



LAILA LACERDA DE SÁ

**A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA
CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

**Os avanços da arbitragem na contratação pública, a visão comparativa Portugal-Brasil e o
que ainda pode ser feito no Brasil.**

Dissertação com vista à
obtenção
do grau de Mestre em
Direito
na especialidade de
Direito Forense e
Arbitragem.

Orientador: Professor Dr. Luís Heleno Terrinha

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

Lisboa-Portugal

2022

LAILA LACERDA DE SÁ

**A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
ADMINISTRATIVOS**

**Os avanços da arbitragem administrativa, a visão comparativa Portugal-Brasil e o que
ainda pode ser feito no Brasil.**

Dissertação com vista à
obtenção
do grau de Mestre em
Direito
na especialidade de
Direito Forense e
Arbitragem.

Orientador: Professor Dr. Luís Heleno Terrinha

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

Lisboa-Portugal

2022

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Eu, Laila Lacerda de Sá, declaro sob compromisso de honra que o texto apresentado é de minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Tendo por referência:

Artigo 20.º -A

Declaração Anti-plágio

“Em todos os trabalhos escritos destinados a avaliação, incluindo a dissertação, os estudantes devem declarar que o texto apresentado é da sua exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.”

Regulamento de Estudos do 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

AGRADECIMENTOS

À espiritualidade, que sempre me direciona pelo caminho certo, na hora certa e cruzando com as pessoas certas.

A minha família, por me fazer acreditar que só a educação e o estudo libertam.

Ao Professor Doutor Luís Heleno Terrinha, que atravessou o meu caminho de forma inesperada e ante circunstâncias improváveis, mas que não se furtou de aceitar o desafio em se tornar o meu orientador.

À Advocacia-Geral da União no Brasil, instituição da qual orgulhosamente faço parte e que criou condições favoráveis ao meu afastamento do trabalho para a capacitação no exterior.

A Lisboa, uma das melhores cidades do mundo, que me agraciou com uma leve estada.

Aos meus companheiros de jornada lusitana.

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARATERES

Declaro que o Corpo desta Dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 189 598 caracteres.

Mais declaro que o Resumo é composto por 1 622 caracteres e o *Abstract* 1 607 caracteres, ambos incluindo espaços (não incluindo palavras-chave e *keywords*).

ESCLARECIMENTOS E MODOS DE CITAR

1. Quanto às notas de rodapé

1.1. As monografias serão citadas, pela primeira vez, pela seguinte ordem: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título integral da obra (referido em *itálico*), edição (quando não a 1ª), local da publicação: editora, ano de publicação e localização na monografia da informação analisada(s). Nas citações seguintes, quando da mesma obra se trate, esta será identificada pelo nome completo do autor (novamente se apresentando o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), seguido do título abreviado da obra bem como a informação detalhada onde poderá ser encontrada a informação.

1.2. Quando se tratem de capítulos/artigos produzidos por autor diferente do da monografia, a primeira citação será feita indicando: nome completo do autor do capítulo/artigo (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título da contribuição (identificado entre aspas), seguido da designação “In”, colocando-se nome completo do autor da monografia (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar em maiúsculas), título integral da obra (referida em *itálico*), edição (salvo quando for a primeira), local de publicação, editora, ano de publicação e a localização na monografia, através da referência do número da(s) página(s) onde poderá ser encontrada a informação analisada. Nas citações seguintes, quando da mesma contribuição para a obra se trate, esta será identificada pelo nome completo do autor do capítulo/artigo (primeiro colocado o seu último nome em maiúsculas), seguido do título abreviado do capítulo/artigo e a indicação da(s) respetiva(s) página(s).

1.3. Tratando-se de artigos de uma publicação periódica, a primeira citação será feita pela seguinte ordem: nome completo do autor do artigo (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título do artigo (referido entre aspas), nome da publicação periódica (referido em *itálico*), volume, número da publicação (incluindo o respetivo ano entre parêntesis), bem como a indicação da(s) página(s) em que se encontra a informação analisada. Nas citações seguintes, quando da mesma obra se trate, esta será identificada pelo nome completo do autor (primeiro colocado o seu último nome em maiúsculas), seguido do título abreviado do artigo e a indicação da(s) respetiva(s) página(s).

1.4. Tratando-se de referências legislativas ou monográficas se de uma referência para a seguinte apenas variarem as páginas em análise a indicação aparecerá com a expressão *Idem*, seguindo-se a referência às páginas em causa. Se a referência em causa seja igual à anterior a indicação (fonte e número de página) aparecerá com a expressão *Ibidem*.

2. Quanto à Dissertação

2.1. O presente estudo é redigido em português, na variante em uso no Brasil, e com base nas regras do Novo Acordo Ortográfico.

2.2. Expressões em latim ou em língua estrangeira serão apresentadas em itálico.

2.3. As referências bibliográficas na listagem final de Bibliografia seguem o seguinte critério: 2.3.1. Para monografias, dispõe-se: nome completo do autor (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título integral da obra (referido em itálico), edição (quando não a 1ª), local da publicação: editora, ano de publicação.

2.3.2. Quando se tratem de capítulos/artigos produzidos por autor diferente do da monografia, indica-se: nome completo do autor do capítulo/artigo (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título da contribuição (identificado entre aspas), seguido da designação “In”, colocando-se nome completo do autor da monografia (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar em maiúsculas), título integral da obra (referida em itálico), edição (salvo quando for a primeira), local de publicação, editora, ano de publicação, e a localização na monografia do capítulo/artigo, através da indicação das páginas.

2.3.3. Se artigos de publicação periódica: nome completo do autor do artigo (apresentando-se o seu último nome em primeiro lugar e em maiúsculas), título do artigo (referido entre aspas), nome da publicação periódica (referido em itálico), volume, número da publicação (incluindo o respetivo ano entre parêntesis), bem como a indicação da(s) página(s) em que se encontra o artigo.

TABELA DE ABREVIATURAS

AGU	Advocacia-Geral da União
AED	Análise Econômica do Direito
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CCP	Código dos Contratos Públicos
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRFP/76	Constituição da República Federativa Portuguesa de 1976
CSTAF	Conselho Superior do Tribunal Administrativo e Fiscal
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LAB	Lei da Arbitragem Brasileira
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LIBRA	Linhas Brasileiras de Navegação S.A.
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
NEA	Núcleo Especializado em Arbitragem
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
RJAT	Regime Jurídico da Arbitragem em matéria tributária
TCU	Tribunal de Contas da União

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo responder à questão: a arbitragem é um método *adequado* de solução de conflitos da Administração Pública? Para tanto, adotou-se o método de análise piramidal, partindo de uma base mais larga, iniciando-se com a contextualização histórica da nova formatação do modo de operação estatal no guarnecimento das políticas públicas, caracterizada pela presença, cada vez maior, da iniciativa privada, e passa pela análise da conflitologia surgida dessa relação jurídico-administrativa.

Avançamos no estudo passando pela conceituação e natureza jurídica da arbitragem, os benefícios da sua adoção pelo Poder Público, a sua posição na instrumentalização das políticas públicas e a perspectiva da arbitragem administrativa dentro da Análise Econômica do Direito. A última estação da viagem revela a evolução da arbitragem administrativa em Portugal e no Brasil.

A compreensão conjunta das conclusões de cada um dos capítulos é determinante para que a arbitragem se consolide como um dos métodos do sistema multiportas de solução de conflitos do qual a Administração Pública pode e deve se valer.

Finaliza-se o trabalho com uma análise crítica dos motivos pelos quais a arbitragem administrativa no Brasil não teve o mesmo fôlego quando comparado com Portugal, aproveitando-se o ensejo para apresentar hipóteses que justifiquem a discrepância, ao tempo em que apresento soluções que viabilizem, gradualmente, a implementação de uma nova cultura de resolução de conflitos em sede administrativa.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração pública. Políticas públicas. Instrumento Legal. Adequação.

ABSTRACT

This paper aims to answer the following question: does arbitration present itself as an adequate method of resolving conflicts in Public Administration? For that, the pyramidal analysis method was adopted, starting from the foundation, from the historical contextualization of the state's operating mode in the provision of public policies, today characterized by the increasing presence of the private sector, and goes through the analysis of the conflict arising from this legal-administrative relationship.

In advance, it goes through the conceptualization and legal nature of arbitration, the benefits for public administration, its position as an instrument for implementation of public policies and the perspective of administrative arbitration within the law and economics. The last station of the trip is the evolvement of administrative arbitration in Portugal and Brazil.

The full understanding of the conclusions of each one of the chapters is crucial for arbitration to consolidate itself as one of the methods of the multi-door system of conflict resolution that the Public Administration can and should make use of.

The paper ends with a critical analysis of the reasons why administrative arbitration in Brazil did not have the same breath as in Portugal, taking the opportunity to present hypotheses that justify the little promotion of arbitration in Brazil, while its presented solutions that enable, gradually, the implementation of a new culture of conflict resolution in administrative headquarters.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Public Policies. Legal Instrument. Adequacy.

i. Objeto: delimitação, hipótese, justificativa e contextualização

A **pergunta de partida** que guiará o presente trabalho pode ser assim resumida: a arbitragem é um método adequado de solução de conflitos na contratação pública?

Essa questão tem por **hipótese** que a arbitragem, para se apresentar como um método adequado de solução de conflitos da Administração Pública, deve ter reflexo positivo (i) na execução da política pública que move a atuação estatal precursora do conflito e (ii) na análise econômica das relações contratuais da Administração. A investigação parte da análise da evolução do instituto sob a perspectiva da eficiência econômica sob a ótica da Administração Pública.

Na busca pelas respostas à pergunta inicial, analisar-se-á a experiência da Administração Pública em Portugal e no Brasil com a arbitragem. A **justificativa** para a escolha desse recorte temático é que há um cenário efervescente em torno da arbitragem envolvendo o Poder Público lusitano e brasileiro, o que me instigou a analisar o fenômeno.

O critério para a escolha dos dois países se justifica porque é possível justapor diversas zonas de intersecção entre a realidade luso-brasileira: a similaridade da língua falada nos dois países, a proximidade histórica entre Portugal e Brasil, o sistema jurídico de ambos os países de tradição romano-germânica e sob a lógica do *civil law* e a crescente aproximação acadêmica entre estudiosos portugueses e brasileiros que permitem a confluência técnica e jurídica dos dois países me induziram a produzir um trabalho com a pretensão de se tornar relevante para o desenvolvimento da arbitragem administrativa nos dois países.

E não para por aí: a arbitragem é um fenômeno global, e deve ser entendida nessa perspectiva globalizada, e não isolada, e um panorama comparativo é salutar para melhor entender as bases do instituto e para prospectar a sua evolução.

Não me proponho a promover um mero direito comparado luso-brasileiro ou um confronto de preceitos e conceitos, mas, sim, a promover uma experiência comparada para melhor compreensão do fenômeno arbitral público-privado, na tentativa de extrair elementos de sucesso de cada um dos países¹ e de pensar em contributos para a arbitragem administrativa.

¹Destaca-se a exaltação do modelo português feita por Selma Lemes e a recomendação de que o Brasil esteja mais atento aos ventos além-atlântico: “*Estes casos representam a antítese do que se verifica no mundo. Em Portugal, por exemplo, uma resolução expedida pelo Conselho de Ministros em 2001, orientando o setor público, na linha legal, a*

A abertura do diálogo além atlântico permitirá, assim, a difusão transnacional de ideias de um instituto que corresponde ao direito administrativo globalizado, o que permitirá o agigantamento de um intercâmbio doutrinal, a troca de experiências, a possível exportação de técnicas, teorias e procedimentos jurídicos e o repensar do direito interno, não em busca de um uniformização, mas de um aproximação que permita que a pergunta inicial que guia o trabalho seja respondida de forma metanacional, teórica e prática².

A **justificativa pessoal** para a escolha do tema é que ao tempo em que exerço minhas funções profissionais no Brasil como representante jurídica da União, membro da Advocacia-Geral da União³ (AGU), o grau de mestre, orgulhosamente, me será concedido pela academia portuguesa, uma simbiose de experiências entre a teoria e prática além-mar, cujo enfrentamento beira o magnetismo.

No atual **estado da arte**, com a reforma da Lei da Arbitragem Brasileira (LAB), Lei nº 9.307/1996, promovida em 2015 por meio da Lei nº 13.129, e com as revisões⁴ do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CTAP) e do Código dos Contratos Públicos (CCP) em Portugal na última década, houve uma inequívoca chancela legislativa à utilização da arbitragem pelo Poder Público nas relações contratuais tidas com particulares, o que representa um amadurecimento legal sobre a possibilidade de a Administração recorrer à arbitragem como método de solução de conflitos.

utilizar a arbitragem, determinou que “o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exige que o Estado, ele mesmo, voluntariamente, aceite e promova exemplarmente a resolução de seus litígios fora dos tribunais.” Os bons ventos de além-mar precisam ecoar em plagas brasileiras. LEMES, Selma. *Uso da arbitragem na administração pública*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>. Acesso em 08/06/2021.

² “A tendência, a ser comprovada nas páginas seguintes, é justamente a de que o regramento interno das arbitragens envolvendo a Administração Pública está convergindo para um consenso internacional. Aliás, não só a admissão e a regulamentação das arbitragens público-privadas em si estão se uniformizando, como já se sustenta que este é o principal locus para o desenvolvimento de uma *lex mercatoria publica*. Essa é a tese do *Lex Mercatoria Publica Project*, desenvolvida com apoio do European Research Council pelo Instituto Max-Planck em parceria com a Universidade de Amsterdam. De acordo com os pesquisadores à frente do projeto, as arbitragens transnacionais entre atores econômicos privados e entidades públicas (*private-public arbitrations*) constituem mecanismo de governança regulatória global.” ACCIOLY, João Pedro. “Arbitragem e administração pública”. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, 2018, pág. 6.

³Art. 131 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

⁴Serão detalhadas mais à frente.

Para contextualizar melhor o estudo, trago algumas **delimitações** que servirão como premissas teóricas para pavimentar melhor o caminho a ser trilhado por esse trabalho.

No Direito processual e administrativo⁵ brasileiro, não é comum tratar a Administração de forma igual aos particulares, como ocorre com mais frequência em Portugal. O Direito brasileiro é recheado de cláusulas exorbitantes, fatos do príncipe e prerrogativas processuais que colocam o Estado em um patamar diferenciado.

O Brasil adota o sistema uno de jurisdição, ao contrário de Portugal, que adota uma organização judiciária dual ao criar tribunais estatais com competência exclusiva para processar e julgar os litígios jurídico-administrativos. Essa bifurcação teve reflexo na arbitragem, de forma que hoje Portugal convive com dois sistemas arbitrais: o tributário e o administrativo. Embora ambos se refiram ao Estado como parte, o foco do trabalho será a arbitragem administrativa com competência para julgamento dos litígios emergentes de contratos celebrados por entidades públicas. Não se terá sob enfoque figuras e situações estranhas à arbitragem nesse exato contexto.

Ambos os países adotam a tradicional classificação binária dos contratos com a Administração Pública, que separa em caixas incomunicáveis os ‘contratos administrativos’ dos ‘contratos de direito privado da Administração’.⁶ As terminologias dos tipos de contrato que envolvem o Estado variam nos dois países, e como forma de evitar confusões conceituais e impropriedades terminológicas, toda e qualquer definição de contrato adotada nesse trabalho será aquela na qual prevalecem as regras de Direito Público e na qual esteja em causa o exercício da função administrativa por meio de pactos bilaterais.

Salutar à exata compreensão da linha que o trabalho vai seguir, vale mencionar que a República Federativa do Brasil está fundada no Sistema Federativo, um formato de organização e divisão político-administrativa do território brasileiro cuja característica primordial é o de ser

⁵ “A teoria do contrato administrativo no Brasil não refutou a tese de que a Administração poderia igualar-se ao privado na relação obrigacional. Ao contrário, tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição sobranceira, superior, assimétrica. Sendo a Administração, por definição, tutora do interesse público, não poderia ela igualar-se ao privado. Disso decorreria: a) a ausência de igualdade entre as partes; e b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes).” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Contratos com o Poder Público”. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº 107, p. 4.

⁶No Brasil, a principal característica do contrato administrativo em relação ao contrato dito privado é a supremacia da administração pública em impor cláusulas exorbitantes como prerrogativas. Em Portugal, a principal consequência da diferença é que os contratos ditos administrativos são objeto de julgamento pelos tribunais administrativos, e os contratos privados, julgados pelos tribunais comuns.

repartido em 04 (quatro) entes federativos (União, estados, município e Distrito Federal⁷) dotados com igual autonomia política e administrativa dentro das suas áreas de competências legislativa e administrativa delimitadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Diante da necessidade de delimitação do problema, a análise do trabalho se restringirá à administração pública federal brasileira, direta e indireta, ou seja, limitar-se-á à União, autarquias e empresas públicas federais. Exclui-se, portanto, da análise os níveis municipais, estaduais, assim como as empresas públicas e sociedades de economia mista a nível federal⁸.

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo responder à pergunta inicialmente enunciada a partir de uma abordagem que “*elege a disputa como o ponto de partida*” e seguir-se-á pela “*compreensão gradual dos princípios, características, regras*” da arbitragem administrativa para compreender se é um “*caminho possível para os resultados adequados*”⁹.

ii. Introdução

A evolução histórica dos meios de solução de conflitos mostra que o Estado, na figura do Poder Judiciário, foi, gradualmente, tomando para si a soberania de dizer o direito, mas os litigantes vêm encontrando grandes barreiras ao postular a tutela judicial, porque, ao longo dos tempos, essa instância foi se mostrando incapaz de dar respostas de forma apropriada aos conflitos que se avolumam em números e em complexidade.

É notável que muito já se fez para reverter a “crise do Judiciário”, contudo o cenário persiste, então foi preciso pensar e trabalhar outras iniciativas com aptidão para alterar o cenário de ineficiência do sistema judicial. Nesse contexto, os métodos alternativos de resolução de conflitos surgem surfando nas “ondas renovatórias da Justiça” e na direção de um sistema que

⁷ Os entes federados são autônomos, porém subordinados a um poder central soberano, que corresponde ao Estado brasileiro, e à CRFB/88.

⁸ Deixa-se de fora desta análise o “Estado-empresário”, “*entendido este como sua apresentação por meios societários (empresas públicas e sociedades de economia mista — art. 5º, II e III, do Decreto-Lei 200/1967), será sempre sujeito de direito privado, livre para usar “formas jurídico-privadas*” MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017, p. 93.

⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias, métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4394573/mod_resource/content/1/01-Paulo%20Eduardo%20Alves%20da%20Silva-2%C2%AA%20Ed.pdf. Acesso em 08/06/2021, p. 27.

abandona o Estado no papel de primazia de dizer o direito e que adota um sistema multiportas, no qual é permitido a escolha do método mais adequado para a solução de cada controvérsia.

A crise do Estado-judiciário ocorreu no mesmo contexto da reformulação do papel do Estado-executivo, cuja bússola pendeu de uma atuação marcada por atos de império para uma atuação mais oxigenada, organizada em rede com particulares, em evidente “fuga para o direito privado.” As novas configurações das relações jurídico-administrativas são sentidas em todos os níveis administrativos, com abertura para uma administração mais consensual, aberta ao diálogo, cenário que dá mais fôlego ao fomento das soluções alternativas de resolução de litígios contratuais.

A privatização das funções públicas exige uma nova compreensão do Direito, mas as vinculações jurídico-públicas com particulares não podem estar dissociadas da sua finalidade pública. Nessa ótica, deve-se ter como referência que o mecanismo escolhido pela Administração Pública para a solução de controvérsia, necessariamente, repercute sobre o interesse público que motiva as contratações governamentais.

O sucesso da gestão pública passa, inevitavelmente, pelos procedimentos da boa execução da política pública, que, por sua vez, depende de um alto índice de sucesso da resolução dos conflitos que surgem durante a sua execução.

A arbitragem é vista neste trabalho como instrumento de ação governamental capaz de tornar factível ou não as ações públicas veiculadas nos contratos públicos, isto porque caso a disputa que surja do contrato público encontre um desfecho célere, efetivo, proferido por especialista no assunto e envolto em toda a segurança jurídica, a política pública desenvolvida pelo Estado pode ser entregue e concretizada com maior agilidade. Parte-se, pois, do pressuposto de que a arbitragem se apresenta como um instrumento que, em decorrência de suas características teóricas, formais e históricas, influenciam as possibilidades e o modo de ação do Estado em relação às políticas públicas.

Nos capítulos 01 e 02, trarei a perspectiva da revolução ocorrida no âmbito das relações jurídico-administrativas que abandona a era da “Administração de prestação” e inicia a “era da contratualização”, que está fundada na ideia de que as atividades por meio das quais são garantidas

e melhoradas as condições de vida dos cidadãos podem ser prestadas por particulares contratados pelo Estado para tal fim.

Nos capítulos 3, 4, 5 e 6, o enfoque será a arbitragem propriamente dita, no qual serão explorados o seu conceito, a sua natureza jurídica e os benefícios trazidos pelo instituto quando ele é incorporado ao contrato público.

No capítulo 07, analisarei em específico o desenrolar da arbitragem administrativa em Portugal, considerada uma das regulações mais ousadas sobre o tema no mundo, o que o torna um referencial para este trabalho. A cultura da arbitragem administrativa vem se consolidando há alguns anos em terras lusitanas, arraigada em debates e escritos de altíssimo nível acadêmico, com iniciativas que sedimentam um caminho extremamente favorável ao desenvolvimento do instituto.

No capítulo 08, trago o panorama brasileiro do poder público e arbitragem. Com o advento da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem Brasileira, não há mais espaço para se questionar o cabimento desse método de resolução alternativa de conflitos em controvérsias das quais o Poder Público seja parte. A alteração legislativa foi acompanhada de entendimento doutrinários e jurisprudenciais que festejam a arbitragem administrativa no Brasil. Contudo, nem a autorização legislativa e nem as manifestações favoráveis de especialistas na área foram suficientes para alavancar a adoção da arbitragem pela Administração Pública.

Como hipóteses, cogitou-se: (i) que os gestores públicos não se sentem seguros aderir à arbitragem, pois convivem com o fantasma de serem responsabilizados criminal e funcionalmente, sem esquecer da matriz francesa da relação contratual administrativa, pouco gerencial e marcada pela hierarquização, conquanto a arbitragem é um procedimento informal que incentiva a consensualidade entre as partes;(ii) a formação acadêmica combativa/litigante dos advogados do Estado. Essa será o capítulo 09 do trabalho.

1. A era da contratualização estatal

No início do século XX, notadamente nos países de tradição romano-germânica, a exemplo do Brasil e de Portugal, começou a ruir a concepção de pureza da Administração Pública própria dos ideais liberais da revolução francesa que marcaram o surgimento do Direito Administrativo. Sucumbe a ideologia que propagava que o Estado deveria se limitar ao exercício do poder político, e a Administração passar a atuar na oferta de bens e serviços à coletividade nas mais diversas áreas,

assumindo um papel essencial na implementação do bem comum e na centralidade de toda a organização política do Estado.

Essa reorganização do Estado-administração estava fundada em fatores ideológicos, filosóficos e jurídicos de carácter estatista, positivista e intervencionista¹⁰, e deu-se início ao Estado Social (ou Estado Providência/Prestação), caracterizado pelo incremento das obrigações imputadas à Administração Pública, alargando-se o seu monopólio. Paulatinamente, o Estado passou a ter responsabilidades sobre áreas como o transporte público, infraestrutura, saúde, segurança pública, dentre outros.

Vasco Pereira da Silva sintetiza bem o período:

*“com a passagem do Estado liberal ao social, a administração pública deixa de ser concebida como meramente executiva (o que era, aliás, como vimos, mais um paradigma teórico que uma realidade efectiva), para se tornar cada vez mais numa actividade prestadora e constitutiva. A administração prestadora chamou a si um conjunto de tarefas que não se esgotam na noção de aplicação da lei ao caso concreto, ou de execução do direito, mas que implicam a idéia de uma capacidade autónoma de concretização dos objectivos estaduais.”*¹¹

A Administração começa a tomar posse de um importante papel a ela reservado na ordem económica, incorporando *“a regra que impõe aos governantes a obrigação de organizar os serviços públicos, de fiscalizar seu funcionamento, de evitar toda interrupção”*¹².

As novas funções do Estado são marcadas pela alteração quantitativa das ações públicas, que transcende o exercício do poder de polícia e passa a focar em obrigações positivas e prestacionais necessários à realização de direitos coletivos, e igualmente qualitativa, posto que não se limita a ofertar o serviço público, mas abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados envolvidos na realização dos direitos dos cidadãos, o que

¹⁰ Conforme anotou Estorninho *“(…) se a Administração do Estado Liberal se contentava em *laissez faire*, a Administração do Estado Social propõe-se a *faire elle-même*”*. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 36.

¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

¹² DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. 2ª Ed. Tradutor: Adolfo Posada e Ramon Jaen. Madrid: Francisco Beltrana, 1926, p. 83 apud MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública (...)*, p.79.

caracteriza o modo de agir estatal ordenado sob a forma de políticas públicas¹³, passando de “Estado-serviço público” para “Estado-políticas públicas”¹⁴.

O Estado se agigantou para fazer frente às demandas do novo modelo de organização política, cuja concepção era o de centralizar no Poder Público a prestação quase que exclusiva dos serviços em prol da coletividade. Contudo, como é comum no curso da história, as mudanças sociais, econômicas, políticas e ideológicas levaram ao esgotamento desse modelo: o Estado comprometido com o *faire elle-même* também chegou ao fim.

O modelo estatal do bem estar social começa a ceder motivado pela incapacidade do Poder Público de satisfazer todas as demandas da sociedade, com a qualidade e quantidade exigidas, cenário agravado por uma conjunção de fatores como o ressurgimento de ideias pluralistas e neoliberais, as sucessivas crises fiscais, a mundialização das relações e a crescente complexidade e diversidade da organização da sociedade e das demandas inerentes a ela¹⁵.

No contexto do “Estado pós-social”, as diversas funções assumidas e executadas diretamente pelo poder público foram sendo reservadas à iniciativa privada, passando o Estado ao

¹³ Por políticas públicas, adota-se o conceito de Enrique Saraiva: “Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.” SARAIVA, Enrique. “Introdução à teoria da política pública” in SARAIVA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete. *Políticas públicas Coletânea*. Volume 1, Brasília: ENAP, 2006, p. 29.

¹⁴ “O dado novo a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.” BUCCI, Maria Paula Dallari. “Políticas públicas e direito administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, pág. 90-91. Fábio Konder Comparato ensina que “O government by policies, em substituição ao government by law, supõe o exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento” COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.102.

¹⁵ “Importa referi-las aqui por via daquilo que se convencionou chamar “crise do Estado social” ou do “Estado Providência” e dos seus reflexos nos perfis da função administrativa. Essa crise foi-se tornando virulenta já ao longo do último quartel do século XX, em particular na Europa ocidental e central. As suas causas são múltiplas, podendo salientar-se o acentuado envelhecimento da população, o encerramento ou a deslocalização de muitas empresas tradicionais incapazes de suportar a concorrência num mercado globalizado, a contradição entre a renitência ao pagamento de impostos e a apetência pela obtenção de benefícios suportados pelo erário público, o alargamento contínuo do emprego público como processo de luta contra o desemprego e meio de satisfazer clientelas partidárias” CORREIA, José Manuel Sérvulo. “Os grandes traços do direito administrativo no século XXI.” *R. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, pág. 51.

papel de garantidor por via indireta. Culminou-se em uma nova redefinição do papel do Poder Público, com um progressivo esvaziamento de uma atuação centralizadora de produção e distribuição de bens e serviços e incremento de um regime de cooperação e comutatividade com a iniciativa privada.

A característica que mais se destaca desse processo foi o deslocamento da Administração do papel central de executor das políticas públicas para o de regulação e fomento¹⁶. Ele deixou de ser o protagonista imediato na função de prover bens e serviços essenciais à coletividade, mantendo-se em uma lógica de parceria com outros atores econômicos e exercendo um papel de caráter mais secundário, mas não menos essencial.

Conforme explica Pedro Gonçalves sobre esse contexto:

“(...) o Estado não se demite do dever geral de assegurar ou garantir que os actores privados produzem aqueles bens e, em geral, cumprem as incumbências que lhes são cometidas para se alcançarem os resultados pretendidos: satisfação do interesse público e das necessidades da colectividade. Pode, por isso, dizer-se que a responsabilidade de garantia equivale também a uma responsabilidade pelos resultados da cooperação entre Estado e privados. Neste nível ou grau de responsabilidade, o papel do Estado não assume um carácter ou natureza executivos ou operativos, no sentido em que, em si mesma, a execução da tarefa (ou de parte dela) deixa de pertencer às suas missões: não lhe cabe executar, mas apenas viabilizar a execução (enabling em vez de providing).”¹⁷

“Se, no início do século XX, foi hora de se tomar consciência da importância dos serviços estatais, neste início do século XXI, é hora de se tomar consciência em relação à forma desses

¹⁶ Clémerson Merlin Clève esclarece que *“ainda que tenha restado bem mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercer integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e ao desafio da soberania nacional”* Clémerson Merlin Clève. *“Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto”* in *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211. Pedro Gonçalves em sentido semelhante: *“O processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma acção mais modesta, não significa um retour ao liberalismo desregulado do século XIX: mantém-se presente um ‘Estado socialmente activo’ e comprometido com a regulação da sociedade”* GONÇALVES, Pedro. *“Direito administrativo da regulação”* in *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 11. Do mesmo modo, Marçal Justen Filho afirma que a redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica *“não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental”* FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

¹⁷ GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p.168.

serviços”¹⁸. A Administração Pública passa, pois, a procurar abrigo nos contratos para assegurar a conformação de objetivos de natureza coletiva, com uma redistribuição de responsabilidades entre os setores público e privados. É típico desse novo cenário a privatização de bens e serviços públicos, conceito aqui tomado no sentido amplo, caracterizada pela retirada do Estado de determinadas atividades e o repasse ao domínio privado, adotando-se um modelo privado de gestão como instrumento para alcançar o interesse público.

Mas foi com a chegada da globalização da economia que se reduziram mais ainda os limites entre atuação estatal e privada, acirrando a necessidade de maior estreitamento de laços entre governos e empresas com vistas ao investimento nos setores de energia, infraestrutura, desenvolvimento tecnológico etc. A administração pública desce em definitivo do pedestal e funda a sua base em uma remodelagem gerencial baseada em fundamentos como a flexibilidade das relações contratuais e o resgate dos princípios e elementos da gestão empresarial estratégica e dinâmica, com a definição de planejamento organizacional, com metas claras e precisas a serem atingidas.

Como bem elucidam Timm, Silva e Ritcher:

*“o estreitamento da relação entre os setores público e privado justifica-se, outrossim, pela busca contínua e incansável das empresas rumo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico em um embate darwiniano no mercado em busca de lucro ao qual o setor público não está submetido. Isso gera, em regra, maior eficiência das empresas e, portanto, uma inexorável necessidade da Administração Pública em aproveitar o know how de empresas privadas e, assim, melhor atender os interesses da população (tanto é assim que mesmo o capitalismo de Estado asiático atribui às empresas o papel de inovação)”*¹⁹.

Com a chegada da era pós-moderna, potencializa-se as tendências de descentralização, desburocratização e desregulamentação. Assiste-se a um novo amanhecer da organização política, econômica, social, jurídica e ideológica do Estado *“composta por um conjunto híbrido de fluxos, de redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não-estatais.”*²⁰

¹⁸ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública* (...), p. 79.

¹⁹ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares; RITCHER, Marcelo de Souza. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186. Acesso em 20/04/2021.

²⁰ FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo. “Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?” in FONSECA, Isabel Celeste M. *Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*. 2ª edição. Ed. Almedina, 2018, p.86.

É o auge da crise do Estado²¹. A Nova Gestão Pública (*New Public Management*) funda as suas bases na “*descentralização administrativa e delegação de autoridade; redução dos níveis hierárquicos nas organizações; flexibilização dos mecanismos de gestão e dos processos organizacionais; controle por resultados, e primazia pela qualidade do serviço público prestado aos cidadãos.*”²²

Os contratos administrativos passam a ser o principal instrumento de cumprimento das missões institucionais dos mais diversos órgãos públicos, porque embora o objeto imediato das contratações públicas seja o de adquirir bens e serviços, o mediato é o de viabilizar a consecução das políticas públicas eleitas pelo governo por meio da articulação com particulares. Nesse panorama, o contrato administrativo redefine as suas tradicionais finalidades “*da procura do best value for Money, mediante a busca da obtenção da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos*”²³ e surge como uma ferramenta juridicamente estruturada, utilizada para a consecução dos objetivos específicos de determinada política pública:

*“Logo, com a inserção de políticas públicas suplementares na contratação pública, ela passa a se consagrar como um instrumento interventivo estatal dirigido (targeted procurement) para produzir resultados mais amplos do que o simples provisionamento de bens e serviços necessários à satisfação dos entes estatais.”*²⁴

Em sentido semelhante, Maria João Estorninho, ao analisar a questão da realização das políticas públicas sob o manto dos contratos sob o foco da transposição das Diretivas europeias de 2014 ao CCP, assim esclareceu:

“As Diretivas europeias sobre os contratos públicos, aprovadas em 2014, surgem sob o signo da Estratégia Europa 2020 (de uma economia europeia mais verde, mais inovadora e mais inclusiva do ponto de vista social) e apostam na contratação pública como um instrumento de realização de políticas públicas ambientais, sociais e de fomento à inovação, no quadro da superação da(s) crise(s). Às finalidades e preocupações tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações e novas finalidades. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, nomeadamente de aquisição de bens, construção de obras públicas ou

²¹ “Essa crise acontece porque os paradigmas da modernidade deixam de conseguir renovar-se e entram em crise final” *Idem*, p.83.

²² OLIVEIRA, Kamila Pagel; PAULA, Ana Paula Paes; Herbert Simon. “Os limites do critério de eficiência na nova Administração Pública”. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 19, n. 64, p. 116.

²³ GONÇALVES, Pedro Costa, “Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: mar./ago. 2012, ano 1, n. 1, p. 251-284.

²⁴ BREUS, T. LIMA, “A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea”, *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: ano 5, n. 8, set./fev. 2016 p. 173-196.

*aquisição de serviços, pode e deve servir como instrumento de realização de outras e variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais*²⁵.

No Brasil, a União é hoje um dos maiores, senão o maior dos contratantes brasileiros. Para se ter uma ideia, só as compras do Governo federal giram em torno de 1% do Produto Interno Bruto (PIB)⁽²⁾. Existe um gigante no polo ativo dos contratos no Brasil que se vale da iniciativa privada para o cumprimento das suas obrigações institucionais.²⁶

Em Portugal, essa expansão da atividade contratual administrativa, em detrimento da atividade administrativa outrora exercida de forma unilateral, impositiva e hierarquizada, é estimulada pela redação do art. 278 do CCP, cuja letra refere que *“na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”*.

O contrato administrativo assume uma posição de protagonista do direito administrativo europeu, circunstância que o alça à categoria de um *“símbolo do pluralismo das formas da ação administrativa”*²⁷, ocupando uma posição de destaque dentre as demais formas de atuação administrativa.

Com o acréscimo no número de contratações lavadas a cabo pelo Poder Público, as relações jurídicas das quais fazem parte o Estado se tornaram cada vez mais complexas e, potencialmente, marcadas por divergências, o que torna um cenário propício ao surgimento do conflito. Nesse contexto, inevitável o acréscimo de litígios envolvendo a Administração e as partes contratantes (ou parceiras).

2. Os conflitos na contratação pública

²⁵ ESTORNINHO, Maria João. “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum” in ESTORNINHO, Maria João (Coord). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 9/10.

²⁶ O Boletim de Compras Públicas (BCP) da Rede Nacional de Compras Públicas do Brasil aponta que, de janeiro de 2007 a dezembro de 2017, só as compras – equipamentos, serviços (suporte, engenharia, segurança, manutenção, limpeza, etc.), subsistência, informática, mobiliários, veículos, utensílios, combustíveis, materiais de construção, etc. –, da União movimentaram mais de R\$ 510bi – variando de 0,65 (2007) a 1,25% (2013), com 0,92% do PIB em 2017. Disponível em: <<https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/pdf/boletim-de-compras-publicas.pdf>>. Acesso em: 20/03/2021.

²⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Reimp. da 1ª edição de jan/2003, Coimbra: Almedina, 2004., p.27.

A atuação estatal nas mais diversas áreas impõe uma presença cada vez mais forte da mão invisível do Estado na ordem jurídica em geral, impactando nas relações humanas e sociais. Com a interveniência estatal cada vez maior no comportamento do outro, inicia-se a escalada do conflito²⁸, que se acirra nas disparidades e adversidades, ambas cada vez mais presentes e abundantes no meio de sociedades cada vez mais diversificadas, plurais e democráticas.

