3) Oferecem maiores garantias de sucesso por serem compostos por pessoal técnico; e (4) são um filtro efetivo de litígios descarregando o trabalho para o sistema judicial. Ao que Gordillo acrescenta: 5) A possibilidade de aconselhar o tribunal; (6) Custos mais baixos; (7) A possibilidade de compromisso; 8) A maior margem de controle da oportunidade no ditado da decisão e sua discricionariedade política; 9) Maior flexibilidade nos termos da pronúncia.”

TOLEDO, Rolando Ignacio, ob. cit., p. 321. Tradução nossa.

referentes à contratação pública. De mais a mais, “abrange também as ferramentas e apoio, bem como a arquitetura político-institucional necessária para realizar o trabalho de forma eficaz e alcançar resultados”²⁷⁴.

Consoante José Enrique Candela Talavero, a profissionalização dos membros é um fator que garante a independência da instância administrativa, bem como a qualidade das suas resoluções aporta segurança às partes²⁷⁵.

É certo, a necessidade de uma maior profissionalização na área da contratação pública, com desenvolvimento de habilidades específicas, interpretação e experiência prática, em uma área de tamanha complexidade e que demanda múltiplos conhecimentos.

No tocante à existência da exigência de profissionalização pelo Tribunais de Recursos Contratuais da Espanha, há de inicialmente mencionar o artigo 45 da LCSP2017, que impõem que o Presidente do Tribunal tenha o título de licenciado ou graduação em direito e tenha desempenhado sua atividade profissional por tempo superior a 15 anos, preferentemente no campo de direito administrativo e com relação direta com a contratação pública. Com relação aos vogais, diferentemente, precisam desempenhar sua atividade profissional por período superior a 10 anos²⁷⁶.

Contudo, em razão da diversidade normativa de cada comunidade autônoma, pode se citar algumas regras específicas que os profissionais devem atender. No País Vasco, a exigência é de que os profissionais tenham licenciatura ou doutorado em direito, tenham experiência comprovada da competência profissional nas matérias de análise e, que sejam funcionários de carreira por período superior a 15 anos, de preferência no direito administrativo atinente a contratação pública. Já em Madrid, delimita-se com menção de que estará integrado por 1 Presidente e 4 vogais, selecionados dentre os funcionários de carreira, por concurso de méritos de convocatória pública²⁷⁷.

Recordar que, os Tribunais Administrativos da Alemanha também contam com o requisito da profissionalização, regulando que o presidente e dois membros deverão ser funcionários públicos vitalícios e desempenhar suas funções no serviço administrativo. Os membros deverão ter muitos anos de experiência na contratação pública e um profundo conhecimento no campo dos contratos públicos.

²⁷⁴ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 244. Tradução nossa.

²⁷⁵ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 249. Tradução nossa.

²⁷⁶ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p. 292. Tradução nossa.

²⁷⁷ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., pp.292-294. Tradução nossa.

Com a mesma exigência de profissionalização estabelecem os Tribunais Administrativos da Dinamarca, que, em geral, o Conselho de Recursos é formado por um membro da presidência e um dos membros especialistas. Já em casos especiais, o presidente da Câmara de Recurso pode optar por aumentar o número de membros da presidência e de peritos para participar na decisão do caso.

Em síntese, uma maior profissionalização gera uma maior credibilidade nas decisões e é mais fácil de cumprir os prazos. Ora, um maior conhecimento e capacidade só podem promover um melhor funcionamento do Tribunal.

Nada obstante, a instância administrativa possui suas debilidades. Entre elas, podemos citar a arquitetura dos Tribunais locais, como é o caso em específico da Espanha. José Maria Gimeno Feliu compreende que é primordial a limitação do número de órgãos de recursos contratuais, de forma aclarada, pois “(...) é tão importante uma planta fechada e “harmoniosa” de órgãos de recursos contratuais, que promova uma doutrina uniforme”²⁷⁸.

Na mesma senda, o professor espanhol, Juan Alfonso Santamaría Pastor alerta que ocorrem disfuncionalidades na estrutura das instâncias administrativas em razão de ser possível, devido as inúmeras comunidades autônomas, de disparidade de critérios e diante da impossibilidade de interposição de recurso pelo recorrente a tempo, no Tribunal competente²⁷⁹.

Reforça-se a crítica dos inúmeros tribunais, com a LCSP2017 ao prever que os Municípios de grande população podem adotar decisões de criar um órgão especializado e de funcionamento independente para resolver os recursos. Segundo José Enrique Candela Talavero, “A decisão de pode criar uma infinidade de tribunais locais, não favorece a unidade de critério na aplicação da regulamentação contratual, afasta-se da imparcialidade e da segurança jurídica, além de gerar maior despesa para os cofres municipais”²⁸⁰.

Logo, vê-se que os multiplicidade de Tribunais é extremamente prejudicial, vez que permite principalmente romper com a independência, tendo em face a possibilidade de muitos de seus membros terem participado durante a fase do processo de contratação

²⁷⁸ GIMENO FELIU, Jose María, ob. cit., 2018. p.3. Tradução nossa.

²⁷⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “*El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales*”. 2015. Disponível em: [4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756](https://www.asambleamadrid.es/4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756) (asambleamadrid.es). Acesso em 27.04.2021. pp. 59-60. Tradução nossa.

²⁸⁰ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., pp. 277-278. Tradução nossa.

pública. Não há seguridade jurídica sem a independência dos membros dos Tribunais administrativos.

Outra debilidade dos órgãos administrativos, apontados por alguns doutrinadores, é o seu caráter optativo. A esse respeito aponta Martínez Tristán, que o caráter facultativo é uma das maiores anomalias da Lei de Contratos do Setor Público de 2007 em Espanha. Entende o autor que “se o propósito da existência do recurso especial e sua resolução por um Tribunal especializado é alcançar a maior eficiência possível na fase pré-contratual, não há nada mais ineficaz, por conceito, do que o opcional, é isso que se deixa a vontade dos interessados”²⁸¹.

Nesse mesmo norte é o entendimento de José María Gimeno Feliu que conclui que o caráter potestativo dos Tribunais de Recursos Contratuais pode fazer “agitar a segurança jurídica devido a problemas processuais e procedimentais”²⁸².

Admitindo-se, em conclusão, que o caráter obrigatório dos órgãos administrativos é um componente importante e gera eficácia e segurança jurídica, evitando os problemas processuais e procedimentais. Nas palavras de Valcárcel Fernández que “determina que sua articulação como obrigatória não levaria os recorrentes particulares a entrar em um procedimento pesado que quem sabe se será efetivamente resolvido ou é afetado pela aplicação da técnica de silêncio administrativo”²⁸³.

Por fim, aponta em específico, Juan Alfonso Santamaría Pastor, que o motivo que moveu a Espanha em optar por um sistema de órgãos administrativos para descongestionar a jurisdição administrativa, foi de todo inútil. Segundo ele, nunca houve uma grande quantidade de recursos de contratação pública, vez que as empresas evitam o seu ingresso com temor que venham sofrer represálias no momento dos critérios de avaliação. Complementa que, as relações da contratação pública são resultantes também de relações multilaterais e poligonais e para tanto, tem pouca utilidade, os dados que os órgãos apresentam comparativamente e que levam em conta o concorrente e a Administração²⁸⁴.

De notar, em contraponto, que as estatísticas representam números cada vez mais elevados de ingressos de recursos no âmbito do órgão administrativo, e que tal fenômeno é verificado na Espanha e nos demais Países que adotaram tal modelo institucional. A

²⁸¹ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., pp.88-89. Tradução nossa.

²⁸² GIMENO FELIU, Jose María. ob. cit., p.89. Tradução nossa.

²⁸³ CANDELA TALAVERO, José Enrique, ob. cit., p.93. Tradução nossa.

²⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob.cit., p.57. Tradução nossa.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

instância administrativa foi pensada justamente porque os órgãos judiciais encontram-se alborotados de processos da contratação pública.

Para mais, não é idôneo o comentário do referido autor, no tocante ao ceticismo dos dados estatísticos quando contraposto a relações multilaterais ou poligonais. Os dados estatísticos não são os responsáveis exclusivamente pela comprovação de rapidez e eficácia dos órgãos administrativos.

Cabe aqui comentar que, apesar de tais observações Juan Alfonso Santamaría Pastor aclara que “com essas considerações não pretende negar o acerto do legislador de 2010 em optar por um regime de órgãos e recursos administrativo, que é indiscutível”²⁸⁵.

4.2. Arbitragem

A arbitragem é um mecanismo de resolução de litígios de ímpar relevância em um mundo globalizado. Para João Caupers é uma “técnica de resolução de litígios, mais precisamente um modo para-jurisdicional de resolução de conflitos, muito próximo da via jurisdicional propriamente dita(...)”²⁸⁶

Certo é que, apesar do “conceito jurisdicional ainda estar profundamente enraizado na consciência coletiva como único método eficaz para manter ou restaurar a ordem social”²⁸⁷, não há como negar revolução da arbitragem²⁸⁸.

A arbitragem começou a ser admitida como uma “necessidade de demarcação, por comprovada incapacidade de os tribunais do Estado responderem atempadamente a todos os conflitos potencialmente judicializáveis em matéria administrativa”²⁸⁹.

²⁸⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, ob.cit., p.58. Tradução nossa.

²⁸⁶ ESQUÍVEL, José Luís, ob.cit., pp.116-117.