Some-se a isso a racionalidade limitada dos seres humanos, que impede o desenho de contratos públicos com aptidão para prever os fatores externos que se sucedem ao longo da execução contratual, contribuindo para o acirramento da litigiosidade. Apesar de todos os esforços e dos avanços governamentais no aprimoramento de recursos, instrumentos e gestão contratuais, eles ainda se demonstram incompletos, porque não tiveram êxito em superar algumas dificuldades operacionais, e insuficientes, porque, embora desenvolvidos, não conseguiram reduzir a contento os desafios impostos pela complexidade da relação contratual.

É ainda bem comum que a área de atuação de um determinado órgão público seja marcada por uma zona cinzenta de intersecção com outra agência pública, nem sempre implicando em regulamentação ou atuação de forma direta no setor, mas interagindo e interferindo por meio de regulamentações indiretas, cada uma dentro das suas respectivas competências de atuação.

Dentro dessa ótica concorrencial, na contratação pública paira uma certa tensão conflituosa, se mostrando como um verdadeiro campo minado do dissenso. Nesse panorama, os conflitos são quase que inevitáveis²⁹.

Atente-se que esse cenário de conflitualidade na contratação pública não é sequer exclusividade brasileira ou portuguesa. A título de exemplo, “*levantamentos internacionais recentes indicam que nove entre dez projetos de infraestrutura realizados no mundo, durante o século XX e início do XXI, apresentaram atrasos e estouros de orçamento significativos*”³⁰, e esse

²⁸ O termo conflito tem caráter polissêmico e multidisciplinar, de forma que pode ser explicado do ponto de vista de várias áreas do conhecimento, contudo a etimologia aqui adotada para conflito é no sentido de interesses contrapostos, que não se resume ao comportamento litigioso ou disputa, quando há intenção de infligir um dano ao adversário ou de maximizar os benefícios para si. A visão dada nesse trabalho ao conflito não é, necessariamente, ruim, anormal ou de viés negativo. Ao revés, é um fato corriqueiramente presente nas relações humanas.

²⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

³⁰ MACHADO, Raphael Amorim; GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. “Arranjos, Instrumentos e Ambiente Político-Institucional na Reconfiguração da Ação Estatal em Políticas de Infraestrutura do

dado não causa tanto espanto, pois os projetos públicos carregam consigo o caráter fragmentado do processo decisório e o envolvimento de atores diversos, fora e dentro da esfera governamental.

O poder Judiciário tem sido o palco de escolha para a solução desses conflitos, decisão que acabar por transferir o conflito da zona política para a jurisdicional e transformando as demandas sociais em jurídicas³¹. É incontestável a elevada presença do Estado-Administração nas ações judiciais, contudo o Estado-Judiciário vem perdendo essa primazia na aplicação do direito e na solução dos impasses, isto porque, ao longo das últimas décadas, vem se mostrando incapaz de dar respostas de forma célere aos conflitos que se avolumam em números e em complexidade.

O modo de vida globalizado deu mais dinamismo às relações sociais, fazendo com que as normas jurídicas se tornem defasadas com maior rapidez e percam efetividade diante dos casos concretos, um maior formalismo do processo civil e a alta burocracia estatal, a produção legislativa que acontece a todo vapor, o processo de conscientização na busca por direitos, especialmente após a consolidação da ordem democrática, tudo gera uma maior demanda por justiça, mas dados e estudos são cruciais em demonstrar que a prestação jurisdicional tradicional não acompanhou o aumento quantitativo e qualitativo das demandas e não consegue mais dar uma resposta aos jurisdicionados e nem aos demais interesses relevantes envolvidos, falhando em promover a pacificação social almejada.

Zuckerman, no livro *Civil Justice in Crisis*, elucida que a crise do Judiciário tem envergadura global. Segundo o autor, a maioria dos sistemas de solução de litígios do mundo apresenta sérias falhas, que comprometem a efetividade das decisões:

“A sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread. Most countries represented in this book are experiencing difficulties in the operation of their system of civil justice. Whether the difficulties take the form of exorbitant costs or of excessive delays, they have serious implications. As we have seen, cost can place access to justice beyond the reach of citizens with limited means. Delays may render access to justice useless. Each of these phenomena may have many and varied ramifications for the social fabric. A denial of justice to the poor contributes to deprivation and social alienation. Delays can render the judicial protection of rights ineffectual, reduce the value of rights, adversely affect economic activity, and

Brasil” in PEREIRA, Ana Karine; GOMIDE, Alexandre de Ávila. *Governança da Política de Infraestrutura: condicionantes institucionais ao investimento*. Rio de Janeiro: Ipea, 2018, p. 38.

³¹SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. “A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos” in SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. - 1ª Ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 18.

*lead to economic distortions. Of course, there are always cost implications to justice, as we have observed, and there are inevitable delays. But no society can remain indifferent when cost and delay reach proportions that threaten the justice system as a whole*³²

A situação do Poder Judiciário em Portugal não difere desse panorama global. Villa-Lobos situa bem o leitor:

*“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.”*³³

Em se tratando de demandas que envolvam o Estado como litigante, as dificuldades não se limitam às dificuldades estruturais, mas também funcionais: o juiz, como um ator político envolvido no processo de construção de soluções para os problemas públicos, deveria conhecer as características e a complexa rede de relações que frequentemente serão necessárias para operacionalização da política pública, mas, na prática, não é o que ocorre: há um enorme distanciamento do processo de *“concepção, gestão ou na pesquisa de políticas públicas, especialmente no âmbito da administração pública, que é, por excelência, o protagonista em sua operação”*³⁴, e seguramente uma das maiores causas dessa dissociação está intimamente ligado ao

³² Livre tradução: *“Uma sensação de crise na administração da justiça civil não é de forma alguma universal, mas é generalizada. A maioria dos países representados neste livro está enfrentando dificuldades no funcionamento de seu sistema de justiça civil. Quer as dificuldades assumam a forma de custos exorbitantes ou de atrasos excessivos, elas têm sérias implicações. Como vimos, os custos podem colocar o acesso à justiça fora do alcance dos cidadãos com meios limitados. Atrasos podem tornar o acesso à justiça inútil. Cada um desses fenômenos pode ter muitas e variadas ramificações para o tecido social (...) Atrasos podem tornar ineficaz a proteção judicial de direitos, reduzir o valor dos direitos, afetar adversamente a atividade econômica e levar a distorções econômicas. É claro que sempre há implicações de custo para a justiça, como observamos, e atrasos inevitáveis. Mas nenhuma sociedade pode ficar indiferente quando os custos e atrasos atingem proporções que ameaçam o sistema de justiça como um todo.* ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 12 apud CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2013, p. 3

³³ VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal” in FONSECA, Isabel Celeste M. *Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*. 2ª edição. Ed. Almedina, 2018, p. 365.

³⁴ COUTINHO, Diogo R. “O direito nas políticas públicas” in MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, 2010, p.5.

fato de os juristas brasileiros e portugueses, do ponto de vista acadêmico, estudarem pouco as políticas públicas, e o início dessa relação problemática remonta aos bancos acadêmicos³⁵.

É razoável supor que a concretização da política pública, subjacente ao contrato público e deduzida no conflito, está nas mãos de um agente desvinculado, na prática, do processo de compreensão do rico universo das políticas públicas³⁶, cenário que tende a engessar o seu processo de execução, assim como o da formulação de soluções e de ajustes para o seu aperfeiçoamento e para a mitigação das suas disfunções, comprometendo a sua efetividade.³⁷

Os conhecimentos teóricos são essenciais à formação acadêmica de qualquer jurista, contudo a teoria tem que servir ao propósito profissional imediato, e não se limitar a ser “*um amontoado de regras – o conteúdo do direito positivo – com um sistema fossilizado de conceitos doutrinários.*”³⁸A coordenação da teoria com a problematização, com a discussão do estado da arte, com as pesquisas, com a abordagem empírica e com o diálogo interdisciplinar são essenciais à formação acadêmica mais analítica, preparando o futuro jurista - e possível magistrado - para o exercício de suas funções.

Essa abordagem funcional do Direito prioriza a racionalidade técnica e instrumental que advém de conhecimentos da modelagem institucional necessária à implementação de políticas

³⁵O ensino jurídico no Brasil e em Portugal ainda é exacerbadamente marcado por uma metodologia formal e procedimental, que proporciona ao estudante um conhecimento sistemático dos conceitos doutrinários, dos institutos jurídicos e das normas legais³⁵³⁵: “*para muitos, o estudo das políticas públicas esgota-se no estudo da lei. Nada mais errado. A lei é meramente um instrumento de implementação das políticas públicas; além disso, nem sequer a previsão legal corresponde ao efectivo output do processo político*” ROCHA, José. *Teoria do Processo Político e Políticas Públicas*. Braga: Universidade do Minho apud CHENRIM, Paulo José Soares. Dissertação de mestrado: As políticas públicas no sector dos transportes ferroviários portugueses desde 1974. Universidade do Minho, 2008, p. 6.

“*Particularmente negligenciado pelas faculdades de direito, nesse cenário, é o papel coordenador e articulador desempenhado pelo direito público e pelos juristas na modelagem institucional necessária à implementação de políticas. A reflexão sobre o uso do arcabouço do direito público para a definir papéis e tarefas executivas (“quem faz o que?”), atribuir competências (“decidir quem decide”), conectar atores (“quem interage com quem e como?”), coletar, solidificar e difundir experiências bem-sucedidas é praticamente ausente nas faculdade de direito, incluindo os cursos de pós-graduação.*” COUTINHO, Diogo R. “O direito nas políticas públicas”(.), p. 06.

³⁶ “*Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.*” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 450 e 451.

³⁷ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas (...), p. 06.

³⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova faculdade de direito no Brasil*. Cadernos FGV Direito Rio 1, Texto Para Discussão Número:1-29, p. 18 apud COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas* (...), p. 4.

públicas, nela incluído o rico e plural universo da relação entre Direito e políticas públicas³⁹. Negar essa sistemática de ensino impede que o jurista seja levado a explorar as habilidades que o habilitem, como prático, a se envolver na promoção de políticas públicas, especialmente no âmbito da administração pública, que é, por excelência, o protagonista em sua operação, mas que, inevitavelmente, se aproxima do Poder Judiciário com a elevada judicialização das demandas públicas.

A contratação pública demanda análise e tratamento profundo e analítico do seu operador e exige uma leitura macroestrutural na sua formulação, algo que pode não ser proporcionado pelo Poder Judiciário⁴⁰, porque não está aparelhado para o controle de políticas públicas de modelagem mais refinada,⁴¹ que demandam uma combinação de “ações políticas e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado.”⁴²

O auto grau de litigiosidade das relações decorrentes da expansão do modo de atuar contratual da Administração Pública, somado à judicialização excessiva que gera sobrecarga, a morosidade e as falhas estruturais e funcionais do sistema eleito como prioritário para decidir o conflito, acabam por interferir no acesso às políticas públicas pela sociedade. Sobre essa íntima relação entre a concretização da política pública e método de solução de conflitos, voltar-se-á mais adiante.

A parceria entre Poder Público e particulares clama por um ambiente jurídico mais robusto, mas igualmente estruturado em plena segurança jurídica, ou seja, um processo confiável de resolução de conflitos que foge dos problemas usuais dos métodos tradicionais. “Com a atribuição de certas competências ao setor privado e o fortalecimento da economia global, surge a

³⁹ “Hoje, a administração trata de matérias que cada vez mais exigem conhecimentos especializados no plano da economia, da tecnologia e das ciências naturais.” BASTOS, Filipe Brito. “A Arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses” in GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 80.

⁴⁰ “Por isso, o papel de juízes e tribunais ativos e bem-intencionados no campo dos direitos sociais ficaria, na melhor das hipóteses, restrito a medidas bem-intencionadas e pontuais, nas margens do sistema, como a concessão de um medicamento ou tratamento no exterior aqui, uma vaga em creche ali.” COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas (...), p. 16.

⁴¹ Essa constatação é amarga para qualquer jurista, mas é notório o esforço que as academias jurídicas brasileiras tem feito para um diálogo interdisciplinar, com o objetivo de pôr fim à “esterilização do Direito”, resultado do distanciamento jurídico da realidade dinâmica, expressão cunhada por BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” in BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

⁴² COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas (...). fls. 06.

*necessidade de se estabelecer parâmetros para a solução de controvérsias complexas e de rápido equacionamento*⁴³.

A necessidade de busca por um foro de discussão como alternativa ao Poder Judiciário, com a busca de melhoria do estado das coisas num plano quantitativo e qualitativo, aliado à nova abordagem mais cooperativa e gerencial do Estado pós-moderno nas suas relações com particulares, torna o cenário propício ao surgimento de novas formas de solução de conflitos.

Em apertada síntese, a “crise da Justiça” e a “crise do Estado” levaram à inevitável transição paradigmática dos conceitos e modelos do Direito e do Estado forjados pela modernidade, que não se adequam mais aos valores e estilo de vida no cenário pós-moderno, o qual traz em seu bojo a mundialização e a integração de organizações, sejam elas estatais ou não. Esse “governo em rede” busca novos paradigmas inter-relacionais, com o fomento de instrumentos que incentivem a aproximação das partes, em detrimento de meios adversariais, um contexto efervescente ao surgimento dos meios alternativos de solução de conflitos.

3. Meios alternativos de resolução de conflitos e administração pública: um novo paradigma de Justiça.

Ao longo dos últimos séculos, filósofos, juristas e grandes pensadores se revezam na tentativa de se chegar a uma concepção de Justiça. Demandaria grande esforço e muitas linhas neste trabalho passear pela pluralidade de concepções que o vocábulo Justiça comporta nos diversos ramos da ética, da filosofia, do direito, da metafísica e da política. O nosso objetivo é mais modesto e busca tão-só, localizar a justiça dentro da simples, mas profunda, premissa de que “justiça que tarda não é justiça”.

A concepção de Justiça mais adotada no Ocidente, herdeiro do direito romano e com bases filosóficas gregas, foi emprestada de Ulpiano, jurista romano, e de Aristóteles, filósofo grego, os quais pavimentaram a noção de justiça na máxima de “dar a cada um o que é seu”. Mas se você recebe o que é seu a destempo, onde reside a justiça?

Assim, sem adentrar nos critérios de justiça, o ideal de justiça nesse trabalho será entendida como a possibilidade de se recorrer a uma técnica de solução de conflitos com aptidão para dizer

⁴³SOMBRA, Thiago Luís. “Mitos, Crenças e a Mudança de Paradigma da Arbitragem com a Administração Pública.” *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 54, Abr-Jun/2017, p. 59.

o que é devido a cada um no tempo devido, atendendo-se aos anseios dos litigantes, promovendo-se de forma efetiva a pacificação social e com a pretensão de “*garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*”⁴⁴

O movimento universal de acesso à Justiça capitaneado por Mauro Cappelletti trouxe uma concepção contextual do Direito, em que se abandona o enfoque unidimensional, aquele pelo qual o Direito se limita à declaração de normas, e adota-se a concepção tridimensional, que é a que se preocupa com a efetividade da resposta ao litígio⁴⁵, que leva em conta o tempo dispendido para proferir a resposta (celeridade) e os resultados e os desdobramentos do processo (efetividade), trazendo à discussão e ao consciente as expectativas individuais e sociais:

*“uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou a solução jurídica, por sinal uma resposta que além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar aquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados ou o impacto dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social”*⁴⁶

No acesso à Justiça, é necessário que se abandone o enfoque formalístico da resolução de controvérsia que tende a identificar o Direito como o sistema de normas produzidas e aplicadas pelo Estado, reduzindo-o, portanto, ao seu aspecto normativo e pouco catalizador da realidade, enquanto se negligenciam os seus componentes reais: sujeitos, instituições, processos, contexto social e pacificação social.⁴⁷

Não se deve perder de vista que qualquer Estado Democrático de Direito tem como valor supremo a premissa de assegurar a realização da Justiça, vinculada à atividade estatal como um todo, dela não podendo o Estado se distanciar sob pena de perder o caráter democrático. Disso

⁴⁴CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Elle Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

⁴⁵ Acrescente-se que “*convenções internacionais vêm entendendo que só se consegue realizar a Justiça na medida em que as decisões sejam alcançadas em tempo razoável. Refira-se, a tal propósito, o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a que Portugal se encontra vinculado e cujo incumprimento tem conduzido à sua condenação naquela jurisdição em várias situações.*” VIDEIRA, Susana Antas. “Notas sobre a arbitragem no direito público: uma experiência tentada ou um instituto consagrado?” In Villa-Lobos, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*. FGV Projetos e CAAD, p. 163.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça.” *Revista de Processo*, n. 73, ano 19, Janeiro-Março de 1994, p. 83 a 97.

⁴⁷ Esse novo enfoque inspira-se naquilo que Mauro Capelletti e o Prof Bryant Garth denominaram de segunda onda no movimento de acesso à justiça representado pela concepção tridimensional e contextual do direito.

extrai-se que a Justiça é considerado como fundamento da ordem jurídica que ultrapassa instância ou instituição e que pode ser realizado por vários caminhos e por todas as pessoas, singulares ou coletivas, públicas ou privadas, indo-se além das trincheiras judiciais e conformando-se a democratização do acesso à Justiça.

Disso deduz-se que o Estado-Administração tem o poder-dever de zelar pela Justiça e pela estabilização das relações jurídicas que lhes dizem respeito tanto quanto o Estado-Judiciário, sem que isso represente invasão de competência ou lesão ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário⁴⁸. A assunção desse poder-dever se revela por meio da autotutela ou pela escolha de meios alternativos de resolução de conflitos⁴⁹, que, em sua essência, exigem uma postura mais cooperativa e menos beligerante. Abandona-se, progressivamente, a “*cultura da sentença*” em preferência à “*cultura da pacificação*”⁵⁰, aliado à noção de Administração Pública cada vez mais consensual⁵¹, que prioriza a aplicação de regras cujo espírito é o equilíbrio de interesses.

Recai, pois, sobre a Administração Pública a assunção da responsabilidade pela “*revolução democrática da justiça*”⁵², seja por meio da reparação voluntária, seja do consenso, construído a

⁴⁸ “Diante disso, considera-se descabido que a Administração que tem por finalidade a promoção dos valores fundamentais, no momento em que violar um direito ou restringir indevidamente a liberdade de alguém, não tiver o dever/poder de em âmbito interno, restaurar a situação anterior reparando os danos causados e assegurando a Justiça, independentemente da intervenção do Judiciário.” DAVI, Kaline Ferreira. “Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã”. *Publicações da Escola da AGU*, p. 90.