²⁸⁷ NUNZIATA, Martina. *The Dispute Board in International Construction Contracts*. 2019\2020. Disponível em: Microsoft Word - THE DISPUTE BOARD IN INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS.docx (luiss.it). Acesso em 26.07.2021. p.77.

²⁸⁸ Conforme Nunos Villa-Lobos: “É que, de reforma em reforma, o direito administrativo e fiscal foi operando uma revolução silenciosa, destinada a introduzir uma paridade de armas entre as partes normalmente envolvidas em disputas de natureza administrativa e fiscal. No âmbito desta revolução, que foi também conceptual, mas não só, o significado da palavra “jurisdição” viu-se profundamente reorientado: se outrora jurisdição era antes do mais sinônimo de poder de Estado, ela é agora sobretudo garantia ao serviço das pessoas, sejam elas individuais ou coletivas, e daqueles direitos e interesses legalmente protegidos que lhes importa prosseguir e realizar”.

VILLA LOBOS, Nuno. *Novas configurações da Justiça administrativa e fiscal em Portugal*. 2013. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-03.pdf. Acesso em 29.07.2021. p.363.

²⁸⁹ VILLA LOBOS, Nuno, ob cit., p.363.

Nessa senda, abriu-se espaço aos meios alternativos de resolução de litígios, com evidência para o instituto da arbitragem”²⁹⁰.

Contudo, ergue-se algumas inquietações no tocante à arbitragem administrativa, especificamente em Portugal, que irão repercutir no âmbito da contratação pública.

De início, a doutrina portuguesa anota como um dos problemas da arbitragem administrativa, a ausência de estatuto dos árbitros. Questiona-se: O estatuto previsto na LAV é suficiente para garantir a “qualidade de decisões jurisdicionais em matérias relativas à prossecução da legalidade pública, do interesse público e\ou da garantia dos interesses dos administrados”²⁹¹?

Indaga-se ainda: Poderia se realizar uma “interpretação ab-rogante” e aplicar-se o RJAT à arbitragem administrativa²⁹²? Afinal, na matéria tributária, o legislador regula o tema em estatuto próprio- artigo 7º, nº1 RJAT, apresentando aspectos muito mais exigentes do que os da LAV.

Outra dificuldade que enfrenta a arbitragem administrativa é no tocante o dever de fundamentação das decisões arbitrais de direito administrativo. Embora seja disposta no artigo 42, nº 3, da LAV “A sentença deve ser fundamentada, salvo se a partes tiverem dispensado tal exigência ou se tratar de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41”²⁹³, temos o inconveniente da regra admitir exceções; o que estaria em contraponto com a arbitragem de direito administrativo²⁹⁴.

Além dos óbices já mencionados, merece atenção também a questão atinentes ao direito de recurso da decisão arbitral. Questiona-se: A regra da irrecorribilidade da decisão do artigo 39, nº 4 da LAV é aplicável aos recursos da arbitragem administrativa?²⁹⁵. Como é possível por um lado, o legislador incentivar a arbitragem, devido a sua celeridade, especialidade e, por outro, prever que seja feito recurso das decisões arbitrais aos tribunais estaduais?. É sabido também, que em 2019, o legislador com o artigo 185-A, nº 3 do CPTA acabou por permitir um enorme controle das decisões arbitrais por parte dos Tribunais do Estado. Há aqui uma abertura clara de um recurso de uniformização de jurisprudência, mas também aquilo que chamamos, de um recurso de

²⁹⁰ LOBOS, Nuno Villa, ob. cit., p.364.

²⁹¹ PEDRO, Ricardo, ob.cit., p. 53.

²⁹² PEDRO, Ricardo, ob.cit., pp. 55-57.

²⁹³ PEDRO, Ricardo, ob.cit., pp. 54-55.

²⁹⁴ PEDRO, Ricardo. ob.cit., pp. 54-55.

²⁹⁵ PEDRO, Ricardo. ob cit., pp. 58-59.

revista. Não há dúvidas, acerca da desconfiança do legislador acerca dos Tribunais arbitrais.

Nesse ponto, imprescindível é a observância de uma das grandes debilidades da arbitragem administrativa: a falta de confiança. É a “cultura dos jurisdicionados, que estão enraizados na solução dos conflitos de interesses por um juiz togado, investido de jurisdição”²⁹⁶. Aliás, o grande problema a ser transposto pela arbitragem é o “problema cultural”, demandando este de uma “modificação subjetiva, de uma mudança valorativa, de maior confiança no que até então era desconhecido”²⁹⁷.

Pontua-se ainda como pontos débeis da arbitragem administrativa: falta de conhecimentos jurídicos do árbitro para realização de uma sentença legal, altos custos da arbitragem, confidencialidade que não se coaduna com a transparências das informações no interesse público.

Por outro lado, são muitas as vantagens da arbitragem, sendo um de seus traços importantes, a liberdade do indivíduo, de optar por um procedimento célere e eficaz. Destaque para a observação de Freitas do Amaral “fomento sistemático de todas as formas possíveis de arbitragem como uma das medidas que devem ser tomadas a médio e longo prazo, para aumentar a oferta dos serviços de justiça no nosso país”²⁹⁸.

Por primeiro, há de se destacar os baixos custos da arbitragem. Tal entendimento está amparado no fato de que, o exame de custos do procedimento deve ser feito levando em consideração principalmente o tempo do procedimento. Quanto maior o tempo em resolver a demanda, mais custos terá a empresa. Refere Nuno Villa-Lobos que “mesmo em disputas aparentemente menores, a passagem do tempo pode ser financeiramente muito penalizadora, e vir a custar muito rapidamente”²⁹⁹.

Nesta linha, à título de ilustração, interessante a análise realizada durante vários anos pela Secretaria da Corte Internacional da CCI. O resultado encontrado foi que os honorários dos árbitros representam aproximadamente 14% e os gastos de honorários

²⁹⁶ COSTA, Guilherme Soncini da. *A arbitragem como meio alternativo na solução de conflitos de interesses e sua efetividade na pacificação social e algumas questões polêmicas*. 2007. Disponível em: Dissertação Guilherme (dominiopublico.gov.br). Acesso em 01.08.2021.p. 96.

²⁹⁷ COSTA, Guilherme Soncini da, ob. cit. p. 96.

²⁹⁸ FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?*. 2012. Disponível em: Universidade do Minho: Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo? (uminho.pt). Acesso em 03.08.2021. p.69.

²⁹⁹ VILLA LOBOS, Nuno, ob.cit., p. 368.

com advogado é de 82% e os gastos de arbitragem e relacionados com a instituição foi igualmente de 2%³⁰⁰.

Com efeito, se levarmos em conta um custo da demora processual e que no caso das pequenas e médias empresas essa demora poderia ser irreversível economicamente, não há que se falar em maiores custos da arbitragem em comparação a via judicial³⁰¹.

Outro ganho da arbitragem é a confidencialidade do procedimento. O sigilo permite que as partes se sintam seguras de que, o objeto da demanda não será publicizado, prejudicando em muitas vezes, a imagem de uma grande empresa. Mantém-se a reputação do privado, incentivando-o a investir economicamente no País, já que caso necessite discutir eventuais direitos em uma demanda, tem a segurança de que poderá fazê-lo em ambiente reservado. Afinal, conforme pontua José Luís Esquivel, “as vantagens normalmente associadas à arbitragem prendem-se com o carácter mais reservado ou confidencial do respectivo processo”³⁰². Na verdade, o interesse público não é impeditivo da confidencialidade, vez que é possível dar publicidade ao procedimento arbitral de forma específica e a parte do laudo que se refere ao direito público³⁰³.

Referimo-nos agora à habilidade técnica e específica dos árbitros, como outro benefício da arbitragem. Ao optar-se pela arbitragem, os contratantes aceitam que sua controvérsia seja deliberada por árbitros especializados, ou seja, juristas que detém conhecimento específico da área do litígio, o que possibilita que as partes tenham mais segurança na qualidade técnica.

Pode-se imaginar, por exemplo, uma controvérsia atinente à engenharia que, se estivesse no Judiciário, o juiz iria nomear um perito para fazer um relatório técnico. Nesse caso, raramente sua sentença seria no sentido contrário ao parecer do perito e o julgador

³⁰⁰ TERCIER, Pierre. *El nuevo reto de arbitraje: Como reducir la duración y los costos. “Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos”*. 2010. Disponível em: Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos - Google Libros. Acesso em 28.07.2021. p.21.

³⁰¹ Anotam João Ricardo Catarino e Pedro Miguel Alves Ribeiro Correia: “Embora os cidadãos e operadores económicos tenham uma ampla gama de garantias destinadas a proteger os direitos violados, a lentidão dos tribunais para tomar decisões pode levar à negação prática da justiça e à subversão do ideal subjacente. Essa é a causa da perda percebida por todos, especialmente em termos financeiros (...) Finalmente, a relação custo-benefício é afetada quando comparada com os custos incorridos na demanda e o impacto da lentidão da decisão judicial sobre a vida dos cidadãos e empresas”.

CATARINO, João Ricardo e outro. *Medios de resolución alternativa de conflictos: percepción general, satisfacción y lealtad de usuarios de centros de arbitraje en Portugal*. 2017. Disponível em: 8.pdf (unam.mx). Acesso em 29.07.2021. pp. 227-228. Tradução nossa.

³⁰² ESQUIVEL, José Luís, ob.cit., p.77.