⁴⁹ Ainda citando CAPPELLETI, em seu clássico estudo sobre o acesso à justiça, destaca-se a relevância dos métodos alternativos de solução de disputas na pacificação dos conflitos: “Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente”. CAPPELLETI, Mauro. *Os Métodos Alternativos (...)*, p. 97.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação” in YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

⁵¹ Ao se falar de consensualidade como novo modo de ação estatal, ganham relevo as técnicas consensuais e cooperativas nas relações contratuais “A utilização de mecanismos de consenso na atividade administrativa não se limita ao contrato administrativo tradicional, havendo, como observa Fernando Dias Menezes de Almeida, ao menos quatro outros vetores relevantes de evolução dessa matéria no âmbito administrativo: a) a utilização de novas fórmulas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares ou com outros entes estatais; b) a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia por acordos nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela vinculadas; c) o estímulo à participação dos governados, destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública no processo decisório; d) o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios.” MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos (...)*, p. 31. Rio de Janeiro, 2016.

⁵² Expressão cunhada por Boaventura de Souza Santos para o título de uma das suas obras.

partir de algum dos meios alternativos de conflitos, com a ativa participação do Poder Público na resolução da controvérsia e, portanto, na consecução do interesse público subjacente ao contrato e deduzido no impasse.

Pensar e criar um sistema jurídico que autorize formas diversas de soluções de conflitos estatais em comparação à forma clássica de acesso ao Poder Judiciário é imprescindível diante da crescente judicialização das políticas públicas que são, em essência, estruturalmente mais complexas. Desse modo, a busca pela solução da controvérsia não deve ser vista como um arremedo da atividade jurisdicional, mas sim como um paradigma da gestão pública e de gestão de crise, com atuação proativa da Administração na sua consecução, plenamente atingível por um sistema multiportas⁵³.

Outra não é a opinião de Carlos Alberto Carmona:

*“supondo que a Administração persiga sempre o escopo de concretização da justiça, é de todo recomendável que, havendo qualquer dissenso em contratos de que participe, seja a controvérsia resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, evitando-se procrastinação indesejável.”*⁵⁴

Essa perspectiva se alinha à visão positiva dada ao conflito linhas atrás, tido como um fato corriqueiro das relações em sociedade, um componente saudável do processo de evolução da civilização, que extermina algumas estruturas, mas também re(cria) novas, um verdadeiro catalizador de um processo de metamorfose. Por ser um fenômeno cultural, nada mais salutar o entendimento de que os personagens envolvidos devem estar no mesmo patamar de discussão e de

⁵³ “A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a arbitragem fossem panacéias para um sistema em crise. Da mesma forma, conclui-se que não há como impor um único procedimento de mediação ou arbitragem ante patentes diferenças nas realidades fáticas (*fattispecie*) do público alvo de cada centro. Vale ressaltar que frequentemente se encontram centros com diversos procedimentos distintos que variam de acordo com o objeto da demanda ou a matéria central a ser debatida.” AZEVEDO, André Gomma de. *Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista*. Disponível em <https://www.trt13.jus.br/institucional/cejusc/bibliografia/artigo-andre-fatores-de-efetividade.pdf/view>. Acesso em 20/05/2021, p. 5 e 6..

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 20092009, p. 66.

resolutividade do conflito. O conflito não deve ser olhado com estranheza pelo envolvidos e um modelo centralizador de resolução de conflitos, definitivamente, não atende ao seu valor positivo⁵⁵.

A Nova Governança Pública reconhece que o comando e o controle não são a abordagem administrativa mais apropriada no mundo dos relacionamentos em rede que existem cada vez mais. Dada a interdependência generalizada que caracteriza essas redes, nenhuma entidade, incluindo o Estado, está em posição de impor sua vontade às outras. Nessas circunstâncias, a consensualidade substitui o comando e o controle como abordagem de gestão pública, implementada não apenas na definição da política pública, mas também na sua execução.

Assim, por meio do “governo por contrato”, privilegia-se “*um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma nova forma de gestão, cujas referências são o acordo, a conciliação, a transação.*”⁵⁶” Aqui incluo a arbitragem. São mecanismos que privilegiam uma nova postura do Estado contratante quando enfrenta conflitos de interesses, despidos de protecionismo estatal, autoritarismo, beligerância, mas arraigados em uma relação administrativa mais equânime.

A negociação, a mediação e a conciliação são formas de auto composição de conflitos, uma vez que as partes, com ou sem o auxílio de terceiro, solucionarão suas próprias controvérsias.

Na negociação, as próprias partes buscam a solução do conflito, e não se exige a participação de terceiros. Na mediação e na conciliação exige-se a presença do terceiro: enquanto na mediação, o mediador, mantida a independência em relação às partes e ao objeto do conflito, apoia as partes na criação de soluções⁵⁷, na conciliação, o conciliador, neutro e imparcial, tem a liberalidade de exercer papel mais ativo na condução do diálogo, apresentação de sugestões na busca pelo acordo.

⁵⁵JUNIOR, José O. Alcântara Júnior. “Georg Simmel e o conflito social.” *Caderno Pós Ciências Sociais* - São Luís, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005. Disponível em

<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/viewFile/222/154>, acesso em 06/11/2021.

⁵⁶ DE OLIVEIRA, Gustavo Justino e SCHWANKA, Cristiane. “A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 104, p. 310, jan./dez. 2009.

⁵⁷Mariana França Gouveia alerta que vem ganhando força a mediação interventora, que permite ao mediador apresentar propostas para a solução do litígio. GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012, p. 43.

A arbitragem, por sua vez, representa uma forma de heterocomposição de conflitos, pois o terceiro, *expert* e imparcial, denominado de árbitro, por convenção privada das partes envolvidas, decide o conflito, e não o Estado-juiz.

Para um olhar menos desatento, a arbitragem se aproxima bastante do processo judicial, mas há equívoco nessa ilação, porque o processo judicial tende a ser não cooperativo, ao passo que o procedimento arbitral é marcado por uma postura cooperativa⁵⁸ e participativa das partes, presente não só na instituição do juízo arbitral, cuja iniciativa depende do consenso dos envolvidos, mas também ao longo da marcha procedimental, facilmente percebido na regra não escrita de intolerância com partes e advogados que atuam de má-fé, que adotam estratégias dilatórias⁵⁹ ou que sejam reticentes em cumprir decisões impostas por árbitros, justamente porque a existência de um antagonismo entre as partes não conduz, necessariamente, a um comportamento litigioso para o tratamento das demandas⁶⁰.

Deve-se ter em mente que a arbitragem não é ausência de conflito: arbitragem é o controle dos conflitos, sintonizada com uma gestão processual que repudia práticas destrutivas ou protelatórias.

4. Arbitragem e administração pública

4.1 Arbitragem: conceito e natureza jurídica

A arbitragem é um sistema especial de julgamento, com regramentos, técnicas e princípios próprios e emergiu como um contraponto aos expedientes ordinários e tradicionais de resolução de conflitos.

⁵⁸“*The great paradox of arbitration is that it seeks the cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself.*” Tradução livre: O grande paradoxo da arbitragem é que ela busca a cooperação das próprias autoridades de que quer se livrar. PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper No. 2/2010, January 13, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536093. Acesso em 11/06/2021.

⁵⁹Enfatizo que conquanto a arbitragem seja um método de heterocomposição de conflitos é um procedimento caracterizado pela consensualidade e na confiança mútua entre as partes, que não se limita ao início voluntário do procedimento arbitral, mas exigida ao longo de toda marcha procedimental, não se tolerando qualquer comportamento errático ou eivado de má-fé, pois “*ao contrário do Judiciário que vive da obediência, a arbitragem vive da confiança.*” PINTO, José Emilio Nunes. “Arbitragem e Administração Pública.” *Revista da OAB* n. 02, setembro de 2019.

⁶⁰ “*Diante disso, pode-se afirmar que há patente necessidade de que os novos mecanismos de resolução de disputa, como a arbitragem, permitam que partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.*” AZEVEDO, André Gomma de. *Fatores de efetividade de processos (...)*, p.5.

O procedimento arbitral é de natureza heterocompositiva, porque demanda a intervenção de um terceiro equidistante das partes e alheio ao conflito, desde que haja um voluntarismo entre as partes para adoção da arbitragem, de maneira que ninguém pode ser compelido a participar do processo arbitral, sem que tenha, previamente, anuído por meio de convenção arbitral.

A autonomia privada é um elemento essencial no conceito de arbitragem dentro de um panorama global⁶¹. A arbitragem somente se consolida como meio de solução de conflitos se as partes, de comum acordo, decidem por submeter a questão litigiosa a um terceiro, do que se extrai que o poder do árbitro decorre da lei (plano abstrato) e da autonomia das partes (plano concreto).

Importante ressaltar a característica da definitividade da sentença arbitral, ou seja, ela é imutável e indiscutível como regra geral.

Consolidando todas as características acima, Carlos Alberto Carmona, de forma precisa, conceitua a arbitragem como uma *“técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”*⁶²

Um outro conceito que bem reflete esses aspectos é elaborado por Isabel Celeste M. Fonseca, ao definir a arbitragem como *“um mecanismo hetero-compositivo de interesses, com natureza jurisdicional, no qual os litígios são dirimidos por árbitros, os quais, por força da lei, actuam como verdadeiros tribunais, tendo a respectiva decisão a força de sentença, uma vez que a decisão arbitral se equipara às sentenças arbitrais para efeitos de exequibilidade.”*⁶³

A roupagem jurídica da arbitragem é uma controvérsia de séculos, descabendo aqui se alongar na celeuma. Por não se tratar do objeto principal do nosso estudo, basta registrar, resumidamente, que há três principais correntes: (i) *privatista* ou *contratualista*, segundo a qual arbitragem é mero negócio jurídico contratual pelo qual, por sua autonomia privada, as partes se comprometem a aceitar a solução dada à sua controvérsia pelo árbitro, que tem apenas poderes

⁶¹ O Brasil desconhece o sistema da arbitragem necessária ou obrigatória. Em Portugal, a autonomia da vontade das partes litigantes em submeter o litígio ao tribunal arbitral sofre algumas limitações decorrentes da própria lei, que apresentam a arbitragem como mecanismo obrigatório, cerceando a possibilidade de as partes, alternativamente, escolher submeter a questão litigiosa aos tribunais do Estado. A título de exemplo, a arbitragem obrigatória está prevista no âmbito de conflitos laborais colectivos (Código do Trabalho, art. 567.º, núm. 1) e exercício do direito de greve (Código do Trabalho, art. 599.º).

⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo (...)*, p. 15.

⁶³ FONSECA, Isabel Celeste M. *A arbitragem na contratação pública em Portugal: uma realidade com futuro? A Arbitragem Administrativa e Tributária Problemas e Desafios*. 2ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, abril 2018. p. 162

contratuais, não de jurisdição, que é una e exclusiva do Estado-juiz; (ii) *publicista* ou *jurisdicionalista*, pela qual exercem jurisdição tanto juízes estatais como árbitros, cuja decisão substitui definitivamente a vontade das partes; (iii) *intermediária* ou *mista*, a qual, conciliando as anteriores, afirma que a arbitragem tem origem contratual, mas conteúdo jurisdicional.⁶⁴

O conteúdo jurisdicional do trabalho empreendido pelos árbitros é o posicionamento que mais predomina na doutrina especializada. De fato, a sentença arbitral é eficaz de *per si*. Ela é, tanto quanto a sentença proferida por juiz estatal, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional, alinhando-se, assim, ao que já defendia, entre outros, na doutrina brasileira, Carlos Alberto Carmona.⁶⁵

A jurisprudência brasileira referenda esse entendimento.⁶⁶

Em Portugal, creditam a Pedro Gonçalves a primeira manifestação que “*estabeleceu o paralelismo entre a titularidade por particulares de poderes inerentes ao exercício da função administrativa e o exercício de poderes jurisdicionais pelos tribunais arbitrais.*”⁶⁷

A teoria jurisdicional em Portugal ganha reforço com o enquadramento constitucional dos tribunais arbitrais junto aos tribunais com exercício da função jurisdicional⁶⁸. A Constituição Portuguesa, ao autorizar os tribunais arbitrais, “*parece não afastar a ideia de reserva de juiz nas vestes de juiz arbitral (...), desde que sejam observadas as normas constitucionais relativas às competências, procedimentos e forma de criação destes Tribunais.*”⁶⁹

⁶⁴ FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson, MONTEIRO, André Luis. Teoria Geral da Arbitragem, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019.

⁶⁵ O autor citado defende a natureza jurisdicional da arbitragem desde seu “Arbitragem e jurisdição”. Revista de Processo, v. 58, p. 33-40. São Paulo: RT, abr./jun. 1990, e de seu A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36-37, portanto, mesmo antes da edição da lei de arbitragem brasileira, após o que manteve o entendimento em: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26-27

⁶⁶ STJ, 2ª Secção — Direito Privado, Conflito de Competência 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.5.2013, DJE 3.4.2014, de cuja ementa se extrai a afirmação de que “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”. — Em julgado mais antigo, afirmando que a arbitragem era “equivalente jurisdicional”, cf. BRASIL, STJ, 1ª Secção — Direito Público, Mandado de Segurança 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJE 19.5.2008.

⁶⁷ CORREIA, J.M Sérvulo. “A Arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo.” In ANTUNES, Maria João. *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Mauricio*. Coimbra: Ed. Coimbra, dezembro de 2014, p. 683-719.

⁶⁸ Artigo 209.º, n.º 2 da CRP c/c artigo 202.º.

⁶⁹ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 10ª Reimpressão, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 671.

O Tribunal Constitucional tem referendado a função jurisdicional dos tribunais arbitrais, no sentido de que “*as decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade.*”⁷⁰

4.2 Os benefícios da arbitragem para a Administração Pública

Ainda que demonstrada a importância da arbitragem na resolução de demandas no contexto da ‘crise da Justiça’, é imperiosa a demonstração de existência de claras vantagens para quem dela se socorra. No caso, para a Administração Pública.

Dalmo de Abreu Dallari esclarece serem “*vários os motivos dessa ênfase, parecendo que o principal deles é a demora crescente para obtenção de uma decisão judicial definitiva*”⁷¹. O Estado empresário tem pressa na solução rápida e ágil dos conflitos surgidos na contratação pública, porque a demora na resposta significa atraso na entrega do bem ou serviço contratado, o que significa atraso na prestação do serviço público. O mundo do negócios corre uma velocidade contrária à prestação jurisdicional estatal que assistimos nos últimos tempos, impactando, negativamente, no desenvolvimento econômico e social do país.⁷²

A festejada celeridade é verificada em Portugal, onde o prazo para proferir a sentença final é de 12 meses a contar da data da aceitação do último árbitro⁷³. Na prática, a duração média dos procedimentos arbitrais gira em torno de 03 (três) meses para a arbitragem administrativa.

No Brasil, temos como exemplo exponencial da celeridade o procedimento arbitral que ficou conhecido como “Caso LIBRA”⁷⁴: o caso foi instaurado em 2015, envolvendo, de um lado, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e União Federal, e, de outro, a sociedade

⁷⁰ Ac do TC n.º 52/92 de 14/03/1992, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Ainda os Ac’s do TC 250/96 de 29/02/1996 e 506/96 de 21/03/1996, ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. “A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea.” In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

⁷² “São distintos os tempos da justiça e do mundo dos negócios, tendo até finalidades diferentes. Efetivamente, por muito tempo, os magistrados e os juristas, em geral, não se preocuparam com a demora para que fosse encontrada uma solução definitiva para os litígios, nem davam maior importância às consequências das suas decisões. Prevalcia, ao menos na teoria, o princípio *fiat justitia, pereat mundus* (que se faça justiça, mesmo que o mundo pereça). Ao contrário, na vida comercial, as pendências não podem perdurar e não devem demorar as respectivas soluções em virtude dos prejuízos que causam às partes. Só recentemente, em todos os países, tanto no Poder Judiciário como na arbitragem, houve uma reação saudável no sentido de tornar o processo mais eficiente e rápido.” WALD, Arnoldo. “As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 33, abr./jun. 2012, p. 239-244.

⁷³ Art. 43 da Lei de arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro).

⁷⁴ Procedimento Arbitral n.º 78/2016/SEC7 (CAM-CCBC).

empresária Linhas Brasileiras de Navegação S.A. (Libra), e a sentença arbitral foi proferida em 2019, pondo fim à disputa que se arrastou por longos 20 anos no Poder Judiciário, com um elevado “nível de êxito conquistado pelas partes públicas em litígio, algo inédito, até o presente momento, no Brasil.”⁷⁵

A sentença parcial conta com mais de 200 páginas e se revela como um julgamento de imenso valor sobre um tema complexo da infraestrutura portuária, que à época enfrentava um contexto político marcada por fortes acusações de corrupção em torno da publicação do Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017, que regulava a exploração de portos organizados e de instalações portuárias, sob o fundamento de que a sua edição teria sido o resultado de pagamento de propina por empresas do setor diretamente beneficiadas pelas disposições regulamentares⁷⁶. Inegável se tratar um notável exemplo da rapidez com que um caso é solucionado por um tribunal arbitral, por mais complexa e litigiosa que seja a relação jurídica deduzida na instância arbitral.

Interessante mencionar que a arbitragem, geralmente, não admite a interposição de recurso, o que torna o procedimento ainda mais célere, já que não está submetida às instâncias recursais infundáveis.

A expertise dos árbitros é outro forte benefício relacionado à arbitragem, que promete entregar uma solução proferida por especialista na área da demanda. Os juízes estatais são necessariamente bacharéis em Direito, ao passo que, na arbitragem, não existe a obrigatoriedade de graduação em nenhuma área específica, inexistindo correlação necessária com qualquer área de formação acadêmica, o que permite que estejam disponíveis no mercado arbitral árbitros que tenham integrado as mais diversas academias.

É notório que a presença da Administração Pública em um dos pólos do conflito potencializa as dificuldades na entrega da prestação jurisdicional, isto porque os conflitos relacionados às políticas públicas exigem respostas ágeis e qualitativas, que alcancem o cerne do conflito que deu origem à ação judicial.

⁷⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues. “Sentença arbitral comentada.” Revista brasileira de Arbitragem. Nº 63 – Jul-Set/2019, p. 121.

⁷⁶ “Sabe-se que um dos temas mais debatidos entre a comunidade arbitral atualmente se refere ao julgamento de questões contratuais que possam ser fruto de corrupção havida entre as partes. No “Caso Libra”, não havia o relato de qualquer suspeita nesse sentido; contudo, imagina-se que os julgadores incumbidos de julgar o caso certamente se cercaram de maiores cautelas que o habitual, para que não houvesse qualquer fragilidade decisória no processo, em uma temática que está sob o foco de perseguições criminais e escândalos midiáticos.” *Idem*, p. 131

O ambiente que envolve a arbitragem é, pois, plural e multidisciplinar, o que favorece a *expertise* dos árbitros e permite que as partes montem um tribunal com a maior qualificação e experiência possíveis para a solução da causa. Isso representa um cenário de alento ao Poder Público, porque passa a dispor de profissionais que tenham maior conhecimento específico nas demandas que envolvam políticas públicas, evitando-se o único caminho ofertado pelo Judiciário, composto por julgadores muito mais generalistas do que especialistas.