³⁰³ Registra-se que em Portugal, com as alterações da lei em 2015, impôs-se a publicação das sentenças quando umas das partes fossem entidade pública, conforme artigo 5, n.1, “g”³⁰³ do Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

não teria conhecimento do tema³⁰⁴. Por outro lado, na arbitragem, a demanda seria entregue diretamente nas mãos do especialista³⁰⁵.

A respeito disso, sustenta João Caupers que “ser um técnico de direito, mesmo que excepcional, já não basta, afirmando, mesmo, que o triunfo da via arbitral representa o fracasso dos juízes e o êxito dos peritos”³⁰⁶.

Logo, inegável o benefício de se poder optar por um árbitro com experiência na matéria do litígio e que possa resolver temas complexos³⁰⁷.

A quarta vantagem geral da arbitragem administrativa é a neutralidade dos árbitros, que se apresentam despidos de qualquer vínculo estatal, diferentemente do sistema judicial, em que o Juiz é funcionário estatal³⁰⁸.

Além do mais, há de se assinalar que a arbitragem institucionalizada possui toda uma organização de modo profissional e que possui conhecimentos da arbitragem, disponibilizando, inclusive, um regulamento que “conforma o procedimento arbitral, evitando que o mesmo tenha que ser desenvolvido pelas partes”. Também há de se lembrar de que a designação dos árbitros fica a cargo do centro arbitral, sem falar na segurança jurídica, o que fornece maior segurança as partes, vez que o “encargo da administração da arbitragem será entregue a uma pessoa jurídica em função da confiança depositada nesta instituição”³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. Juliana Neder Medina: “(...) Os juízes, na maioria das vezes, além de sobrecarregados de processos pendentes de julgamento, necessitam um conhecimento geral de praticamente todos os ramos do Direito”. MEDINA, Juliana Neder. *Arbitragem em matéria administrativa: uma resistência corporativa?*. 2018. Disponível em: Repositório Aberto da Universidade do Porto: Arbitragem em matéria administrativa: uma resistência corporativa ? (up.pt). Acesso em 01.08.2021. p. 28.

³⁰⁵ LOURENÇO, Haroldo. *Escritos sobre direito, cidadania e processo: Discursos e Práticas*. 2020. Disponível em: E-book.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em 27.07.2021. p.197.

³⁰⁶ MEDINA, Juliana Neder, ob.cit., p. 28.

³⁰⁷ Complementa Simão Mendes de Sousa: “(...) se há vantagem que frequentemente se assaca aos centros de arbitragem institucionalizada é, precisamente, o elevado grau de especialização que permite, entre outras coisas, a promoção de uma melhor aplicação do direito à causa e, subseqüentemente, uma boa decisão do litígio”

SOUSA, Simão Mendes de. *A Arbitragem e a contratação pública: 3 pecados originais e a reforma que fica por fazer*. 2020. Disponível em: Layout 1 (oa.pt). Acesso em 03.08.2021. p.823.

³⁰⁸ Cfr. Cavadonga Isabel Ballesteros Panizo: “Não poucas vezes tem sido criticado que no processo contencioso-administrativo não há justiça material real, uma vez que o administrado não sente que há uma situação efetiva de igualdade em relação à Administração, uma vez que o Judiciário, embora independente e imparcial, não deixa mais de ser um poder do Estado, como é o poder executivo. O fato de dois ramos de governo no mesmo procedimento coincidirem entre si como juiz e um como parte do processo, embora haja independência entre os dois, não raramente cria em particular uma certa sensação de insegurança e desigualdade. Assim, do ponto de vista do administrado, a arbitragem seria, portanto, apresentada como um fórum verdadeiramente neutro, despojado de qualquer conotação estatal.”

PANIZO, Cavadonga Isabel Ballesteros, ob. cit., p. 84. Tradução nossa.

³⁰⁹ PEDRO, Ricardo. “*Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*”. 2016. pp. 549-550.

Acrescenta-se que a arbitragem institucionalizada além dos pontos fortes apontados acima, é muito mais transparente, considerando que os árbitros são escolhidos pelo Centro por lista conhecida de forma antecipada. De mais, é menos onerosa, vez que há uma tabela de custas processuais, que estabelece os honorários dos árbitros e os encargos do processo³¹⁰.

Finalmente, de forma praticamente unânime, os doutrinadores entendem que uma das grandes vantagens da arbitragem se encontra na rapidez do procedimento. De mais, por a arbitragem ainda contar com flexibilidade, ela se torna o meio mais célere. Em regra, o árbitro deve cumprir um prazo fixo, enquanto o juiz deve cumprir um prazo razoável.

A tudo isso não podemos deixar de acrescentar as palavras Sêrvulo Correia “é certo que a celeridade é uma das vantagens inerentes ao fenómeno arbitral mas, não é o único e, corre-se o risco da arbitragem passar a ser encarada apenas como a válvula de escape do sistema”³¹¹.

4.3. Instância Administrativa: Uma possível alternativa para Portugal?

Por todo exposto, é inquestionável o fato de que a instância administrativa possui um funcionamento rápido e eficaz, especialmente na Espanha, em que se dispõe de dados suficientes para concluir que, apesar das debilidades, esse modelo está comprometido verdadeiramente com a efetividade.

Na verdade, esse modelo possui entre as principais fortalezas: rapidez, eficácia e ampla capacitação dos membros.

Acrescenta-se que, a opção de instância administrativa pelos Estados-Membros tem resguardo no artigo 2º, nº 9 das Diretivas-Recursos.

Logo, amparado em tais pontos, a criação de tribunais administrativos providos de imparcialidade e independência, apresenta-se como uma solução adequada para as preocupações de urgência da contratação pública.

Em Portugal, a tradição constitucional de solução de litígios não condiz com a instância administrativa. Dir-se-ia que, não está prevista no ordenamento jurídico português tal hipótese.

³¹⁰ MARTINS, Guilherme W. d'Oliveira. *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: visão política. Arbitragem administrativa*. 2017. p.7.

³¹¹ SOUSA, Simão Mendes de, ob. cit., p.806.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

Sucedem que, o legislador português no artigo 476, nº 1 descreveu que “o recurso da arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios (...)”³¹², o que abriria caminho para o modelo institucional da instância administrativa³¹³

Anota-se ainda que o legislador português não está alheio ao disposto na Diretiva Recursos e em todas as correntes doutrinárias. Da mesma forma, não passa despercebido, o êxito do País vizinho no tocante a instância administrativa, como solução adequada para a solução de conflitos da contratação pública.

Indispensável também é anotar sobre a noção que o legislador português possui da necessidade de que a Administração Pública se adapte ao fenómeno da *Ius-Mercantilização*³¹⁴.

Em síntese, considerando que a Administração Pública necessita ter regras que levam em conta o mercado atual, essencialmente “notas de imediatismo e flexibilidade”³¹⁵, a opção de instituir a instância administrativa poderia ser uma opção válida.

Convém, contudo, que esta seja uma opção para ser ponderada por Portugal, no porvir. No tempo atual, há de se prestar atenção à arbitragem para a solução dos conflitos na contratação pública em Portugal.

A arbitragem possui inúmeras vantagens: fornece maior liberdade do indivíduo, baixos custos, confidencialidade do procedimento, habilidade técnica e específica dos árbitros, neutralidade dos árbitros, flexibilidade, rapidez, melhor aceitação da decisão, reforço da legitimidade, em consequência da autonomia das partes na determinação da composição do Tribunal arbitral e constitui um modo de fazer beneficiar o exercício da função jurisdicional do contributo de outros profissionais do direito que se hajam destacado no ensino no direito e na prática da advocacia. Para mais, a arbitragem

³¹² PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos. Decreto-Lei nº 18\2008*. DRE-Diário da República eletrónico. Disponível em: Código dos Contratos Públicos (CCP) | Diário da República (dre.pt). Acesso em 09.08.2021.

³¹³ PEDRO, Ricardo. “*Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de Lei nº 168\XIII*”. 2019. p. 71.

Questiona ainda o autor: 1. Tal proposta será admissível à luz das exigências constitucionais nacionais? 2) Se deverá entender-se que o verdadeiro teste da tutela jurisdicional efetiva apenas ocorre na segunda ou na terceira “instância”? 3) Se tal discussão será possível fazer sem a presença dos espíritos da época inerentes à famosa expressão “julgar a Administração é ainda administrar (...)”.

PEDRO, Ricardo, ob. cit., p. 71.

³¹⁴ TOLEDO, Rolando Ignacio, ob.cit., p.445. Tradução nossa.

³¹⁵ TOLEDO, Rolando Ignacio, ob.cit., p.445. Tradução nossa.

institucionalizada possui toda uma organização de modo profissional, com um regulamento específico³¹⁶.

Conforme identificado por Ricardo Pedro, “são muitas as vantagens da arbitragem institucional, podendo esta modalidade, pelas suas características, contribuir definitivamente para desenvolver e estabilizar a arbitragem”³¹⁷. Possui como vantagens: “celeridade, acessibilidade, proximidade, informalidade, confidencialidade e simplicidade”³¹⁸.

Na França, apesar da existência do princípio da proibição da arbitragem no âmbito público, há documentos importantes que incentivaram a adoção da arbitragem de direito administrativo: Informe de 1993 “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitragem, en matière administrative*”, informe *Labetouille*, colóquio de 30 de setembro de 2009 organizado pelo “*Chambre Nationale pour l’Arbitrage Privé et Public*” e projeto *Labetouille bis- Lei 2887 d’arbitragem impliquant des personnes publiques*³¹⁹.