A liberalidade na escolha do julgador no procedimento arbitral permite que sejam designados profissionais que tenham uma relação mais íntima com o campo transversal e multilateralizado que é próprio das políticas públicas, que tenham um passado de interação mais intensa com elas, e, portanto, mais preparados para operar, resolver e aprimorar o processo de aplicação das políticas públicas.

A título de exemplo, diante de conflitos relacionados a obras e serviços públicos relacionados à infraestrutura, a arbitragem permite que as partes tragam ao caso árbitros que conciliem conhecimento jurídico e técnico na área, a exemplo de um advogado que trabalha constantemente com contratos específicos de engenharia e que acumulou conhecimento que permita compreender bem tanto as nuances técnicas quanto as questões jurídicas envolvidas na demanda, o que o coloca em uma nítida posição de vantagem, porque certamente terá a aptidão de flutuar de forma confortável pelo caso, com compreensão das questões relacionadas às engenharia, assim como das questões de Direito.

O procedimento arbitral é marcado por uma maior informalidade e flexibilidade dos atos processuais, livre das amarras burocráticas tão presentes no processo judicial, o que torna um atrativo ao Poder Público, porque o tipo conflito que o envolve precisa, no mais das vezes, de uma atuação transversal, porque, comumente, são processos estruturais e multilaterais, com vários antagonismos envolvidos, que se afastam daquele modelo de autor-réu-juiz, ou tese-antítese-síntese, o que os torna pouco adaptados à atividade jurisdicional tradicional, cheia de regras, formalismos e amarras processuais.

Nesse contexto de complexidade estrutural e institucional para a execução da política de investimentos estatal, a arbitragem surge como um potente instrumento para a resolução de litígios estatais.⁷⁷

5. A arbitragem como instrumento de cumprimento da missão estatal

A contratação pública hoje representa um dos mais importantes pilares de organização de qualquer Estado, pois além de ser um instrumento utilizado para contratar o fornecimento de bens e serviços, a execução de obras, é um procedimento que funciona como mola propulsora para as funções estatais relacionados ao objeto do contrato. No contrato público, os interesses postos conversam entre si, há uma verdadeira simbiose entre Estado e mercado: aquele depende do mercado para implementar suas políticas públicas, ao passo que o mercado impescinde do Estado para a garantia das condições que permitam a acumulação de capital. É um instrumento que serve ao modelo de administração gerencial⁷⁸.

O contrato público nutre as políticas públicas, e, diante de tão relevante função, é preciso que se extraia dele a melhor eficiência e a melhor serventia possível, e pensar em um modo mais eficiente de resolução de litígios no campo administrativo é essencial para a lubrificação das engrenagens da contratação pública, intensificando a ideia de interesse público inerente ao contrato administrativo.

Fala-se muito na adoção da convenção arbitral motivada pelo fomento ao interesse do investidor, como instrumento apto a atrair o investimento do capital privado. De fato, a presença da cláusula arbitral no contrato administrativo revela um ambiente de maior segurança jurídica para os particulares que investem em projetos visando o maior retorno lucrativo possível.

Para o mercado estrangeiro, a cláusula arbitral é o “toque de Midas” para que se alavanquem a participação de empresas do exterior em contratos públicos, eliminando-se o risco de que elas enfrentem o sistema judicial alienígena em caso de conflitos com o Estado-contratante e afastando-

⁷⁷ “No domínio da justiça administrativa, uma das maiores vantagens diz respeito a razões de ordem conjuntural, que tem que ver com o gigantesco atraso na apreciação e julgamento dos processos confiados aos tribunais administrativos. E uma outra razão é de tipo estrutural, prendendo-se com as dificuldades de adequação do processo administrativo face à complexidade dos problemas do mundo actual, o carácter excessivamente formalista desse processo e a ausência de capacidade técnica especializada dos juízes (em comparação com a dos peritos).” FONSECA, Isabel Celeste M. A arbitragem na contratação pública em Portugal (...), p. 164.

⁷⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Democracia, estado social e reforma gerencial.” *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo: FGV, 2010, v. 50, n. 1, p. 116

se o temor de perda uma grande parcela do dinheiro investido, tornando mais palatável o investimento feito no país⁷⁹.

Mas sob o viés da Administração Pública, há igualmente um interesse legítimo na solução do conflito que o envolve o contrato administrativo porque ele é o instrumento que veicula as políticas públicas, como já adiantado linhas atrás.

Logo, para a Administração Pública bem funcionar e para que as políticas públicas transcorram da melhor forma, é preciso que os conflitos surgidos no âmbito da contratação pública obtenham uma resposta célere e efetiva, e nesse contexto a arbitragem surge como um instrumento de ação pública para a coordenação política, com grande potencial de ocupar o papel central na solução de conflitos em demandas estatais, com especial atenção para as mais arrojadas, que exigem qualidade técnica e celeridade na criação das suas soluções, garantindo a execução dos investimentos públicos para o desenvolvimento do país.

Não existe um consenso em torno do conceito de instrumento governamental e sequer sobre a sua identificação e a sua categorização⁸⁰, mas para os propósitos desse trabalho, adotar-se-á o conceito que o identifica como “*os meios e os expedientes reais a que os governos recorrem para implementar políticas.*”⁸¹

A lógica que equaciona o presente capítulo é bem simples: uma resposta mais adequada e célere ao conflito administrativo, conforme prometida pela arbitragem, garante uma maior concretização da política pública subjacente ao contrato público. Em outras palavras, a relação

⁷⁹ No livro “Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises”, de autoria de Felipe Recondo com Luiz Weber, retrata os bastidores de casos julgados pela mais alta Corte do país e relata um episódio ocorrido durante uma ação judicial sobre o aproveitamento de crédito tributário: Na discussão sobre o crédito *premium* do IPI, o advogado dos exportadores chega a Eros Grau, que lhe diz com a tranquilidade de um consequencialismo de realidade: “Vocês acham que o Supremo vai julgar em favor de vocês uma causa que a Fazenda diz que custa 200 bilhões de reais? Nunca. O Supremo vai decidir contra vocês!” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises. Editora: Companhia das Letras; 1ª edição, 31 julho 2019 apud SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos” in VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem: Administração Pública e Arbitragem*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, p.278.

⁸⁰ “*This multidimensionality of policy tools naturally complicates the task of describing and soniog them (...) the muultidimensionality of individual tools has made it difficult to reach consensus even on the nwnber of tools that exist.*” SALAMON, Lester. M. “The new governance and the tools of public action: an introduction.” In SALAMON, L. (org.). *The tools of government: a guide to the new governance*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.21.

⁸¹HOWLETT, RAMESH; PERL. *A Política Pública: seus ciclos e subsistemas - uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 127.

posta é a seguinte: se um conflito surgido de um contrato administrativo se prolonga demais no tempo ou se as decisões são atécnicas, esse contrato administrativo não atingirá o seu fim e a política pública não poderá ser entregue à sociedade.

Grosso modo, os recursos estão garantidos, há consenso entre as várias instâncias governamentais e com a iniciativa privada envolvida, mas a política não consegue ser executada dentro do esperado, porque os resultados almejados não foram entregues – ou até o foram, mas após transcorrido um longo período de tempo - em virtude de longos e tortuosos processos judiciais.

Dessa forma, para que a política pública seja executada a contento, o Estado deve se valer de mecanismos que permitam concretizá-los na prática. Assim, a preocupação com a forma pela qual será possível atingir os objetivos projetadas de determinada política pública deve estar presente desde o momento da sua formulação.

Nessa toada, as vantagens usualmente apontadas à arbitragem, e apresentadas no capítulo anterior a este, têm o potencial de inseri-la no ciclo da política pública⁸², mais especificamente na etapa da implementação, fase em que a política pública é colocada em prática, e passa a ter um vínculo estreito com o seu êxito. As características próprias da arbitragem a elevam de um mero instituto processual à categoria de instrumento na execução da política pública, na medida em que *“permite acelerar a solução de litígios cujo relevo potencializaria as consequências socioeconômicas negativas da lentidão na condução dos processos”*⁸³

O sucesso da gestão pública passa, pois, inevitavelmente pelos procedimentos da execução da política pública e pela organização e boa utilização dos instrumentos à disposição dos atores institucionais envolvidos na sua coordenação, elaboração e implementação, e em razão de o mecanismo escolhido para a solução de controvérsia apresentar intensa correlação com a fase de implementação da política pública, ele repercute de forma ampla e profunda sobre a Administração Pública e sobre os destinatários das ações governamentais.

⁸² Nesse estudo considera-se o ciclo da política pública composta por cinco estágios: montagem de agenda política, formulação da política, tomada de decisão, implementação da política e avaliação política. HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL. A Política Pública (...).

⁸³ CORREIA, J.M Sérvulo. A Arbitragem dos litígios entre particulares (...), p. 683-719.

Sob essa ótica, o papel da arbitragem nesse contexto transcende a teoria do processo e esbarra na discussão sociopolítica de implementação efetiva das políticas públicas, afinal, uma justiça que tarda não é justiça. Um sistema que embarga por 5 anos a construção de uma ponte imprescindível para o escoamento de produto de maior relevo econômico para uma determinada região para discutir se a empresa tem ou não direito a um reajuste, enquanto as partes seguem arcando com os gigantescos custos fixos de um projeto desse porte, não é justo e muito menos eficiente.

Países consomem, de uma forma geral, grande parte do orçamento com compras governamentais: conforme dados fornecidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), este montante representa cerca de 13% do PIB nacional em relação a seus países membros.⁸⁴ Dessa forma, a contratação pública envolve não apenas medidas de grande impacto social, mas também grandes somas de dinheiro, com grande impacto orçamentário, razão pela qual a busca pela eficiência e economicidade é um grande desafio governamental. Nesse cenário, a arbitragem se apresenta como um instrumento que, se bem estruturado e nas circunstâncias certas, pode ajudar governos a superar os seus desafios críticos, alavancando eficiências e melhorando o atendimento das pretensões contratuais.

Não se defende que arbitragem seja a solução ideal para todos os conflitos surgidos nos contratos administrativos, mas é inegável que a arbitragem contribui *“para melhorar o estado da solução dos conflitos na contratação pública com efeitos em um plano qualitativo, na medida em que permite acelerar a solução de litígios cujo relevo potencializaria as consequências socioeconômicas na lentidão da condução dos processos”*⁸⁵ nas instâncias judiciais⁸⁶.

Essa reorganização da prestação de serviços pelo Estado por intermédio da contratação pública requer um ambiente de maior certeza, eficiência, razoabilidade, rapidez, assim como um mais adequado, mais econômico e mais eficiente meio de resolução de conflitos, e a arbitragem

⁸⁴“Public procurement is one of the largest government spending activities in any country, representing on average almost 13% of GDP in OECD member countries.” OECD, Government at a Glance 2011, OECD Publishing, Paris, p.147. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2011_gov_glance-2011-en#page149. Acesso em 13 de maio de 2021.

⁸⁵ CORREIA, J. M. Sérvulo. Arbitragem dos litígios entre particulares (...), p. 702.

⁸⁶“Torna-se, portanto, necessária encarar o mecanismo com alguma cautela e não deixar cegar-se pelo brilho ilusório de algumas de suas vantagens, principalmente quando nos situamos no domínio de matérias que contendem com o interesse público.” FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo. Arbitragem: a descoberta (...). p.87.

surge como um instrumento poderoso para a satisfação do interesse público e entrega da política pública subjacente ao contrato.⁸⁷

6. Fundamentos econômicos para a escolha da arbitragem pela Administração Pública

Os modelos contratuais por vezes privilegiam uma visão mais rígida e estática do Direito, em detrimento de um relacionamento tangenciado entre discurso jurídico e discurso econômico, mas um mundo globalizado não mais autoriza esse fosso entre direito e economia. A Análise Econômica do Direito (AED) vem ao socorro da recomendada simbiose entre direito e economia ao propor a aplicação da teoria econômica na formação do Direito, sob a premissa de que as formas jurídicas devem levar em consideração os problemas práticos da vida diária, dentre eles a complexidade econômica.

A teoria econômica postula que os instrumentos de maximização da eficiência devem ser buscados pelos agentes econômicos, ou seja, a perspectiva que permeia a análise econômica do Direito é a de que o sistema jurídico deve ser entendido com base em critérios que determinam se eles facilitam ou dificultam o uso eficiente dos recursos⁸⁸.

Há muitas teorias propostas para explicar a eficiência, mas avançar sobre todas elas transbordaria completamente o escopo desse estudo. Ficamos com uma definição não tão rigorosa cientificamente dentro da análise econômica do Direito, mas adequada aos objetivos propostos: o termo eficiência pode ser simplificado, com todas as desvantagens próprias às simplificações, à maximização⁸⁹ da “fórmula do bem-estar social”, aqui entendido como uma medida de agregação

⁸⁷ “The reorganization of the relationship between the public sphere and the private sphere through the equal model of partnerships requires extrajudicial and negotiation means of resolution of conflicts, and arbitration appears in this context as a powerful tool for the satisfaction of the public interest.” VALLE, Vivian Lima López. “Administrative arbitration and consensuality: punctual analysis of the new paradigm of administrative action.” *Administrative Law Review*. Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, Sep./Dec. 2018.

⁸⁸ “A AED prega que é a aplicação de uma perspectiva de “eficiência” às normas legais.” PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito*. FGV Direito Rio, 2016, p. 12.

⁸⁹ “Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais (sic), e a racionalidade exige a maximização. (...) Escolher a melhor alternativa que as restrições permitem corresponde a maximizar a função de utilidade dependendo da restrição de viabilidade.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, 5ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36/37.

dos níveis de satisfação de todos os indivíduos de uma sociedade⁹⁰, o que passa necessariamente pela provisão a contento de bens e serviços públicos à população.

No âmbito da contratação pública, a eficiência econômica se revela em um cenário de compatibilização entre a pretensão contratual estatal de impacto social manifestada no ato da contratação e a resposta gerada pela execução do contrato, pois o nível de satisfação de cada indivíduo cresce à medida em que se otimiza o nível de utilidade dada à atuação estatal⁹¹ instrumentalizada por meio de contrato e garantida pelas vantagens inerentes à arbitragem, em detrimento da atividade jurisdicional comum.

A potencial maior facilidade da arbitragem em dirimir conflitos, promovendo com maior efetividade tanto as funções primárias quanto as secundárias do contrato, se conecta à ideia de eficiência econômica, ou seja, com o dever que o Poder Público tem de oferecer à coletividade os serviços que lhes são cabíveis com melhor qualidade, em menor tempo e com redução de custos, potencializando-se a percepção individual e coletiva de bem-estar social.

Já sob a ótica do Teorema de Pareto, que se propõe a analisar um outro critério de eficiência, leva-se em consideração a percepção dos agentes econômicos diretamente envolvidos na contratação, de forma que um mercado marcado pela eficiência é aquele em que se maximiza os resultados esperados de todas as partes ou pelo menos que haja um equilíbrio entre perdas e ganhos, o que é observado sempre que uma das partes melhora a sua posição, sem que nenhuma outra parte venha a se prejudicar em razão disso.

O equilíbrio de balança entre pesos e contrapesos que emergem de uma relação contraprestacional é exatamente o que prega o Teorema de Pareto, segundo o qual uma parte não pode perder enquanto a outra continua a ganhar. Em uma situação em que uma decisão concede ao particular a revisão do contrato administrativo, mas o país deixa de experimentar um desenvolvimento econômico em razão da suspensão a longo termo do contrato, o equilíbrio de perdas e ganhas entre os litigantes rui e a decisão, inevitavelmente, terá sido ineficiente, e via de

⁹⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (...)*, p. 15/16.

⁹¹“A fórmula do bem-estar social é uma medida de agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social.” *Idem*, p. 15.

regra é o que sucede na instância judicial, na qual, no mais das vezes, o juiz está mais comprometido em pôr fim ao conflito, e não com as suas causas ou com a satisfação da solução adotada.

A arbitragem promete a manutenção da eficiência, sob o critério de Pareto, ao propor a entrega da solução mais técnica possível, eliminando-se ao máximo os desperdícios e desequilíbrios, diante da credibilidade dos serviços prestados pelos árbitros.

O terceiro aspecto da visão econômica da arbitragem está diretamente relacionado à agilidade na emissão da decisão definitiva que põe fim à lide, porque a eternização das demandas judiciais aumenta os custos e o risco de se fazer negócios com o Estado, fazendo com que uma parcela considerável do empresariado imponha maiores exigências, a maioria de ordem econômico-financeira, ao realizar negócios com a administração pública. Esses custos incorridos pelas partes ao longo de uma negociação ou transação comercial, para além do preço negociado, são chamados de “custos de transação”.⁹²

A gestão pública qualificada requer análise dos custos envolvidos na manutenção de litígios na formatação tradicional de jurisdição, pois os contratos administrativos passaram a funcionar como termômetros da economia: os investidores, observando que há uma cultura de cumprimento e respeito ao que fora acordado inicialmente pelas partes, se sentirão mais confiantes para a concretização dos negócios. A previsão da arbitragem no contrato reforça que a Administração Pública está mais comprometida com o contrato e demonstra uma maior aderência à previsibilidade das regras do jogo, cenário que se torna um fio condutor para a celebração de negócios mais seguros e de uma economia mais sólida do ponto de vista dos investidores, reduzindo os custos de transação.

⁹²Em uma contratação pública, os custos de transação são vários: “*todos os custos econômicos (incluindo custos de oportunidade) diretos e indiretos de recursos materiais (papel, computadores, meios de comunicação, serviços gráficos) e de alocação de pessoas-horas envolvidas nos trâmites burocráticos (recepção, fiscalização etc.), incorridos pela própria Administração, que devem ser somados ao preço de aquisição, taxas, seguros e fretes da aquisição direta dos bens e serviços transacionados. (...) Mas, além dos custos de transação incorridos diretamente pelo órgão comprador, vale notar que há também os incorridos pelos fornecedores, os quais são repassados aos preços praticados, segundo o mesmo estudo. São custos com cadastramentos, obtenção de certidões, realização de ensaios, produção de amostras, interposição de recursos judiciais, necessidades de deslocamentos de pessoal. Quanto mais trâmites burocráticos e quanto maior a incerteza sobre a conclusão do processo de compra, maiores ficam sendo os custos das firmas participantes da licitação*”⁹² FIUZA, Eduardo P.S. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/12_capt08_Fiuza_11.pdf, p. 241.