O Conselho de Estado francês, no informe de 1993, concluiu que mesmas razões que levam os empresários a buscarem a arbitragem em ambiente privado: confidencialidade do procedimento, especialização dos árbitros, flexibilidade e celeridade; podem ser aplicadas para fundamentar a utilização da arbitragem no campo público³²⁰.

Com estas premissas, inquestionável as fortalezas que possui a arbitragem no campo da contratação pública. Propõe-se medidas pontuais para possíveis correções das debilidades deste instituto:

PRIMEIRA. Conforme menciona Jan Paulsson: “A ideia da arbitragem é a de resolução vinculativa de disputas aceitas com serenidade por aqueles que suportam suas consequências por causa de sua confiança especial nos escolhidos tomadores de

³¹⁶ Cfr. Luís Filipe Castro Mendes: “É justo reconhecer que desde 2009, o CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, se vem diferenciando pela eficiência na resolução alternativa de litígios em matéria administrativa e, a partir de 2011, também tributária, através de composição de tribunais arbitrais que se têm relevado céleres, com um tempo médio de resolução dos processos próximo dos três meses e meio e a baixo custo”.

MENDES, Luís Filipe Castro. *Uma visão política do Ministro da Cultura*. Arbitragem administrativa. 2017. p.4.

³¹⁷ PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil pelo mau funcionamento da administração da justiça*. 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/16643>. Acesso em 09.08.2021.p.549.

³¹⁸ PEDRO, Ricardo, ob. cit., p. 549.

³¹⁹ PANIZO, Cavadonga Isabel Ballesteros, ob. cit., p. 271-272. Tradução nossa.

³²⁰ PANIZO, Cavadonga Isabel Ballesteros, ob. cit., p. 271-272. Tradução nossa.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

decisão"³²¹. Refere-se tal pensamento ao fato de que a confiança está principalmente atrelada à qualidade das decisões dos árbitros. O componente humano como instrumento chave para a eficácia da arbitragem.

Assim, a confiança passa, manifestamente, pela garantia de aplicação de rigorosos critérios de escolha dos árbitros³²², por meio de uma seleção objetiva e meritória, imparcialidade e competência dos árbitros, bem como por uma decisão arrazoada e bem fundamentada. Cabe aqui esclarecer que a LAV preconiza no artigo 9, n.ºs 1 e 3 somente menciona que os árbitros devem ser pessoas singulares, capazes, independentes e imparciais. Não há menção na LAV de “quaisquer exigências em termos de qualificação, formação, idade, experiência ou outros atributos”³²³.

Diante de omissões, imperioso aplicação de critérios mais rigorosos para a escolha dos árbitros, à título meramente ilustrativo, como os mencionados para a escolha de membros da instância administrativa nas Comunidades de Madrid e do País Vasco.

Deve-se levar em consideração também o disposto na lei de arbitragem espanhola (artigos 15º, nº1, da Lei 60\2003, de 23 de dezembro), acerca do requisito de que o “árbitro seja jurista ou de que pelo menos um dos árbitros seja jurista, no caso de se tratar de uma arbitragem colegial”³²⁴.

De mais, importa anotar a importância da realização de processo de formação dos árbitros, devendo-lhes ser ministrada uma formação que o prepare para as decisões práticas e jurídicas.

SEGUNDA. A necessidade de uma lei própria da arbitragem administrativa é medida imperativa, de modo a se dotar o instituto de regras específicas e atinentes a seus problemas em particular, em especial, que regule os requisitos que devem possuir os árbitros, bem como os requisitos da fundamentação das decisões arbitrais administrativas³²⁵. Nas palavras de José Miguel Figueiredo: “legislar ao desenfreado

³²¹ BURLEY, Zachary *apud* Jan Paulsson. *The idea of arbitration*. 2015. Disponível em: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=arbitrationlawreview>. Acesso em 09.08.2021. p.357. Tradução nossa.

³²² Cfr. Mário Aroso de Almeida: “(...) seja realizada por árbitros dotados de requisitos e qualificações adequados e devidamente escrutinados e que, no âmbito do processo arbitral, sejam observadas exigências de transparência e publicidade. Ora, não se vê como possa ser efetivada de modo satisfatório a observância dessas regras fora do âmbito das arbitragens institucionalizadas (...)”

ALMEIDA, Mario Aroso de. *Arbitragem administrativa: presente e futuro*.2020. p.61.

³²³ CARVALHO, Ana Celeste e outros. *Arbitragem administrativa: uma proposta*. 2019. p.59.

³²⁴ CARVALHO, Ana Celeste e outros, *ob.cit.*, p.59.

³²⁵ Em sentido contrário, Sérvulo Correia: “não defendemos de modo algum que fosse necessária e benéfica a vigência de uma lei própria da arbitragem administrativa contraposta à Lei da Arbitragem Voluntária,

ritmo a que hoje assistimos compromete a qualidade da legislação, prejudica o seu conhecimento pelos respectivos destinatários e lesa de forma profunda e evitável a segurança jurídica que os cidadãos depositam no quadro legal”³²⁶

No particular quanto à fundamentação das decisões, tem-se que estas devem constar: fatos provados e não provados, fundamentação e valoração da prova dos fatos e fundamentação de direito da decisão sobre questões prévias. Logo, a decisão arbitral deve ter fundamentos de fato e de direito, de modo que haja compressão pelo destinatário e pela comunidade em geral³²⁷.

TERCEIRA. Optar por arbitragem necessária para os litígios pré-contratuais³²⁸. Entende Adolfo Mesquita que para a rápida solução da arbitragem pré-contratual, a saída era o legislador optar por uma arbitragem necessária para os litígios pré-contratuais e transformar os centros de arbitragem institucionalizada em “agências especializadas no julgamento destes litígios”³²⁹

Tem-se esta como uma medida apreciável, tendo em vista a celeridade e especialização, vez que conforme menciona o referido autor “esses centros aproximar-se-iam de alguma forma das autoridades especificamente criadas na Europa para o julgamento arbitral (ou mediação voluntária ou imperativa) dos litígios emergentes dos procedimentos pré-contratuais, como aconteceu na Alemanha ou na Dinamarca”³³⁰

QUARTA. No tocante à regra do artigo 476,nº 5 do CCP, do recurso obrigatório em questão de valor superiores a 500.000 euros; tem-se como injustificado a opção do legislador³³¹. Nas palavras de Guilherme W. d’Oliveira Martins o legislador “não afasta a possibilidade de reapreciação da causa por um órgão jurisdicional estadual ainda que

considerada como diploma de processo civil. Na grande maioria dos seus preceitos, a LAV (2011) mostra-se adequada à disciplina da arbitragem administrativa”.

SOUSA, Simão Mendes de *apud* Sérvulo Correia.ob. cit. p. 829.

³²⁶ FIGUEIREDO, José Miguel. *Requisitos de designação dos árbitros na proposta de lei da arbitragem administrativa voluntária- Breve Comentário em jeito de exortação*. 2020. p.52.

³²⁷ CARVALHO, Ana Celeste e outros, ob.cit., pp.77-78.

³²⁸ Cfr. Adolfo Mesquita Nunes: “(...) penso que é possível concluir que, nem na ação urgente nem no regime de arbitragem do CCP, o legislador conseguiu criar um regime de urgência capaz de tutelar equilibradamente os interesses em confronto, capaz afinal, de proceder à justa repartição dos riscos da lentidão processual que se movem no contencioso pré-contratual”.

NUNES, Adolfo Mesquita. *Em debate: o futuro da arbitragem administrativa. A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso*. 2020. pp.41-42.

³²⁹ NUNES, Adolfo Mesquita, ob. cit., p. 40-41.

³³⁰ NUNES, Adolfo Mesquita, ob. cit., 41.

³³¹ Cfr. Adolfo Mesquita Nunes: “(...) pouca atratividade que a recorribilidade das decisões arbitrais tem para os particulares, que veem vantagens no sentido da celeridade, na irrecorribilidade das decisões arbitrais (...) Não é, portanto, expectável que esta norma estimule os privados a aceitar a arbitragem frustrando-se um dos objetivos deste regime”.

NUNES, Adolfo Mesquita: *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações*. 2017. p.23.

4. Cotejo entre os dois modelos aptos a resolver conflitos na contratação pública: arbitragem e instâncias administrativas

em detrimento da eficiência e da celeridade que poderia resultar de um exclusivo julgamento arbitral (...)”³³². De mais, injustificada a desconfiança do legislador no caso do artigo 185-A, nº 3 do CPTA, devendo-se vigorar nesse caso o princípio da autorresponsabilização das partes. Deixa-se a arbitragem com o papel de uma “primeira instância distanciada nos tribunais estaduais” e conseqüentemente diminui a animação das empresas quanto aos tribunais arbitrais³³³.

Conforme observou Felipe Romão “uma justiça que tarda ou que não é decidida em tempo útil acaba por não ser Justiça”³³⁴.

QUINTA. Em consonância com o entendimento de Maria Aroso de Almeida, entende-se que as atividades da arbitragem de direito público não deveriam se concentrar somente no CAAD. Assim, seria interessante a realização de parcerias entre as autarquias locais para a constituição de centros de arbitragem administrativos de esfera local³³⁵.

SEXTA. Incentivar o uso do *Dispute Board*, considerando que se trata de requisito pré-arbitragem, e que pode auxiliar a diminuir os casos recebidos pela instância arbitral e evitar uma multiplicação de causas. À título ilustrativo, cita-se o caso do Supremo Tribunal Federal da Suíça, que recentemente decidiu que “um tribunal arbitral deve suspender a arbitragem para permitir que as partes cumpram a condição pré-arbitral”³³⁶

³³² MARTINS, Guilherme W. d’Oliveira, ob.cit., p.14.

³³³ SOUSA, Simão Mendes de. “A arbitragem e a contratação pública: 3 pecados originais e a reforma que fica por fazer”. 2020. Disponível em: Layout 1 (oa.pt). Acesso em 09.08.2021. p. 832.

³³⁴ MEDINA, Juliana Neder, ob.cit., p. 29.

Menciona ainda Juliana Neder Medina: “Dentre essas vantagens listadas acima, a CAAD enumera outras vantagens: i) Resolver litígios mais rapidamente: A existência de um prazo máximo de 6 meses garante uma decisão mais célere que nos tribunais administrativos e fiscais. O prazo médio para resolver litígios nos centros de arbitragem apoiados pelo Ministério da Justiça é de 2/3 meses. ii) Resolver litígios de forma mais barata: As custas no CAAD são inferiores às dos tribunais administrativos e fiscais. iii) Resolver litígios de forma mais especializada: Os árbitros do CAAD, pela sua especialização, garantem decisões de elevada qualidade iv) Resolver litígios de forma mais simples: A tramitação do processo é simples e gerida electronicamente. Além disso, a resolução dos litígios por acordo é incentivada”.

MEDINA, Juliana Neder, ob.cit., p. 29.

³³⁴ MEDINA, Juliana Neder, ob. cit., p. 29.

³³⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. 2010.p.523.

Registra-se contudo, o seguinte questionamento: No futuro, deverá haver uma entidade reguladora da arbitragem?

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. 2010.p.523.

³³⁶ KOSTOVSKA, Ana Papeljgoska. *The role and function of the dispute adjudication board (dab) in the fidic forms of contracts*. 2021. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.21113/iir.v10i2.588>. Acesso em 01.08.2021. p. 175. Tradução nossa.

5. CONCLUSÃO

A contratação pública é um pilar fundamental para a economia da União Europeia, em virtude do enorme número de despesas que representa. Reagindo às pressões do mercado, a Comunidade Europeia promulgou as Diretivas Recursos nº 89\665\CEE e nº 92\13\CEE, modificadas pela Diretiva 2007\66\CE, com el objetivo de estabelecimento de recursos rápidos, eficazes e independentes, já que os órgãos judiciais tradicionais estavam com uma crescente litigiosidade, sobrecarga de processos, lentidão e perda de credibilidade.

Neste aspecto, os meios alternativos de resolução de litígios aparecem como elemento crucial para contribuir para a efetividade da contratação pública.

A dissertação parte de um modelo português e da opção da arbitragem, como saída para o cenário marcado por judicialização em excessos, processos demorados e insatisfação com o resultado. Foram apresentados dois modelos, a partir da revisão de literatura. O primeiro é a arbitragem, meio de resolução de conflitos alternativo à via judicial, que possui perfeito encaixe constitucional no ordenamento jurídico português, conforme dispõe artigo 209, nº 2, da CRP, figurando os Tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais. O segundo trata-se da instância administrativa, também denominada de justiça administrativa especial, que possui importantes resultados em Espanha e tem previsão nas Diretivas Recursos, as quais, do ponto de vista institucional, tem como principal preocupação, a garantia da independência funcional da entidade administrativa e de seus membros, para a resolução de litígios em matéria de contratação pública.

Concluiu-se que no tocante a instância administrativa, Espanha possui sólidas estatísticas quanto à rapidez, eficácia dos Tribunais Contratuais de Recursos, o que demonstra o sucesso do modelo adotado para solucionar conflitos oriundos da contratação pública. Apesar de não fazer parte dessa pesquisa, dados tão precisos quanto ao referido à Espanha, é possível concluir que Alemanha e Dinamarca são Países que já alcançaram uma maior confiança no órgão administrativo. No que se refere a arbitragem, Itália possui uma legislação que sofreu inúmeras alterações, inclusive, recentes, que contribuíram para o estudo. Já no caso da França, apesar do princípio da proibição da arbitragem em âmbito público, é de surpreender a recente doutrina incentivando o uso da arbitragem administrativa.

CONCLUSÃO

Com relação ao *dispute board*, tem-se que o instituto pode ser utilizado em duas acepções: como alternativa à arbitragem ou no momento prévio à arbitragem. A utilização do *dispute board* pré-arbitragem, sem dúvida, acaba por enriquecer a arbitragem.

Em síntese, o modelo da instância administrativa não é somente uma alternativa à administração da Justiça do Estado, mas sim, é um meio adequado para solucionar problemas atinentes à contratação pública. O modelo, contudo, não se mostra adequado, ao menos, no momento, para Portugal. A arbitragem é um modelo já consolidado e necessita de ajustes e um maior apoio do Estado. Por outro lado, para a instalação da estrutura das instâncias administrativa necessitar-se-ia muito mais do que verbas públicas, mas sim, uma confiança que o legislador ignora até mesmo com a arbitragem, a qual possui disposição constitucional.

Uma das contribuições deste estudo foi sistematizar e organizar as soluções (meio competência) para resolver conflitos atinentes da contratação pública.

Outra contribuição deste estudo foi apresentar a importância, a nível português, das inúmeras fortalezas que possui a arbitragem na contratação pública, propondo-se medidas com o fim de dar mais efetividade a tal instituto: aplicação de rigorosos critérios de escolha dos árbitros, por meio de uma seleção objetiva e meritória; realização de processo de formação dos árbitros; necessidade de uma lei própria da arbitragem administrativa; optar por uma arbitragem necessária para os litígios pré-contratuais; revogação da obrigatoriedade de recurso obrigatório nas questões de valor superior a 500.000 euros; realização de parcerias entre as autarquias locais para a constituição de centros de arbitragem administrativos de esfera local e incentivo ao uso do *dispute board*.

No que diz respeito às limitações de pesquisa, há de se mencionar a impossibilidade de desenvolver o estudo com ênfase no direito comparado, já que este teria decisiva importância para a compreensão das soluções apresentadas. Tal trabalho não foi desenvolvido, em virtude da impossibilidade de realizá-lo à nível de uma tese de mestrado.

Ao longo do desenvolvimento desta dissertação, identificaram-se pontos correlatos que permitiriam o desenvolvimento de outros estudos para ampliar o entendimento das soluções (meio competência) para resolver os problemas da contratação pública.

Esta pesquisa, poderia ser aplicada a nível português. O País poderia desenvolver estudos de modo a verificar os custos de implantação da justiça administrativa, bem como

a possibilidade real de modificações tendentes a tornar a arbitragem mais rápida, efetiva, útil e de melhor qualidade, contribuindo para amenizar as preocupações de urgência da justiça administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEYNAYAKE, M.D.T.E. *Special Features and Experiences of the Construction Industry- Arbitration in Sri Lanka*. Salford, Inglaterra: School of the Built Environment, University of Salford, UK, 2008. Disponível em: Special Features and Experiences of the Construction Industry- Arbitration in Sri Lanka (fraunhofer.de). Acesso em 01.08.2021.

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem e Administração Pública: um panorama global*. Revista Digital de Direito Administrativo. volume 5, nº 1. Rio de Janeiro, Brasil: Revista Digital de Direito Administrativo-RDDA, 2018. Disponível: Arbitragem e Administração Pública: um panorama global | Revista Digital de Direito Administrativo (usp.br). Acesso em 15.08.2021.

ALEMANHA. *Lei contra restrições da Concorrência*, de 26.08.1998 GWB. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Disponível em: GWB - nichtamtliches Inhaltsverzeichnis (gesetze-im-internet.de). Acesso em 07.08.2021.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *A arbitragem administrativa. Manual de Processo administrativo*. Portugal: Almedina, 2010.

ALMEIDA, Mario Aroso de. *Tópicos sobre o problema do âmbito subjectivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo*. Portugal: Almedina, julho de 2012.

ALMEIDA, Mario Aroso de. *Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal*. In: Jorge Miranda e outros (Coord.). Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles. Volume II. Lisboa, Portugal: Almedina, 2012.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Arbitragem de Direito Administrativo: Que lições retirar do CPTA?*. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.). A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos contratos públicos. Lisboa: AAFDL, fevereiro\2018.

ALMEIDA, Mario Aroso de. Arbitragem administrativa: presente e futuro. Revista de direito administrativo nº 7. Portugal: AAFDL, janeiro\abril 2020.

ALMEIDA, Mário Aroso de. “*Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei nº 118\2019, de 17 de setembro*”. Porto, Portugal: Revista Eletrônica de direito público, dezembro, 2019. Disponível em: E-pública Revista Eletrónica de Direito Público (e-publica.pt). Acesso em: 23.03.2021.

ALMEIDA, Mário Aroso de. “*Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da justiça administrativa em Portugal*”. nº 34. Brasília, Brasil: Revista CEJ, 2006. Disponível em: PRETENSÕES DEDUTÍVEIS E PODERES DE PRONÚNCIA DOS JUÍZES NO NOVO REGIME DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL * (1library.org). Acesso em: 24.03.2021.