Some-se a isso a racionalidade limitada dos agentes econômicos envolvidos contratação, que impede a construção das cláusulas que possibilita que sejam previstas todas as contingências contratuais relevantes, o que sobrecarrega os custos transacionais *ex post*⁹³, sobreprecificando o valor final do contrato, isto porque o contratado tende a incluir no preço ofertado a possível litigiosidade.

Se há uma tendência de que as partes envolvidas possam vir a descumprir o que fora prometido motivados pela incompletude natural dos contratos ou pelo oportunismo⁹⁴, esses custos inegavelmente serão repassados ao contrato e potencializados com o Judiciário moroso.

Oportuno lembrar que os contratos administrativos, tanto no Brasil quanto em Portugal, são contratos de adesão por natureza, posto que as cláusulas contratuais são redigidas de forma unilateral pelo Poder Público e encaminhadas ao contratante, havendo baixo grau de diálogo entre as partes. Esse pouco espaço para negociação ou discussão do seu teor não é isento de custos, pois se é certo que se reduz as custas *ex ante* envolvidos no negócio, inevitável que se aumente os custos *ex post* relativos a uma discordância futura⁹⁵, ou seja, o risco da execução e adimplemento contratual está embutido no preço a ser pago pelo Poder Público.

⁹³ “Dois tipos básicos de custos de transação devem ser considerados: *ex ante* e *ex post*. O principal custo *ex ante* é o do desenho do contrato; o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. (...) Os custos de transação *ex post*, por outro lado, se referem a inaptações do contrato ao que as partes acordaram; custos para repactuar os contratos ou mesmo gastos com Judiciário ou arbitragem.” NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 18. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio-jun-jul/2009, p. 12.

⁹⁴ “Quando um dos contratantes se comporta de maneira contrária à intenção do contrato, sem necessariamente ir contra a letra do acordo, mas de modo a fazer uma transferência de riqueza em seu próprio benefício e em detrimento do outro.” MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. por SZTAJN, Raquel. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

⁹⁵ “Ocorre que a dinâmica da contratação pública determina uma lógica toda particular quanto aos custos de transação. Em primeiro momento, esses custos são significativamente economizados (ou postergados) por conta da natureza de contrato de adesão. Como sabemos, o contrato já vem previamente formatado e deverá ser anuído pela parte selecionada no procedimento licitatório. Assim, os custos de transação são estabelecidos nesta fase *ex ante* sobremodo no processo licitatório que exige expertise para elaboração das propostas e, não raro, imensas e custosas interpeleções administrativas e judiciais que entram o termo do procedimento. Dessa forma, os custos gerados no curso do procedimento licitatório são certamente entronizados no preço proposto pelas partes quando da licitação. Essa diminuta (ou nenhuma) margem de negociação na elaboração contratual determina economia para as partes de custos de transação *ex ante*, conquanto empurra para o momento *ex post* todos os conflitos. Dessa forma, não por menos, acumulam-se na fase de execução contratual várias demandas, sobremodo no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro e infundáveis alegações de álea administrativa e econômica.” NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos (...)”, p. 12.

É inegável que as intercorrências, dentre eles os conflitos decorrentes da relação contratual, aumentam os custos financeiros dos contratos, pois geram incertezas quanto ao início e fim da sua execução do contrato e, conseqüentemente, do pagamento respectivo responsável pelo fluxo de recursos do ente público contratante e pela geração de caixa do contratado. A incerteza dificulta a mobilização de fontes de financiamento pelo setor privado, gerando mais custos de transação, que terminam por compor a cláusula econômica do contrato.

A previsão da arbitragem para a solução de conflitos reduz os custos *ex post*, porque propõem uma solução técnica e ágil para a resolução do conflito, reduzindo o ambiente de incerteza na execução contratual⁹⁶.

É notório, portanto, que a opção pela arbitragem nesse tipo de contrato revela-se com grande potencial de ganhos de economia, como bem salienta Selma F. Lemes:

*“A arbitragem, instrumento jurídico, é também ferramenta econômica. Estudos demonstram que esta cláusula gera economia nos custos de transação, isto é, se o contratante privado tiver conhecimento que a Administração Pública optará pela solução de conflitos por arbitragem, o preço do serviço ou fornecimento de bem objeto do contrato será menor. Poderá gerar uma economia de até 58% nos custos do processo, se optar pela arbitragem em vez de demanda judicial. Estudos de economistas efetuados em mil contratos de concessão de serviços e obras públicas nos países da América Latina e Caribe, entre 1989 e 2000, demonstram que prever a arbitragem facilita a renegociação, bem como pode representar uma diminuição de até 20% do valor das tarifas pagas pelos usuários. Não é sem razão que os bancos de fomento internacional, tal como o Banco Mundial, tenham a previsão da arbitragem ao financiarem obras públicas”.*⁹⁷

A AED nos traz ainda o conceito de custos de oportunidade, relacionados à alternativa que fora deixada de lado em benefício de outra⁹⁸. Mas junto com o custo pela escolha da via alternativa,

⁹⁶ “Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (e.g., confirmação de pagamento das parcelas ou aferição da qualidade do produto prometido) e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico” PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. Revista direito FGV, São Paulo, jan-jun 2008, p.19.

⁹⁷ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>, acesso em 10/02/2021.

⁹⁸ “Toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade”. GICO JR, Ivo. “Introdução ao direito e economia.” In: TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

inclui-se o chamado *property right*, que é o período de tempo da conclusão da negociação, porque a duração do procedimento influi no custo. Trocando em miúdos, é o custo que, durante uma disputa litigiosa, o investimento fica parado, pois a parte credora está sem receber o correspondente monetário ao seu direito, representada pela “ausência de livre disponibilidade das partes sobre as quantias ou direito em discussão sub *judice*, ao longo do tempo de duração de um processo judicial.”⁹⁹

Custo de transação e de custo de oportunidade impactam no preço final do produto ou serviço ofertado ao Poder Público e variam de forma considerável conforme a presença ou ausência da previsão contratual da resolução de controvérsias pela via arbitral. A previsão de cláusula arbitral reduz os custos globais dos contratos, de tal modo que a arbitragem não só integra a cláusula econômico-financeira do contrato, mas se apresenta também como uma verdadeira estratégia empresarial, porque melhoram os resultados econômicos do contrato¹⁰⁰, especialmente para o setor público, de forma que não pode ser negligenciada, em nome da eficiência e da economicidade.

Ainda sob a ótica da maximização dos ganhos pelas partes contratantes, pertinente se faz a comparação entre as custas processuais para a solução de litígios na formatação tradicional de jurisdição e na arbitral. Em Portugal, a opção pela criação do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), um centro de arbitragem institucionalizada para a solução de litígios em matéria de Direito Público nas áreas tributária e administrativa, inova ao surgir com a missão institucional de promover a redução dos custos globais com a realização da justiça, elevando tal diretriz à categoria de princípio organizativo.

Os centros de arbitragem institucionalizada portugueses surgem imbuídos do espírito de garantidores do interesse público e com a proposta de atender de forma harmônica aos interesses tutelados, não sobrepostos ou desvirtuados por leis que regem a economia de mercado, o que conduz à necessária garantia da democratização no acesso à justiça arbitral. Nesse cenário, as custas

⁹⁹YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos*. Dissertação de mestrado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo, 2018.

¹⁰⁰ A expressão é de Flavia Bittar Neves: “Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é apresentar o diagnóstico de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos pela American Arbitration Association (AAA) – que demonstra de forma clara e objetiva a visão empresarial da arbitragem – fazendo um paralelo com a realidade do Poder Judiciário nacional e com o desenvolvimento do juízo arbitral, a fim de incentivar o setor produtivo a pensar na arbitragem como uma verdadeira estratégia processual e não apenas uma ferramenta de solução de controvérsias.” NEVES, Flavia Bittar. “A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio?” *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 9, jan.-mar.2008, p. 30-31.

do procedimento arbitral sob a organização do CAAD são inferiores às previstas no regulamento das custas processuais na jurisdição estatal.

A redução dos custos dos procedimentos arbitrais é possível em razão da presença do Estado não só na autorização¹⁰¹, constituição e funcionamento do CAAD, mas igualmente como agente financiador, “*pois este reconhece nos centros um meio de prossecução indireta do interesse público*” e atua motivado para “*assegurar que as custas para os utilizadores tornam o centro uma oferta verdadeiramente competitiva, uma boa alternativa aos tribunais administrativos*”.¹⁰² As vantagens da arbitragem administrativa em Portugal não se limitam à especialidade e celeridade das decisões arbitrais, mas avançam sobre os custos reduzidos, criando condições efetivas de competitividade e democratização e permite o acesso à Justiça de forma econômica¹⁰³.

Dentro da perspectiva de economia da arbitragem, interessante mencionar que vem ganhando força, tanto no Brasil quanto em Portugal, a ideia da instituição de uma câmara pública de arbitragem a ser instituída dentro de uma instância regulatória da contratação pública, que concentraria todo o poder de regulação e supervisão das aquisições governamentais de bens e serviços com vistas ao seu aprimoramento e monitoramento, e com imposição de adesão das partes contratantes a esse sistema de resolução de conflitos pensado dentro dessa estrutura de natureza pública.

¹⁰¹ Cabe ao Estado autorizar toda a arbitragem de natureza institucionalizada, nos termos do Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro.

¹⁰² VILLA-LOBOS, Nuno. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/nuno_apresentacao_nv1_vf_17-09-2017_0.pdf, acesso em 17/05/2021.

¹⁰³ No Brasil, onde prevaleceu a ausência de uma estrutura interna de arbitragem institucional, a conta mais cartesiana de comparação de custos do procedimento arbitral e judicial se torna mais problemática, tanto que há uma concepção, ainda bem difundida no Brasil, de que a arbitragem é um instituto pouco acessível por ser caro. Mas essa concepção está fundada em premissas equivocadas, pois o defensor dessa tese leva apenas em consideração a exigência de pagamento antecipado das custas (taxa de registro e administração) e dos honorários dos árbitros pelas partes ainda no início do procedimento.

De fato, comparando-se as custas iniciais do Judiciário e do procedimento arbitral, salta aos olhos a diferença entre eles, no entanto a equiparação é injusta, porque parte de uma premissa equivocada: a de que a definição de caro é aferida a partir de uma simples comparação matemática entre os preços ofertados pela prestação do serviço. De fato, as custas iniciais na arbitragem são usualmente superiores às do Judiciário no Brasil, mas Peter Sester, com a maestria que lhe é usual, fez o cálculo necessário para comparar a jurisdição estatal e a arbitral no Brasil, e concluiu que a “*arbitragem é menos cara e mais eficiente que um processo no Judiciário, desde que o valor da causa seja superior a R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais)*”, ao levar em considerações os já mencionados custos de oportunidade, cifra facilmente superada nos contratos públicos. SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2020, p.72.

Pedro Costa Gonçalves nos ensina que “*estariamos diante de uma solução administrativa, com a intervenção de um órgão da Administração Pública e expressa, a final, numa decisão administrativa de resolução de litígios (...) com poderes de sanção administrativa e de resolução de litígios.*”¹⁰⁴¹⁰⁵

Tome-se como exemplo a Hungria, que conta com a Autoridade Nacional para os Contratos Públicos da Hungria, uma estrutura pública especializada com competência regulatória em matéria de contratos públicos, que goza de autonomia em face do Governo ao qual se encontra vinculada e que conta com a Comissão Arbitral em matéria de contratação pública, responsável pelos procedimentos de remediação relacionados a quaisquer infrações ou disputas relacionadas a contratos públicos. Segundo Fernando Oliveira Silva, o distanciamento e a neutralidade do regulador tendem a produzir decisões mais justas e imparciais, evitando-se especulações sobre o exercício do poder decisório para beneficiar a entidade pública envolvida.¹⁰⁶

A criação de uma instância arbitral embutida em uma agência de regulação das compras públicas não necessariamente envolve o inchaço da máquina pública, com a contratação de novos servidores públicos ou criação de novos cargos, bastaria a seleção de funcionários especialistas em aquisições governamentais e o aproveitamento das estruturas existentes. Manter-se-ia o compromisso com o não aumento de custos estatais e possibilitaria a padronização de entendimentos e procedimentos, criando, de certa forma, uma camada resolutória prévia de conflito entre contratante e contratado, com decisões mais técnicas, mais justas e razoáveis, posto que resolvidas por especialistas em gestão de conhecimento das boas práticas de compras.

7. A arbitragem administrativa em Portugal

Em Portugal, a Constituição da República Federativa Portuguesa de 1976 (CRFP/76) consagra o recurso à arbitragem no art. 212, n. 3, assim como prevê expressamente a possibilidade

¹⁰⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. *A arbitragem nos litígios da contratação pública*. Disponível em: https://www.caad.pt/files/documentos/newsletter/Newsletter-CAAD_set_2014.pdf, p. 7, acesso em 17/05/2021.

¹⁰⁵No mesmo sentido, 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, 2018, p. 40.

¹⁰⁶ SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos: modelo para uma entidade reguladora*, p.122.

de criação dos tribunais arbitrais dentro do capítulo destinado à organização dos tribunais¹⁰⁷, inserindo-os como um tribunal, ao lado dos conhecidos tribunais estatais. A previsão constitucional dos tribunais arbitrais serviu para abafar o discurso daqueles que bradavam a favor da denominada “reserva de jurisdição” administrativa para a decisão de litígios emergentes das relações jurídicas entre particulares e a Administração Pública¹⁰⁸.

A previsão constitucional veio a ser chancelada pelo Supremo Tribunal Administrativo¹⁰⁹, o que abriu caminho para a incorporação, em texto da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) de Portugal¹¹⁰, de permissão para o Estado e outras pessoas de direito público celebrarem convenções de arbitragem.

Hoje, Portugal lida com diferentes regimes de arbitragem e poder público, justificadas por razões históricas diversas e com diferentes soluções: a arbitragem tributária e a arbitragem administrativa.

O Regime Jurídico da Arbitragem em matéria tributária (RJAT) foi aprovado pelo Decreto-lei n. 10/2011, de 20 de janeiro, e se submete a um regime próprio e conta com regramentos específicos que divergem da arbitragem administrativa, e, portanto, não será objeto de análise neste trabalho.

Em matéria administrativa, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) previa a possibilidade de recurso à arbitragem desde 1982. A disposição era genérica e, na prática, a adesão era bem restrita. O grande impulso veio com a reforma do contencioso administrativo de

¹⁰⁷ Artigo 209º, n. 2, CRFP: Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

¹⁰⁸ Durante um tempo houve controvérsia em saber o art. 212, n. 3 da Constituição da República de Portugal estabelecia uma reserva jurisdicional absoluta a favor dos tribunais da jurisdição administrativa para dirimir os conflitos emergentes das relações jurídico-administrativas, ou seja, dos contratos administrativos. Por óbvio, prevaleceu o entendimento segundo o qual os tribunais administrativos nada mais são do que os tribunais ordinários, comuns, da justiça administrativa, e a previsão constitucional dos tribunais arbitrais serviu de fundamento para essa linha de pensamento, afinal não seria compatível prever a existência de tribunais arbitrais, mas ao mesmo tempo esvaziar as suas funções, negando a possibilidade de outros tribunais julgarem questões que recaem sobre relações jurídico-administrativas e negando o acesso ao Estado português, que, assim como o Brasil, é um dos maiores litigantes do país.

¹⁰⁹ Confirma-se o acórdão proferido pelo Superior Tribunal Administrativo, em 14/05/1988, nos autos do processo nº 42938. Para maiores detalhes, MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

¹¹⁰ Lei nº 63/2011 – Lei da Arbitragem Voluntária, art. 1º, 5: “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado”.

2002, quando a arbitragem passou a estar expressamente prevista no CPTA, Lei n. 12/2002 de 22 de fevereiro.

Com o sucesso da arbitragem tributária instituída em 2011, o legislador sentiu confiança de ampliar as matérias jurídico-administrativas aptas a serem julgados por tribunais arbitrais. A dita reforma foi operada pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, que alterou o CPTA, trazendo um leque maior de matérias arbitráveis, cujos núcleos centrais se encontram previstos nos arts. 180.º a 187.º, com especial atenção para art. 180.º, n.º 1 do CPTA, a saber:

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

Mais recentemente, o CCP, Decreto-Lei n.º 18/2008¹¹¹, que disciplina a contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, sofreu uma profunda alteração em 2017 ao transpor as Diretivas Europeias de Contratação Pública¹¹² com vistas à flexibilização e aperfeiçoamento das regras da contratação pública. Em sua nova redação, trouxe mais formas de cooperação entre entes públicos e privados, com destaque para o artigo 476.º, sob o capítulo intitulado ‘Resolução Alternativa de Litígios’, o qual prevê o recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios para os conflitos emergentes de contratos públicos, com preferência à arbitragem institucionalizada: o CAAD¹¹³.

¹¹¹Antes do Decreto-Lei n.º 18/2008, que aprovou o CPP, os contratos de empreitada de obras públicas eram regidos pelo Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas - RJEOP, cuja quarta e última redação foi a dada pelo Decreto-Lei n. 59/99, de 2 de março, mas a previsão de arbitragem nos contratos de empreitada de obras públicas data inicialmente de 1969, com o RJEOP-I, que há mais de 40 anos fazia referência à arbitragem para a composição dos conflitos ali nascidos. O CPP revogou integralmente o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas e reuniu em seu bojo toda a legislação atinente à contratação pública, em nome da consolidação normativa. Do ponto de vista normativo-positivo, a decisão foi aplaudida, contudo ao transpor as disposições relativas aos contratos de empreitada o fez sem considerar as peculiaridades que versavam sobre o contencioso do contrato de empreitada e diversos meios de resolução de conflitos, dentre eles a arbitragem.

¹¹²Decreto-Lei n.º 111-B/2017 procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.os 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

¹¹³ A regra é a arbitragem institucionalizada. A submissão de litígios à arbitragem não institucionalizada está sujeita a diversos limites contantes no n. 3 do Artigo 476.º

Em que pese a festividade em torno da recente reforma do CCP, pairam severas críticas sobre o item 5 do Artigo 476.º, que passou a autorizar o recurso da decisão arbitral para o tribunal administrativo nos litígios de valor superior a 500 mil euros. A previsão de recurso é uma exceção à regra da irrecorribilidade da decisão arbitral prevista na Lei de Arbitragem Voluntária¹¹⁴. A previsão de recurso não só esvazia um dos grandes trunfos da arbitragem, que é a rápida estabilização das decisões arbitrais, submetendo-a a um controle de mérito por parte dos tribunais estatais, como também se mostra descompassada com a forma como o instituto arbitral vem se desenvolvendo ao redor do mundo¹¹⁵.