ANJOS, Maria do Rosário; AZEVEDO, Patrícia Anjos. *Arbitragem administrativa e Tributária: a solução adotada em Portugal*. Porto: Instituto Jurídico Portucalense, 2018. Disponível em: Arbitragem Administrativa e Tributária: A solução adotada em Portugal (uportu.pt). Acesso em 25.08.2021.

_____. *Annual Report 2019*. NAEVNENES HUS. Disponível em <https://naevneneshus.dk/start-din-klage/klagenaevnet-for-udbud/>. Acesso em 24.04.2021.

BALLESTEROS PANIZO, Covadonga Isabel. *El arbitraje de derecho público*. Tese de doutorado em direito, Universidade Internacional de Catalunya. Barcelona, 2017. Disponível em: Tesi_Covadonga Isabel Ballesteros.pdf (tdx.cat). Acesso em: 07.03.2017.

BARBOSA, Benjamim. *O regime estatutário dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal*. nº30, Revista Julgar: 2016. Disponível em: Provas da JULGAR 30 - Terceiras e finais.pdf. Acesso em: 24.03.2021.

BOLADO, Roberto O. Bustillo. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. 3º edição, Espanha: Arazandi, 2010. Disponível em: Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

terminación convencional del procedimiento - Dialnet (unirioja.es). Acesso em 15.04.2021.

BORTONE, Joana D´arc Amaral. *Dispute Board como meio de resolução de conflito nos contratos de longa duração*. Tese de mestrado, Universidade Portucalense, março de 2020. Disponível em: Microsoft Word - DISSERTAÇÃO JOANA formatado VF.docx (uportu.pt). Acesso em 01.08.2021.

BOUSTA, Rhita; SAGAR, Arun. *Alternative Dispute Resolution in French Administrative Proceedings*. In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Coord.). *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Londres: Springer, 2014.

BURLEY, Zachary. *The idea of arbitration*. Volume 7, artigo 27. *Arbitration Law Review*, 2015. Disponível em: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=arbitrationlawreview>. Acesso em 09.08.2021.

CABRAL, Margarida Olazabal. *O contencioso pré-contratual no CPTA revisto*. 1ª edição. Lisboa: Centro de estudos judiciários, 16.02.2017. Disponível em: www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf. Acesso em: 24.02.2021.

CADILHA, Carlos Fernandes; CADILHA, António. *O contencioso Pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos: perspetivas face à Diretiva 2007/66/CE (segunda diretiva «meios contenciosos»)*. Coimbra: Almedina, 2013.

CADILHA, António. *Contencioso Pré-Contratual*. Revista Julgar, nº 23, Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Disponível em: Julgar 23.pdf. Acesso em: 03.12.2020.

CALDEIRA, Marco. *O “novo” contencioso pré-contratual*. *Contencioso pré-contratual*. Centro de estudos judiciários. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 16.02.2017. Disponível em: Contencioso Pré-Contratual (mj.pt). Acesso em: 19.02.2021.

CANALES GIL, Álvaro. *El control de eficiencia sobre el precio en la Contratación Pública: el incidente del diálogo competitivo*. Espanha: Ministerio de Defesa, Subdirección Gene, 2000.

CANDELA TALAVERO, José Enrique. *El recurso especial en materia de contratación en el ámbito local*. 1ª edição, Madri, Espanha: Wolters Kluwer, abril de 2020.

CARVALHAL, Ana Paula Z. *A arbitragem administrativa em Portugal*. 2010. Volume 24, nº 33. Portugal: Revistas eletrônicas, FMU Direito, 2010. Disponível em: A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL | Carvalhal | FMU DIREITO - Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515). Acesso em: 30.03.2021.

CARVALHO, Alexandre Marques de. *Arbitragem no direito administrativo*. 2013. Disponível em: Arbitragem no direito administrativo (slideshare.net). Acesso em 23.08.2021.

CARVALHO, Raquel. *Direito da contratação pública*. 1ª edição. Porto: Universidade Católica do Porto, setembro de 2019.

CARVALHO, Ana Celeste; MONTEIRO, António Pedro Pinto; BRITO, David Pratas; COIMBRA, José Duarte; CALDEIRA, Marco Caldeira; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago. *Arbitragem administrativa: uma proposta*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2019.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre la ley de la justicia administrativa alemana (Verwaltungsgerichtsordnung- VwGO-) Desde el derecho administrativo argentino*. In: Pedro Aberastury H. (Coord). *Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2009.

CATARINO, João Ricardo; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. *Medios de resolución alternativa de conflictos: percepción general, satisfacción y lealtad de usuarios de centros de arbitraje en Portugal*. Lisboa: Revista del CLAD Reforma y Democracia, outubro de 2017. Disponível em: 8.pdf (unam.mx). Acesso em 29.07.2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAUPERS, João; EIRÓ, Vera. *Introdução ao Direito Administrativo*. 12ª edição. Lisboa: Âncora, 2016.

COMBA, Mario; CARANTA, Roberto. *Administrative Appeals in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saving)?*. In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Coord.). *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Londres: Springer, 2014.

COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directiva do Conselho de 21 de dezembro de 1989*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=ES>. Acesso em: 18.11.2020.

CONRADSEN, Inger Marie; GOTZE, Michael. *Administrative Appeals and ADR in Danish Administrative Law*. In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Coord.). *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Londres: Springer, 2014.

CORREIA, J.M.Sérvulo. “*A arbitragem dos litígios entre particulares e a administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo*”. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Disponível em: *A Arbitragem dos Litígios entre Particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo, Livros e Artigos Científicos, Conhecimento - Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, Portugal (servulo.com)*. Acesso em 15.08.2021.

COSTA, Guilherme Soncini da. *A arbitragem como meio alternativo na solução de conflitos de interesses e sua efetividade na pacificação social e algumas questões polêmicas*. Dissertação de mestrado em direito, Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2007. Disponível em: *Dissertação Guilherme (dominiopublico.gov.br)*. Acesso em 01.08.2021.

_____. *Country case: Specialised public procurement tribunals in Germany*. OECD, 2016. Disponível em: [specialised-public-procurement-tribunals.pdf \(oecd.org\)](#). Acesso em 29.04.2021.

DIAS, Paulo Linhares. “*O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”. Ano 67, volume II, Portugal: Revista Ordem dos Advogados, setembro de 2007. Disponível em: Paulo Linhares Dias - O contencioso pré-contratual no Código de Processo nos Tribunais Administrativos - Ordem dos Advogados (oa.pt). Acesso em: 09.12.2020.

DRAGOS, Dacian C.; MARRANI, David. *Administrative Appeals in Comparative European Administrative Law: What Effectiveness?* In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Coord.). *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Londres: Springer, 2014.

ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. *Dispute board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. Tese de mestrado, Universidade Andina Simón Bolívar, Equador, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10644/4183>. Acesso em 26.07.2021.

ESPAÑA. *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*. BOE, número 272, de 09.11.2017. Disponível em: [BOE.es - BOE-A-2017-12902 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014](#). Acesso em 20.04.2021.

ESPLUGUES BARONA, Carla. *Algunas reflexiones sobre el modelo francés y el norteamericano de arbitraje como cauces de resolución de conflictos administrativos*. Espanha: INAP, 05.04.2019. Disponível em: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509480>. Acesso em 05.08.2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Portugal: Almedina, 2004.

FARINHO, Domingos Soares. Algumas notas sobre o modelo institucional do centro de arbitragem administrativa (CAAD). In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Mónica Brito. *Mais Justiça Administrativa*. Portugal: Coimbra Editora. CAAD, 2010.

FERNANDES, Luísa; LEMES, Selma; FORBES, Carlos; MARANGON, Raquel; TALAMINI, Eduardo; PEREIRA ANDRÉ, Nuno. *Novas fronteiras da arbitragem em direito administrativo em Portugal e no Brasil*. In: *Arbitragem em direito público*. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (Coord.). Brasil: FGV Projetos. Disponível em: fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf. Acesso em 17.08.2021.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?*. Dissertação de mestrado em direito, Universidade do Minho, Portugal, 2012. Disponível em: Universidade do Minho: Arbitragem em matéria tributária : à semelhança do modelo administrativo? (uminho.pt). Acesso em 03.08.2021.

FIGUEIREDO, José Miguel. Requisitos de designação dos árbitros na proposta de lei da arbitragem administrativa voluntária- breve comentário em jeito de exortação. *Revista do direito administrativo* nº 7. Portugal: AAFDL, janeiro\abril 2020.

FONSECA, Isabel Celeste M. *A Directiva (Recursos) nº 2007/66/CE: O reforço da efectividade do contencioso pré-contratual- What Else?*. Volume 5. Revista da Faculdade de direito da Universidade do Porto: Coimbra Editora, 2008. Disponível em: FDUP - A directiva (recursos) N.º 2007/66/CE : o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual : what else?. Acesso em 15.08.2021.

GENTON, Pierre M. “*An attractive procedure if one takes certain precautions*”. Geneva: Swiss Arbitration Association (ASA), 3.09.1999. Disponível em: 21 The DRB.pdf (fidic.org). Acesso em 29.07.2021.

GIMENO FELIU, José María. *La Ley de Contratos de Sector Público 9\2017*. Espanha: Arazandi, 2019.

GIMENO FELIU, José Maria. “*La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España*”. Espanha: Unizar, 2016. Disponível em: texto (unizar.es). Acesso em 15.08.2021.

GIMENO FELIU, José María. “*Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la comisión para la reforma de la Administraciones públicas. Balance y prospectiva*”. Espanha: Revista Catalana de dret públic nº 47, 2013. Disponível em: Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las administraciones públicas: balance y prospectiva - Dialnet (unirioja.es). Acesso em 28.04.2021.

GOMÉS MELERO, José Gerardo. *Tratado de contratos del sector público*. 1ª edição, Tomo I. Valência: Tirant lo Blanch, 2018.

GOMES, Pedro Cerqueira. *O contencioso Pré-Contratual Público Português- Proposta de Revisão à luz do direito da União Europeia*. Portugal: Revista da Ordem dos Advogados, ano 74, Jan\mar.2014. Disponível em: Layout 1 (oa.pt). Acesso em 15.08.2021.

GÓMEZ, Gustavo Merino. *Los nuevos Tribunales administrativos de recursos contractuales: aproximación a los modelos autonómicos*. Espanha: Unirioja, 2011. Disponível em: Dialnet-LosNuevosTribunalesAdministrativosDeRecursosContra-3669596 (4).pdf. Acesso em 27.04.2021.

GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Influencia del Derecho Europeo en las Categorías del Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo Europeo*. Espanha: Unirioja, 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONZÁLEZ- VARAS IBAÑEZ, Santiago. “*La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales*”. Espanha: Revista Documentación Administrativa, nº 288, set\dez. 2010. Disponível em: 61484151.pdf (core.ac.uk). Acesso e 14.04.2021.

GOUVEIA, Paulo Pereira. “*A nova ação administrativa de contencioso pré-contratual*”. Portugal, Revista Julgar, 20.05.2015. Disponível em: JULGAR-26-02-Paulo-P-Gouveia-Contencioso-pré-contratual.pdf. Acesso em: 17.03.2021.

HIDALGO Albia, Fernando Javier. “*El Tribunal administrativo central de recursos contractuales*”. Espanha, Gobierno de España, Portal Institucional del Ministerio de hacienda y función pública. Jun, 2021. Disponível em: Presentación - Carta del Presidente: Ministerio de Hacienda. Acesso em 22.08.2021.

HIJELMO, Ignacio Granado. *El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación*. Espanha, Revista jurídica de Navarra, nº 39, 2005.

JENKINS, Jane; FORSTER, Elizabeth. “*Bid Challenges What Role Can Arbitration Play in Tender Disputes?*”. Wolters Kluwer, 2021. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/public-procurement/>. Acesso em 16.06.2021.

KONDEV, Dimitar Hristoforov. *Is Dispute Adjudication under FIDIC contracts for major work indeed a precondition to arbitration?*. Volume 31. Journal International Construction Law Review, 2014. Disponível em: ICLR_Part 3.indb (bscl.bg). Acesso em 01.07.2021.

KOSTOVSKA, Ana Papeljugska. *The role and function of the dispute adjudication board (dab) in the fidic forms of contracts*. Iliria International Review, volume 10, nº 2, 2021. Disponível em: The role and function of the dispute adjudication board (dab) in the fidic forms of contracts | ILIRIA International Review (iliriapublications.org). Acesso em 01.08.2021.

KUNZLIK, Peter. *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*. Volume 15. Faculty of Law, University of Cambridge, 2013. Disponível em: Neoliberalism and the European Public Procurement Regime | Cambridge Yearbook of European Legal Studies | Cambridge Core. Acesso em 23.08.2021.

LIN, Ching-Lang. *Arbitration In Administrative Contracts: Comparative Law Perspective*. Tese de doutorado em direito, Institut d' Etudes Politiques de Paris, 30.06.2014. Disponível em: 2014iepp0023-lin-ching-lang-these.pdf (sciencespo.fr). Acesso em 06.08.2021.

LOMBARDINI, Ilaria. *Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Prima parte)*. Diritto, 24.02.2020. Disponível em: <https://www.diritto.it/il-processo-arbitrale-nei-contratti-pubblici-di-lavori-servizi-e-forniture-prima-parte/>. Acesso em 29.06.2020.

LOMBARDINI, Ilaria. *Alcune osservazioni su dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici*. Diritto, 30.07.2020. Disponível em: Alguns comentários sobre dados recentes sobre arbitragem em contratos públicos (diritto.it). Acesso em 16.8.2021.

LOMBARDINI, Ilaria. *Il nuovo assetto dell' árbitrato negli appalti di opere pubbliche*. Giuffrè, Univ. Modena e R. E.-Fac. jurar. Sc. juro.2007. A nova estrutura de arbitragem em contratos de obras públicas - Lombardini Ilaria, Giuffrè, 9788814135781 | Biblioteca universitária (libreriauniversitaria.it). Acesso em: 17.01.2021.

LOURENÇO, Haroldo. *Escritos sobre direito, cidadania e processo: Discursos e Práticas*. In: Duarte, Fernanda and Perlingeiro, Ricardo and Iorio Filho, Rafael Mario and Faria Felipe, Ana Paula (Coord.) *Escritos sobre direito, cidadania e processo: Discursos e Práticas- Escritos sobre direito, cidadania e processo: Discursos e Práticas*. (Writings on Law, Citizenship and Procedure: Discourses and Practices – Access to Justice and Rights). SSRN, Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre ciências do Poder Judiciário, 26.11.2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3738290>. Acesso em 27.07.2021. 2018.

MAÇÃS, Fernanda. *A racionalização do processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à revisão do CPTA*. Lisboa: Julgar, nº 26, Maio\Agosto 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Disponível em: JULGAR-26-08-Fernanda-Maçãs-Racionalização-do-processo.pdf.
Acesso em: 26.03.2021.

MACHADO, Matheus Oliveira. *A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)*. v. 110, nº 1. Revista de doutrina jurídica-RDJ., 2018. Disponível: A APLICABILIDADE DOS DISPUTE BOARDS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC). | Revista de Doutrina Jurídica (tjdf.tj.jus.br). Acesso em 16.08.2021.

MAGALHÃES, Paulo Eduardo Ferreira de. *Ensaio para uma efetivação da tutela judicial efetiva- O tempo no processo administrativo*. Tese de mestrado, Universidade do Porto, 06.12.2013. Disponível em: FEP - Ensaio para uma efetivação da tutela judicial efetiva – O tempo no processo administrativo (up.pt). Acesso em 10.04.2021.

MARTINS, Guilherme W. d'Oliveira Martins. *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: visão política*. *Arbitragem administrativa*. CAAD, nº 3. 2017.

MEDINA, Juliana Neder. *Arbitragem em matéria administrativa: uma resistência corporativa?*. Dissertação, Universidade do Porto, 11.12.2018. Disponível em: Repositório Aberto da Universidade do Porto: Arbitragem em matéria administrativa: uma resistência corporativa ? (up.pt). Acesso em 01.08.2021.

MENDES, Luís Filipe Castro. *Uma visão política do Ministro da Cultura*. *Arbitragem administrativa*. CAAD, nº 3. 2017.

MIMOSO, Maria João. ANJOS, Maria do Rosário. *Administrative arbitration in public procurement: a look at Portuguese law*. Portugal: D. Espacy Repository, UPT, 2019. Disponível em: Administrative arbitration in public procurement: A look at Portuguese law (uportu.pt). Acesso em 09.04.2021.

MORA RUIZ, Manuela. *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. Espanha: Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

MOREIRA, Raul Relvas. *O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos*. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.). *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, fevereiro\2018.

MORENO MOLINA, José Antonio. *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Universidad de Castilla-la Mancha, Chartridge Books Oxford, 30.11.2015. Disponível em; Prelims.indd (uclm.es). Acesso em: 04.12.2020.

MORTEZA, Adel; ELHAM, Anisi. *Dispute Adjudication Boards: A New Approach to Dispute Settlement*, Intl. J. Humanities, volume 24, 12. 05. 2017. Disponível em: Dispute Adjudication Boards: A New Approach to Dispute Settlement (ensani.ir). Acesso em 30.07.2021.

NUNES, Adolfo Mesquita: *A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações*. Revista arbitragem administrativa nº 3, Portugal: CAAD, 2017.

NUNES, Adolfo Mesquita. *Em debate: o futuro da arbitragem administrativa. A imperfeição da urgência pré-contratual no nosso contencioso*. Revista do direito administrativo nº 7, AAFDL, janeiro\abril 2020.

NUNZIATA, Martina. *The Dispute Board in International Construction Contracts*. Tese. LUISS, 2019\2020. Disponível em: Microsoft Word - THE DISPUTE BOARD IN INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS.docx (luiss.it). Acesso em 26.07.2021.

NUVIALA LAPIEZA, Irene. *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*. Tesis de la Universidad de Zaragoza, 2019. Disponível em: <https://zagan.unizar.es/record/106186/files/TESIS-2021-158.pdf>. Acesso em 18.08.2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OLIVEIRA, António Cândido. *A Organização Judiciária Administrativa e Fiscal*. In: Vasco Pereira da Silva (Coord.) *Temas e Problemas de Processo Administrativo - Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre o Contencioso Administrativo*, 2010. Disponível em: <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/736/view>. Acesso em: 18.03.2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios*. Brasil, NDJ BDA, 2017. Disponível em: untitled (tjpa.jus.br). Acesso em 17.06.2021.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid*. Asamblea revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n. 1, 1999. Disponível em: portada (asambleamadrid.es). Acesso em 06.08.2021.

PEDRO, Ricardo. *“Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça”*. Lisboa: Almedina, 2016.