À semelhança da arbitragem em direito privado, o CPTA¹¹⁶ permite a constituição de tribunal *ad hoc* ou institucional. A grande novidade reside na autorização de centros de arbitragem institucionalizada permanente vinculados às matérias de Direito Público. A partir desse normativo surge o CAAD¹¹⁷ com a função de dirimir litígios no âmbito dos contratos, da responsabilidade civil da Administração, das relações jurídicas de emprego público e dos sistemas públicos de proteção social e urbanismo. “...nos termos definidos pelo seu Regulamento e que por lei especial não estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária¹¹⁸”.

O modelo adotado pelo CAAD é a arbitragem institucionalizada:

“...em que o Estado é parceiro da instituição privada que assegura a arbitragem, fazendo-se aqui uma clara distinção entre, por um lado, o tribunal arbitral, seu objeto, seu regulamento, seus árbitros e a forma de processo na arbitragem administrativa e fiscal previamente estabelecida, e por outro, a instituição a quem compete gerir e assegurar o funcionamento regular do tribunal arbitral, e cujos vários órgãos – o presidente da administração, o conselho de representantes, a assembleia geral, o conselho fiscal e o conselho deontológico – asseguram uma necessária separação e controlo mútuo de funções e poderes”¹¹⁹

¹¹⁴ Artigos 46.1 e 39.4 da LAV.

¹¹⁵ SERRÃO, Tiago. “A arbitragem no CCP revisto.” In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 961-992.

¹¹⁶ Nos artigos 180º e seguintes encontra-se estabelecida a abertura para a ocorrência deste regime bem como os princípios pelos quais se deverá reger.

¹¹⁷ Com a edição do Decreto-Lei n.º 10/2011, que definiu o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, o CAAD foi a entidade escolhida para processar e julgar os procedimentos arbitrais relativos aos litígios fiscais. Esta consagração legal ocorre em sede de Portaria, a tomar o n.º 112-A/2011.

¹¹⁸ Trecho do Despacho n.º 5097/2009 do Secretário de Estado da Justiça, que autoriza a criação de um centro de arbitragem administrativa a funcionar sob a égide de uma associação denominada de Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD.

¹¹⁹ VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações da Justiça (...), p. 370.

Sob a ótica jurídico-institucional, o CAAD é, de acordo com o seus estatutos¹²⁰, uma associação sem fins lucrativos que opera sob o égide do Conselho Superior do Tribunal Administrativo e Fiscal (CSTAF¹²¹) e seus parceiros fundadores¹²² são públicos, privados e organizações do terceiro setor, entre o mundo dos negócios e o político, encontros associativos, escolas e universidades e a comunidade financeira e empresarial.

8. Arbitragem administrativa no Brasil

A presença do instituto da arbitragem nos contratos públicos brasileiros remonta às primeiras concessões públicas ainda no período imperial¹²³, mas só veio a ganhar notoriedade com a edição de legislações que fomentavam as parcerias entre Estado e privados, como resultado do processo de desestatização que ganhou força nas décadas de 1980 e 1990.

Com vistas ao alcance do crescimento econômico, o Estado brasileiro, sob forte influência dos ideais neoliberais, somado à instabilidade financeira e material para executar grandes e dispendiosos projetos para o provimento de serviços públicos, dá início à maciça e progressiva “era da contratualização”, com aumento da transferência da responsabilidade pela execução de obras aos parceiros privados, fomentando relação cada vez mais cooperativa. Essa desestatização envolveu o setor das telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), o transporte aquaviário, a

¹²⁰ O modelo institucional do CAAD pode ser extraído dos Estatutos disponíveis em <https://www.caad.org.pt/caad/estatutos>.

¹²¹ O Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) é o órgão de gestão e disciplina dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal. As competências do Conselho encontram-se previstas no nº 2 do art. 74 do ETAF. Informações disponíveis em: <http://www.cstaf.pt/Paginas/Organiza%C3%A7%C3%A3o-e-Funcionamento.aspx>

¹²² De acordo com o artigo 4.º dos Estatutos, a associação tem como associados fundadores a Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais e a Confederação de Comércio e Serviços de Portugal. Poderão ainda associar-se outras pessoas colectivas de direito público ou privado. Actualmente são associados do CAAD: Associação dos Oficiais de Justiça; Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Funcionários Técnicos Administrativos Auxiliares e Operários da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado; Associação Sindical dos Seguranças e da Polícia Judiciária; Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais; Confederação do Comércio e Serviços de Portugal; Sindicato dos Funcionários Judiciais; Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Norte; Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado do Sul e Ilhas; Sindicato Nacional do Ensino Superior. “Os seus associados são entidades representativas de potenciais partes em litígio passíveis de serem objeto do tribunal arbitral ou de mediação” Nuno Villa-Lobos, https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/nuno_apresentacao_nv1_vf_-_17-09-2017_0.pdf

¹²³ O Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880, na cláusula XXXV, previu a solução de divergências por árbitros nos contratos de concessões de estradas de ferro, lembrando que a arbitragem estava prevista na Constituição Imperial de 1824. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro in LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro. In Villa-Lobos, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*. FGV Projetos e CAAD, p. 82.

comercialização de energia elétrica (Lei n. 9.472/1997), nas concessões para exploração e produção de petróleo e gás, concessão e permissão (Lei n. 8.987/1995) e de parceria-público privada, e todas elas franquearam ao ente público a utilização da arbitragem em contratos administrativos.

Apesar de consagrado em legislação esparsas, o reconhecimento da arbitragem como instituto passível de utilização pelo Poder Público percorreu um caminho nebuloso, com inúmeras vozes arguindo a sua inconstitucionalidade. Em linhas gerais, os defensores dessa tese advogavam que a LAB era silente sobre essa possibilidade, e, na ausência de lei expressa autorizativa, o Poder Público não poderia se submeter à arbitragem¹²⁴, entendimento que só veio a ser enfrentado e superado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2001¹²⁵, por maioria dos votos, ao declarar a lei constitucional, reconhecendo não haver ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

O vácuo normativo foi finalmente superado em 2015, quando passou a vigorar a Lei 13.129, que alterou, em diversos aspectos, a LAB. Essas alterações contribuíram para um maior estímulo e promoção da arbitragem, além de dirimir de uma vez por todas a, até então nebulosa, questão relativa à licitude de procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, ao prever que *“a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*¹²⁶.

Confirmando a receptividade subjetiva da arbitragem administrativa, no ano seguinte, a Lei nº 13.448/2017 veio reforçar o seu uso em contratos de concessão da área de infraestrutura portuária. Dois anos mais tarde, em 2019, foi editado o Decreto nº 10.025, editado para regulamentar a arbitragem nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes de forma geral, englobando as áreas de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e ferroviária.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também conhecida como a Nova Lei de Licitações¹²⁷ e Contratos, uma recentíssima produção legislativa, revogou a anterior com o

¹²⁴Segundo Selma Lemes, o legislador brasileiro tem optado *“desde as Ordenações Filipinas (...) adotar a técnica legislativa de vincular a capacidade para solucionar controvérsias por arbitragem referindo-se às pessoas capazes de contratar e não se estipulava nenhuma forma de restrição.”* LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 116.

¹²⁵ Decisão no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206, dezembro 2001.

¹²⁶ Art. 1.º, § 1.º da n. 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015.

¹²⁷ Grosso modo, equivale aos procedimentos pré-contratuais em Portugal.

propósito de promover alterações substanciais no processo de aquisição de compras governamentais. Dentre as inúmeras inovações na sua redação, destaca-se a possibilidade do uso de arbitragem nos contratos administrativos decorrentes de licitações.

O artigo 150¹²⁸ da nova lei introduz a composição amigável nas aquisições governamentais e saneia, de uma vez por todas, eventuais dúvidas à utilização da arbitragem na contratação pública.

A aprovação da nova lei reforça o uso da arbitragem pelo Poder Público. Ainda é cedo para analisar o reflexo da lei no fomento dos procedimentos arbitrais relacionados aos contratos públicos, mas fala-se muito na necessidade de regulamentação do uso da arbitragem por meio de decreto, com definição de regras mais claras para a utilização do instituto. Essa regulamentação, certamente, exigirá um tempo razoável para a sua edição e representará mais um atraso no avançar do uso da arbitragem como modalidade de resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

Além disso, ainda que o atual tratamento legislativo no direito brasileiro seja o da possibilidade de a administração pública se valer da arbitragem para dirimir os seus conflitos em um panorama geral da contratação pública, na prática, o tema ainda encontra renitências, com pouca incorporação do instituto, e apenas nos contratos de concessão de serviços públicos, sem que fenômeno semelhante tenha sido observado nas demais modalidades de contratação pública. E nos contratos de concessão, a presença tímida das cláusulas arbitrais é muito mais motivada pela exigência do capital privado, do que por uma convicção dos benefícios que o Poder Público pode obter com a estipulação de convenção arbitral.

9. Algumas questões pontuais: Como superar os obstáculos à utilização em larga escala da arbitragem na contratação pública brasileira

Realizando uma retrospectiva, o trabalho apresentou, até o presente momento, o contexto extremamente favorável à abertura da Administração Pública à arbitragem como método de resolução alternativo de conflitos na contratação pública, com realce das benesses trazidas pela arbitragem para a solução desses problemas, como a expertise e a agilidade das suas decisões,

¹²⁸Art. 150. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

passando pela íntima relação do instituto com a execução da política pública inerente ao contrato público e sendo finalizado com a experiência positiva tanto portuguesa quanto brasileira com a arbitragem administrativa.

Ao analisar o fenômeno entre Portugal e Brasil, é visível que embora os marcos legais pró-arbitragem administrativa tenham se dado em momentos assemelhados, o compasso do avanço da arbitragem nos dois países se deu de forma absolutamente distinta.

Portugal se consolidou como com um dos países que melhor coordena a arbitragem administrativa, e é um exemplo não só europeu, mas mundial.

São bem conhecidas as sucessivas dificuldades enfrentadas por Portugal na transposição da arbitragem para o direito público, e em especial para o Direito Administrativo, o que não impediu a constante evolução da arbitrabilidade das demandas que envolvem a Administração Pública lusitana. Hoje, a arbitragem de direito público se tornou uma referência a nível global e está servindo de modelo para diversas jurisdições¹²⁹ na produção acadêmica e legislativa sobre o tema.

No Brasil, percebe-se uma evolução na aceitação e efetiva adoção da arbitragem ao longo dos últimos 5 anos nos contratos de concessão, apesar de lenta, mas nenhuma nas demais modalidades de contratação pública, isto é, nos procedimentos de aquisição governamentais regidas pela lei geral de licitações e contratos, que é a regra geral da contratação pública brasileira.

Há atualmente apenas 7¹³⁰ procedimentos arbitrais em curso em que a União, autarquias e fundações públicas federais¹³¹ sejam parte, um contrassenso, já que a Governo Federal é hoje um dos maiores contratantes brasileiros e um dos maiores litigantes no Poder Judiciário. A conta não fecha e a conclusão que se avizinha é uma só: um dispositivo legal permissivo não foi suficiente para que a arbitragem fosse utilizada em larga escala na prática pela administração pública brasileira¹³².

¹²⁹ A título de exemplo, “Portugal é hoje um dos poucos países do mundo a permitir que disputas laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais” FERNANDES, Luísa. “Avanços e desafios da arbitragem na administração pública.” In Villa-Lobos, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público. FGV Projetos e CAAD*, p.68

¹³⁰ <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/200928-planilha-de-arbitragens-uniao.pdf>

¹³¹ Atualmente, há 164 autarquias e fundações públicas federais.

¹³² “O fato concreto, de toda sorte, é que a alteração verificada no cenário normativo, ao longo dos últimos anos, até o presente momento não repercutiu em um aumento significativo no número de arbitragens envolvendo os entes

No Brasil, é crescente o entusiasmo da relação entre arbitragem e poder público. É inegável que o país começa a percorrer um caminho igualmente progressivo da arbitragem administrativa, mas a uma velocidade diversa da experiência lusófona, de forma que vislumbro como pertinente uma análise mais acurada dos motivos pelos quais o fenômeno brasileiro não alcançou em extensão e profundidade a experiência lusitana.

Por que a Administração Pública Federal brasileira ainda teme a arbitragem, e a de Portugal não? Se a arbitragem contribui, inequivocamente, para a promoção do interesse público tutelado na contratação pública e para o aprimoramento das relações com particulares, por que não explorar todas as suas potencialidades? Elaborar hipóteses para esse questionamento é essencial para que seja viabilizada a arbitragem na prática da contratação pública brasileira.

Não há a pretensão de responder a essas perguntas de forma absoluta ou de fornecer respostas acabadas, mas nos próximos capítulos procurarei traçar algumas particularidades que permitam explicar, ainda que de forma incipiente, as resistências que a arbitragem ainda encontra na administração pública federal brasileira.

É possível encontrar, ao menos, **três obstáculos** à arbitragem nos contratos administrativos a) a ossificação da Administração Pública por gestores rígidos; b) a formação combativa dos advogados públicos; c) a ausência de um tribunal arbitral institucionalizado, como o CAAD em Portugal.

Por trás da tentativa de explicar a desconfiança pela arbitragem na contratação pública, haverá a oferta de algumas soluções, porque parto da suposição de que, ao se compreender o fenômeno arbitral e o poder público atual no Brasil, será possível, em tese, aperfeiçoar a sua utilização e potencializar a sua instrumentalização na execução das políticas públicas subjacentes à contratação pública.

estatais (...) em que pese o número ínfimo de arbitragens que tem o setor público como parte, as cifras em litígio são sempre substanciais. Só a CAM-CCBC já teve a oportunidade de gerenciar procedimentos arbitrais cujo somatório dos valores envolvidos alcança o montante de R\$ 5.317.329.377,08 (cinco bilhões, trezentos e dezessete milhões, trezentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e sete reais e oito centavos).” SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: Uma Proposta de Regulamentação. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2016, p. 27 e 31.

9.1 A ossificação da Administração Pública e o receio de pensar “fora da caixa” x consensualidade e consequencialismo

Ao tratar-se do Estado, comumente se utiliza de conceitos e vocábulos que os retrata como uma estrutura despersonalizada, tal como deve ser, afinal estar-se a tratar organização política de ordem impessoal. Todavia, como toda instituição, ele é composto de pessoas, e são elas, que ao fim e ao cabo, ditam a absorção ou não de novas práticas. No domínio público, são os agentes públicos as personalidades que estão nas trincheiras da atuação administrativa, e é sobre a atuação deles que devemos lançar o olhar inicialmente¹³³.

Nos termos do §1º do Art. 1º da LAB, “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” De fato, a declaração de vontade de um agente competente é condição *sine qua non* para a celebração de qualquer negócio da Administração Pública, e com a convenção arbitral não haveria de diferir.

Ocorre que o Brasil adota um modelo jurídico administrativo inspirado em institutos decorrentes de um regime jurídico francês, que tem arrimo em regras rígidas, com pouca flexibilidade, salpicado com cláusulas exorbitantes, o que dá azo a comportamentos autoritários que geram um distanciamento e propiciam o engessamento do Estado.

É certo que a opção pela arbitragem depende de critérios objetivos, mas é inegável que a manifestação de vontade do agente pela arbitragem está necessariamente ligada ao modelo de Estado gerencial. Na seara administrativa, consensualidade é uma prática em construção. E corresponde ao abandono das antigas práticas herdadas da França. Ainda é palpável a resistência à mudança na condução das relações tidas com a iniciativa privada.

Nesse contexto de transição paradigmática do Direito Administrativo, pende sob a cabeça do agente competente a espada de Dâmocles¹³⁴, como ocorre nas escolhas públicas de uma forma

¹³³“Estou convencido de que o sucesso de instituições e organizações não depende tanto de estruturas de governança altamente sofisticadas e regras complexas e detalhadas, mas sim de personalidades, sobretudo da mistura de certas personalidades que estão à frente do desenvolvimento e implementação de projetos institucionais e organizacionais.” SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2020, p. 37/38.

¹³⁴ Bruno Megna explica que “Dâmocles invejava a riqueza e o poder do rei Dionísio, de quem era conselheiro e de quem recebe a chance de ocupar o lugar por uma noite, na qual, sob ordem do rei, foi-lhe colocada sob a cabeça uma espada pendurada por um fio, para que entendesse que, ao ocupar aquele cargo, estaria sob permanente sensação de risco. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública* (...), p. 172, nota de rodapé 33.

geral, isto porque ao optar pela arbitragem o agente abandona a visão mais hierarquizada e autoritária de conduta para aderir a um modelo mais consensual e horizontalizado.

A sensação de risco da opção pela arbitragem se potencializa diante do progressivo agigantamento do controle da atuação administrativa, ativado para responder sobre a juridicidade dos atos estatais via Poder Judiciário, mas igualmente via órgãos de controle e via própria administração, por meio de processos administrativos disciplinares.

Alexandre Aragão, em workshop durante o Congresso Internacional de Arbitragem idealizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem em 2019, fez o seguinte relato: *“um agente público, certa vez, me disse que colocou no descanso de tela do seu computador a seguinte frase: “dorme em paz quem indefere”. Então, os administradores públicos têm esse medo de buscarem soluções inovadoras, “fora da caixa”*”.¹³⁵

O agigantamento do controle da atuação administrativa leva a uma maior ossificação da Administração. *“O receio de ver sua decisão ser questionada e, ocasionalmente, acabar sendo responsabilizado pessoalmente mesmo sem violar diretamente o texto legal, leva o gestor público honesto a se abster de decidir”*¹³⁶ e de tomar decisões inovadoras, a exemplo da nova cultura de solução alternativa de conflitos no bojo da Administração Pública, afinal, se nada faz, nada tem a temer.

É inegável que exista uma cultura de responsabilização dos gestores públicos no Brasil e o efeito disso é que ele, por mais honesto que seja, tem receio de implementar mudanças na atuação pública.

É um ciclo de retroalimentação: a rigidez hierárquica do Estado de matriz francesa produz um agente público distante da tomada de decisões e um tanto quanto indiferente ao processo administrativo decisório, que culmina em um distanciamento entre contratante e contratado, administrador e administrado, o que acentua conflitos e desagua no chamamento de uma instituição – no mais das vezes externa - para decidir o conflito, momento em que, não raras vezes, avalia-se a postura do gestor público, fomentando a cultura da responsabilização, o que gera

¹³⁵ARAGÃO, Alexandre. “Setores Regulados e métodos de resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública” in VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem: Administração Pública e Arbitragem*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, pág. 308.