PEDRO, Ricardo. *Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos. Pretexto, contexto e texto*. Portugal: AAFDL, 2018.

PEDRO, Ricardo. *Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?* In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (coord.). *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, fevereiro\2018.

PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas ... e notas breves sobre a proposta de Lei nº 168\XIII. Estudos sobre a arbitragem (em especial, de direito público)*. Portugal: AAFDL, 2019.

PEDRO, Ricardo. *Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s). Estudos sobre a arbitragem (em especial, de direito público)*. Portugal: AAFDL, 2019.

PEDRO, Ricardo; OLIVEIRA, António Mendes. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2ª edição. Portugal: Almedina, 2020.

PEDRO, Ricardo. *Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal: State-of-the-Art*. HeinOnline, 2020. Disponível em: [Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal: State-of-the-Art 15 European Procurement & Public Private Partnership Law Review \(EPPPL\) 2020 \(heinonline.org\)](#) Acesso em 05.08.2021.

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *La Nueva Ley de Contratos Del Sector Público: Estudio Sistemático*. TM La Ley. Madrid: Wolters Kluwer, 2007, Disponível em: [La Nueva Ley de Contratos Del Sector Público: Estudio Sistemático - Francisco Pleite Guadamillas - Google Livros](#). Acesso em: 05.12.2020.

POGGI, Massimo. *Arbitrato e risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*. STVDI VRBINATI, A, volume 55, nº 3, 2004. Disponível em: [Arbitragem e resolução de litígios em contratos de obras públicas. | Studi Urbinati, A - Ciências jurídicas, políticas e econômicas \(uniurb.it\)](#). Acesso em 30.06.2021.

PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos. Decreto-Lei nº 18\2008*, de 29.01.2008. DRE-Diário da República eletrónico. Disponível em: [Código dos Contratos Públicos \(CCP\) | Diário da República \(dre.pt\)](#). Acesso em 09.08.2021.

PORTUGAL. *Despacho nº 7534\2016* de 07.06. 2016. Diário da República Eletrónico. Disponível em: [Despacho 7534/2016, 2016-06-07 - DRE](#). Acesso em 09.04.2021.

PORTUGAL. *Proposta de Lei nº 168\XIII*. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: [proposta_de_lei_n.o_168-xiii_-_cppt_cpta_et_al.pdf \(icjp.pt\)](#). Acesso em: 18.03.2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PORTUGAL. *Proposta de Lei nº 93\VIII que aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Revoga o Decreto-Lei nº 129\84, de 27 de abril)*. Assembleia da República. Disponível em: [DetalheIniciativa \(parlamento.pt\)](http://parlamento.pt). Acesso em: 14.12.2020.

POZO HORNA, Andrea Elizabeth. *Los dispute boards: ¿el salvador de las controversias en los contratos de obra?*. Tese, PUCP, Pontificia Universidad Católica del Peru, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/11795>. Acesso em 26.07.2021.

_____. *Public Procurement in the European Union. Practical guide on remedies*. European Commission. Disponível em: [Microsoft Word - msoCC388.doc](http://msoCC388.doc) (sigmaweb.org). Acesso em 23.04.2021.

ROSSETTI, Federico. *L'istituto dell'arbitrato e la minaccia di abolizione nelle controversie relative ad appalti pubblici*. Tesi online, 2009-2010. Disponível em: <https://www.tesionline.it/tesi/giurisprudenza/1-istituto-dell-arbitrato-e-la-minaccia-di-abolizione-nelle-controversie-relative-ad-appalti-pubblici/32054>. Acesso em 29.06.2021.

ROVEDO, Jerônimo Pinotti. *A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de Dispute Boards nos contratos de construção*. Portugal: Revista RJLB, 2019. Disponível em: [2019_01_1131_1161.pdf \(cidp.pt\)](http://cidp.pt). Acesso em 22.07.2021.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales*. Espanha: Unirioja. 2015. Disponível em: [4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756 \(asambleamadrid.es\)](http://asambleamadrid.es). Acesso em 01.08.2021.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, Maria José. “*Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro*”. Auditoria Pública, nº 66, 2015. Disponível em: [Auditoría Pública nº 66 pag 105-118.pdf \(asocex.es\)](http://asocex.es). Acesso em 27.04.2021. p.110.

SERRA, Manuel Fernando dos Santos. *A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectiva*. In: VILLA-LOBOS, Nuno de; VIEIRA, Mónica Brito. *Mais justiça administrativa e fiscal*. Portugal: Coimbra Editora, 2010.

SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CPTA. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana F; SERRÃO, Tiago. *Comentários à legislação processual administrativa*. Volume II. 5ª edição. Lisboa: AAFDL, agosto 2020.

SILVA, António Costa. *Visão estratégica para o plano de recuperação económico de Portugal 2020-2030*. República Portuguesa, 2020. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=visao-estrategica-para-o-plano-de-recuperacao-economica-de-portugal-2020-2030>. Acesso em 16.08.2021.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo Oliveira (Coord). *Grandes Temas da Atualidade. Mediação, Arbitragem e Conciliação*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Desjudicialização na resolução de conflitos com a Administração Pública: comparações entre Brasil e Portugal*. Revista RJLB, Ano 06, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf. Acesso em 26.07.2021.

SILVA, Manuel Pereira da. *A tutela jurisdicional efectiva em matéria administrativa em Angola*. Tese, doutoramento em direito, Lisboa, outubro de 2018. Disponível em: Tese Manuel Pereira da Silva (VF) 25.02.2019.pdf (ual.pt). Acesso em: 15.12.2020.

SILVA, Manuel Pereira da. *O contencioso administrativo angolano. As garantias dos particulares no contencioso administrativo angolano*. Dissertação de mestrado, Universidade autónoma de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: Camões - Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa: O contencioso administrativo angolano. As garantias dos particulares no contencioso administrativo angolano (ual.pt). Acesso em: 17.03.2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, Vasco Pereira da. “Revisitando a “reforminha” do Processo Administrativo de 2019- “Do útil, do Supérfluo e do Erróneo”. Lisboa, Portugal: Revista eletrônica de direito público, 2019. Disponível em: E-pública Revista Eletrônica de Direito Público (e-publica.pt). Acesso em 25.03.2021.

SILVEIRA, João Tiago. *O potencial do CAAD para a resolução de conflitos de Direito Administrativo*. Portugal: CAAD, nº 1, 2013. Disponível em: Newsletter CAAD - Resumo FINAL - 2013-02-26. Acesso em 06.04.2021.

SOMMERMANN, Karl Peter. *El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho*. Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2009. Disponível em: kas-18233-1522-4-30.pdf (aberastury.com). Acesso em 16.08.2021.

SOUSA, Simão Mendes de. “A arbitragem e a contratação pública: 3 pecados originais e a reforma que fica por fazer”. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, jul\dez. 2020. Disponível em: Layout 1 (oa.pt). Acesso em 09.08.2021.

STELKENS, Ulrich. *Administrative Appeals in Germany*. In: Dacian C. Dragos e Bogdana Neamtu (Coord.). *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*. Londres: Springer, 2014.

TAVARES, Gonçalo Guerra; MENEZES, Antônio Magalhães e. *A arbitragem em matéria de formação de contratos públicos*. In: MACHETE, Rui; CORREIA, José Matos; MIRANDA, Agostino Pereira de; MELO, Pedro; PENA, Nuno. *Estudos em homenagem a Rui Pena*. Portugal: Almedina, 2019.

TERCIER, Pierre. *El nuevo reto de arbitraje: Como reducir la duración y los costos*. “Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos” Bogotá: Universidade de Rosário. 2010. Disponível em: Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos - Google Libros.

TOLEDO, Rolando Ignacio. *Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública. Propuesta normativa de tribunal arbitral institucional para la provincia del Chaco en esa materia*. Tese de doutorado, UDC, Universidad da Coruña, 2019. Disponível em: Tribunales especiales administrativos y tribunales arbitrales institucionales para la resolución de controversias originadas en la contratación pública. Propuesta normativa de tribunal arbitral institucional para la provincia del Chaco en esa materia. (udc.es). Acesso em 29.07.2021.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *The control of Public Procurement in Spain- In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89\665\CEE. Contrôles et contentieux des contrats publics Oversight and Challenges of public contracts*. Bélgica: Bruylant, 2018.

VALE DE AGUIAR, João Benício; ANDRADE, Juliana Loss. DE OLIVEIRA DYMA MARTINS, Maria Fernanda. *Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da Administração Pública*. Revista Controle, volume 16, nº2. Brasil: Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da administração pública - Dialnet (unirioja.es). Acesso em 15.08.2021.

VALVERDE, Gianpierre. MÁRQUEZ, Nadine. *Revisar o no revisar, he ahí el dilema: Breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los Dispute boards en la vía arbitral. Review or not review, there is the dilemma: Brief reflections on the impugnability of Dispute Boards' decisions on the arbitral route*. Themis, janeiro de 2017. Disponível em: (PDF) Revisar o no revisar, he ahí el dilema: breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los dispute boards en la vía arbitral (researchgate.net). Acesso em 17.06.2021.

VILLA LOBOS, Nuno. *Novas configurações da Justiça administrativa e fiscal em Portugal*. 2ª edição. In: Isabel Celeste M. Fonseca (Coord.). *A arbitragem administrativa e tributária. Problemas e desafios*. Portugal: Almedina, 2013. Disponível em: NUNO_VILLA-LOBOS-03.pdf (caad.org.pt). Acesso em 08.08.2021.