¹³⁶CALDAS, Evandro Pereira. *Controle da administração pública pela via arbitral*. Dissertação de mestrado, FGV Direito Rio, 2020, p.23.

menos incentivo aos envolvidos com a engrenagem da máquina pública a “pensar fora da caixa”.¹³⁷

Os agentes públicos, envoltos nessa névoa de intransigência, preferem indeferir pleitos a correr o risco de serem responsabilizados pelo mero exercício de suas funções. Prefere-se a judicialização da controvérsia em razão da zona de conforto que isso gera, porque terceiriza-se a questão para o juiz - em relação ao qual existem hipóteses infinitamente mais restritas de responsabilização - cabendo ao gestor apenas o papel de cumpridor da decisão judicial que transita em julgado, concordando ou não com a questão, o que gera uma situação de conforto.¹³⁸

A reticência pela inovação encontra ressonância no receio de que os métodos de solução de conflitos alternativos possam ser utilizados por mal gestores como ferramentas para a corrupção, contudo, devemos ter em mente que essas mesmas pessoas, mesmo diante de uma estrutura de administração menos inovadora e mais rígida, obtêm vantagens econômicas ilícitas em prol dos seus próprios interesses. Portanto, não se deve achar que a mera utilização de ferramentas inovadoras serviria para favorecer interesses próprios ou concebê-las como mecanismos facilitadores atos de corrupção.¹³⁹

A incerteza decorrente da aplicação mais abrangente e mais ousada de uma norma geral e abstrata como a Lei 13.129/2015, que, inequivocamente, autoriza o uso da arbitragem pela Administração Pública, mas não desce aos pormenores, desencoraja os gestores públicos a ampliarem a utilização de mecanismos alternativos de conflito.

Contudo, é preciso ter em mente que:

“a consensualidade não oferece riscos aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público. Ao contrário, visa concretizá-los de

¹³⁷ “Não bastasse tudo isso, há o justo receio, por parte dos gestores públicos, em relação à fiscalização exercida pelos órgãos de controle. Os gestores públicos, no Brasil, estão apavorados. E os advogados públicos também. Tudo fruto de uma matriz de responsabilidade caótica. Efeito disso é que todo o gestor público, por mais honesto que seja, tem uma ação de improbidade para chamar de sua. É natural, em tais circunstâncias, que o administrador tenha receio de implantar mudanças na esfera pública. Se nada fizer, nada tem a temer. Ao passo que, se decidir inovar, assume riscos significativos, na esfera pessoal. Errar é humano, mas não tem perdão para o gestor público, no Brasil, no campo da improbidade administrativa. Tudo isso, evidentemente, dificulta sobremaneira a pretensão de implementar um novo sistema de solução de conflitos no bojo da Administração Pública.”SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Métodos de solução de conflitos aplicados (...), pág. 281.

¹³⁸ De se notar que “a imunização paralisante do Direito Administrativo brasileiro herdeiro do modelo francês, não evita o conflito de interesses entre o administrador público e a Administração Pública e ainda adiciona um problema novo, que é o de potencializar a rigidez dos agentes públicos.” TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RITCHER, Marcelo de Souza. “Os Contratos Administrativos e a Arbitragem (...).

¹³⁹ Idem.

*forma mais adequada e eficiente, em vista das novas características sociais. Não desaparece a necessidade de se observar parâmetros legais e de se perseguir o interesse público sem que seja desvirtuado por interesses egoísticos. Propõe-se, apenas, que se abra o diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo”.*¹⁴⁰

A escolha pública é, comumente, um caminho tortuoso, marcado pela presença de inúmeras variáveis, tudo isso somado ao fato de que o Direito é incompleto, nem tudo podendo prever e regular. Essa visão limitada foi primordial para a deflagração da crise do formalismo jurídico, o que fez com que o Direito sofresse o influxo do pensamento difundido pelo realismo jurídico¹⁴¹¹⁴². A bem da verdade, o agente público, ao se deparar com casos complexos, nem sempre encontra respostas na ordem jurídica. A título de exemplo do ambiente jurídico de incerteza que impregna as decisões dos gestores públicos, Vermeule traz um exemplo bem emblemático:

*“Usinas de Energia Nuclear. A Nuclear Regulatory Commission tem de decidir se licencia as usinas de energia nuclear. Um dos pontos centrais dessa decisão é saber se os combustíveis nucleares gastos que estejam armazenados nessas instalações representam uma ameaça à saúde ou ao meio-ambiente. Os cronogramas relacionados extrapolam a imaginação, já que alguns dos materiais envolvidos têm períodos de meia-vida prolongados por centenas de milhares de anos. Como deve a comissão avaliar os possíveis danos? Tribunais revisores devem exigir que a agência use premissas cautelosas ou conservadoras sobre esses danos?”*¹⁴³

Toda essa profusão de incertezas na tomada de decisões em conflitos complexos e de incompletudes do Direito gerou um ambiente profícuo para a superação do dogma da sua completude e da miragem de que para cada caso há uma regra consolidada no interior do sistema jurídico posto¹⁴⁴. O pragmatismo jurídico aparece ao socorro dessa incompletude e se apresenta como a pedra angular na construção de um direito empírico, que abandona o romantismo e o

¹⁴⁰ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública (...)*, p. 90.

¹⁴¹ O realismo jurídico teve como seu principal autor o professor de Havard Christopher C. Langdell. Sobre a obra de Langdell, confira: FELDMAN, Stephen M. *American legal thought from premodernism to postmodernism: An intellectual voyage*. Oxford University Press, 2000.

¹⁴² “Como assinalado, o realismo jurídico, um dos mais importantes movimentos teóricos do direito no século XX, contribuiu decisivamente para a superação do formalismo jurídico e da crença de que a atividade judicial seria mecânica, acrítica e unívoca. Enfatizando que o direito tem ambiguidades e contradições, o realismo sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial. Em uma multiplicidade de hipóteses, é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos.” BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.” *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010, p. 29/30.

¹⁴³ VERMEULE, Adrian. “Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo.” *Revista de Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro. v. 3, n. 1, 2017, p. 7.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.276.

idealismo¹⁴⁵ e exige do intérprete e aplicador da lei uma maior atenção com as consequências práticas da sua decisão.

Esse novo modo de interpretação e aplicação do Direito tem o objetivo indiscutível de combater a insegurança jurídica e vem encontrando cada vez mais guarida na legislação brasileira, e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), recentemente alterada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, se apresenta, hoje em dia, como o expoente máximo desse viés consequencialista da tomada de decisões¹⁴⁶.

Nessa toada, os artigos 20 e 21 da LINDB¹⁴⁷ surgem ao socorro do gestor inovador, probo e responsável que, com receio da responsabilização judicial, funcional e pessoal, mantém-se impassível diante da lei, apenas cumprindo mecanicamente as normas legais, quedando-se inerte em propor e efetivar soluções novas e ousadas possíveis para conflitos complexos.¹⁴⁸

Tomado por esse espírito, o agente público diligente que queira optar pela arbitragem indicaria as consequências (efeitos) relacionados a cada uma delas e indicaria um critério valorativo dessas consequências, carecendo de aguardar a aprovação normas concretas ou em prescrições normativas cerradas que regulamentem a arbitragem.¹⁴⁹

¹⁴⁵ JORDÃO, Eduardo. “Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.” *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 65/66.

¹⁴⁶ O consequencialismo é uma das três premissas do pragmatismo jurídico, junto com o antifundacionalismo e o contextualismo.

¹⁴⁷ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

¹⁴⁸ “Existem casos concretos em que existem alternativas decisórias contraditórias entre si. São situações em que há normas muito genéricas, não sendo viável reconhecer uma solução como evidente. Em tais hipóteses, surge o risco de variações de entendimento, de modo que cada agente estatal formula decisão distinta a propósito de situações fáticas e sujeitas às mesmas normas jurídicas.” FILHO, Marçal Justen. “Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas.” *Rev. Direito Adm. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 13-41.

¹⁴⁹ “Mostra-se necessário determinar, ante o caso concreto, quais são os interesses a serem protegidos com a realização da arbitragem e em que medida o serão, atentando-se para o fato de que, ante a complexidade dos interesses públicos, pode haver mais de uma finalidade a ser perseguida, todas elas amparadas pelo ordenamento jurídico.” MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos* (...), p. 194.

É, pois, premente a necessidade de ser abandonada a retrógrada e antiga tese de que a relação jurídica contratual entre Estado e contratado deve marcada pela verticalização, com predominância da autoridade estatal em detrimento da sociedade civil, e ser substituída pela moderna ideia de que a arbitragem, marcada pelo informalismo e pela cooperação entre as partes, se insere no conceito de boa governança pública, que traz ao debate o tema da consensualidade na lida com o administrado. E, a partir disso dessa reversão de posição teórica, que haja um incentivo ao empoderamento do servidor público como protagonista da alteração de paradigma quanto ao modo de exercício dos poderes da Administração Pública.

O empoderamento cauteloso dos gestores públicos probos é essencial para que evitemos cair na armadilha anunciada por Peter Drucker de que a “*cultura come a estratégia no café da manhã*”, isto porque de nada adianta que se criem marcos legais, que doutrinariamente se discuta a arbitragem administrativa, se, ao final de tudo, aqueles que respondem pelo Estado se veem encurralados diante da adoção de medidas mais progressistas e modernas.

9.2 A formação combativa dos advogados públicos federais x espírito cooperativo

No âmbito da advocacia pública federal brasileira, a resistência ainda existente à arbitragem é um desafio na implementação de uma cultura arbitral no país¹⁵⁰.

A relação arbitragem e Administração Pública no Brasil vem sendo objeto de profundos e profícuos debates entre os entusiastas dessa relação, que acreditam em inúmeros benefícios que possam emergir dela, e os que ainda não depositam muito entusiasmo na resolução de conflitos entre poder público e a iniciativa privada por meio da arbitragem. Essa polarização de opiniões pode ser encontrada até mesmo entre os representantes jurídicos da Administração Pública Federal no Brasil, membros da AGU, instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, composta por integrantes aprovados em concurso público de provas e títulos¹⁵¹.

¹⁵⁰“É preciso que os advogados e juizes se habituem a não ver a arbitragem como segundo tempo do processo.” BERMUDEZ, Sergio; “Arbitragem: um instituto florescente”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 13, Número 50, julho-setembro. 2016, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.25.PDF. Acesso em 17/06/2021.

¹⁵¹Art. 131 A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

A polarização dentro de uma instituição composta em sua totalidade por advogados é interessante e necessária, porque é do dissenso que se superam obstáculos, nascem as grandes teses e torna-se possível a evolução dos conceitos e das instituições, e somente a partir do convencimento desses atores da utilidade da arbitragem é que será possível prospectar bons frutos da utilização do instituto pelo Poder Público, ou seja, o seu efetivo desenvolvimento somente ocorrerá caso os seus contornos sejam entendidos corretamente pelos advogados do Estado, aqueles que estarão na linha de frente da arbitragem, atuando como defensores da Administração Pública.

O primeiro passo é o de repensar o papel da advocacia como caminho necessário à nova forma de acesso à Justiça, incentivando-os a deixar de lado a alta carga de litigiosidade e animosidade, trazendo novo foco de atuação, com o desempenho de uma advocacia mais zelosa, racional e planejada.¹⁵²

O primeiro passo é o de remodelar o modelo acadêmico em voga no Brasil de formação dos juristas, ainda muito atrelado à cultura normativista técnico-burocrática e à dogmática jurídica. A educação jurídica deve ser multifacetada, multifuncional e interdisciplinar, mais realista e pragmática, preenchida com a responsabilidade cidadã, de modo a suprir as deficiências estruturais que permitam o encorajamento ao uso de alternativas ao sistema judiciário formal. *“Transitar para a arbitragem exige, assim, do advogado, uma alteração de enquadramento mental e de modelo comportamental substantiva”*¹⁵³

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

¹⁵² Sobre essa questão, vale a leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº579.431 (Tema 96 da repercussão geral), no momento em que os Ministros Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então presidente) discutem a posição da Fazenda Pública em relação aos processos em curso na Justiça (p. 17-19).²⁸ Confira-se trecho do voto do Ministro Barroso: “[...] o Poder Público vai ter que mudar o modo como ele litiga, o Poder Público terá que mudar o modo como ele compõe litígios, porque a cultura que existe, também da parte do Poder Público, é a da judicialização de todas as questões. E nós vamos ter que partir, no Brasil, em curto prazo, para mecanismos de desjudicialização da vida. O Judiciário não é capaz da [sic] ter estrutura que possa prestar serviços adequados a tempo e a hora nesse volume. De modo que a Advocacia Pública terá que se recondicionar para a solução administrativa de boa parte do que hoje é judicializado. E eu verifiquei, e faz parte da estrutura de como funciona o Poder Público. Às vezes, Presidente, há um acidente, em que a responsabilidade do Poder Público é inequívoca, e, portanto, a forma adequada de se resolver aquilo é administrativamente, por uma composição amigável, em bases razoáveis, proposta pelo Poder Público. Mas, ainda assim, a cultura vigente é a de se litigar por anos a fio, mesmo quando a responsabilidade seja inequívoca. E, além do litígio, quando poderia ser evitado mediante transação, existe na Advocacia Pública uma cultura de se recorrer de tudo em todas as instâncias. Eu fui advogado público, é mais difícil obter dispensa do recurso do que recorrer – Ministra Cármen confirmará isso. Portanto, a gente recorre.” Inteiro teor do acórdão: Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13127051>. Acesso em: 14 maio 2021.

¹⁵³ VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações (...)”, p. 373.

De mais a mais, muitos dos representantes jurídicos do Estado, supondo que se encontram em uma posição confortável nas esferas do Poder Judiciário, porque contam, em âmbito judicial, com um sistema diferente daquele aplicado ao particular, com uma série de privilégios e prerrogativas¹⁵⁴, preferem o tradicional à inovação, porque o novo não traz parâmetros normativos mínimos de atuação dos advogados públicos.

É compreensível que paire uma desconfiança em torno de um instituto novo cuja proposta é o de nivelar a atuação dos advogados públicos e privados, colocando-os em um mesmo nível de igualmente, ao passo que o *status quo* é mais confortável do que o novo. Não se trata propriamente de medo do novo ou de receio de sair da zona de conforto, mas sim de colocar em risco a própria defesa da fazenda pública¹⁵⁵, porque esta não se comporta da mesma forma que uma empresa.

As prerrogativas processuais da fazenda pública no Brasil têm uma grande razão de ser e levam em conta o agigantamento da máquina estatal, a burocratização que é própria do serviço público e as dificuldades e a demora na obtenção de informações e documentos que vão subsidiar a defesa do poder público em juízo.

A título de exemplo, enquanto advogada da União, quando preciso coletar alguma informação para subsidiar a defesa do ente público que represento em juízo, preciso encaminhar um ofício para o Diretor da área específica do conflito. Esse mesmo Diretor, muito das vezes, precisa ouvir outro servidor diretamente envolvido na contenda, porque somente quem atuou diretamente no caso, pode fornecer elementos mais qualificados para a elaboração da defesa. É um caminho tortuoso a ser trilhado na obtenção de informações e da documentação pertinente à demanda, que usualmente não precisa ser enfrentado pelo advogado privado, munido de todas as informações necessárias de forma mais célere e coesa junto ao seu cliente.

A consolidação e utilização em ampla escala da arbitragem na contratação pública somente será possível com o convencimento das mentes pensantes por trás da AGU, ou seja, das bases

¹⁵⁴ “Como os prazos processuais dilatados, a intimação pessoal e não pela imprensa oficial, o duplo grau de jurisdição obrigatório, recursos específicos para a suspensão de liminares, a ausência de consequências quanto à revelia, a proibição de transação, a restrição à concessão de liminares e medidas de urgência em face da Administração Pública, o processo especial de execução, o não adiantamento de despesas e mesmo a isenção de custas judiciais ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. “Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?” *Revista Brasileira de Arbitragem*. n° 25, jan-mar/2010, p. 78.

¹⁵⁵ “É de natureza que o alternativo ter que provar o seu valor em relação à norma ou à regra. Assim, o acontece também com os meios alternativos de resolução de conflitos, e, em muito particular, com a arbitragem administrativa e tributária...E se há perigos na travessia que esse abandono da familiaridade comporta, corramos agora, responsabilmente, para que não nos vejamos condenados a lamentar depois, o termos ficado aquém de nós mesmos.” VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações (...)”, p. 373-374.

estruturais daqueles que representam juridicamente as instituições públicas, passando de uma postura rígida de fidelidade ao Judiciário, passando por uma postura mais proativa exigida pelos métodos alternativos de solução de disputa¹⁵⁶.

Esse movimento de convencimento dos advogados do Estado nada mais é do que o que Mauro Capelletti denominou de terceira onda de acesso à justiça, na qual adquirem importância as instituições e pessoas, que *“inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”*¹⁵⁷. É, pois, um movimento preocupado com a formatação da representação legal e que encoraja uma ampla variedade de reformas que repensem o caminho único de solução de conflitos que envolvam apenas advogados.

Ela não desmerece as virtudes da advocacia, ao revés, propõe uma nova abordagem de representação judicial que repense o papel da ciência jurídica e da sua aplicação pelo operador do direito, *“não se cingindo a descrever normas, formas e procedimentos, mas também levando em conta os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades (inclusive as psicológicas a superar), os benefícios a obter, dentre outros”*¹⁵⁸, tornando a atividade de aplicação do Direito mais complexa, porém mais realista, enfatizando os resultados.

Por óbvio que os advogados públicos federais precisam trabalhar dentro de uma certa margem de segurança jurídica, o que pode ser garantido a partir da edição de um decreto regulamentador que leve em conta as peculiaridades e especificidades da advocacia pública, garantindo que a Fazenda Pública seja defendida em juízo de forma mais efetiva.

¹⁵⁶ *“A morosidade judiciária encontra causa muitas vezes nas próprias partes que com sua prática exagerada de atos processuais (petições, recursos, agravos, produção de prova, etc), ainda que legal e principalmente constitucional, têm por objetivo tão somente ganhar tempo. Assim, elas “instrumentalizam o Judiciário porque se aproveitam exatamente de sua maior deficiência: a lentidão, a morosidade, o ritualismo, o exacerbado procedimentalismo, que leva a ministra Eliana Calmon a afirmar que não é difícil o acesso à justiça: ‘o difícil é sair da justiça’”* NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 107 apud SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. “A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos” in SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. - 1ª Ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 21.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, *Acesso à Justiça (...)*, p.67-68.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos (...)*, p. 83.

Uma outra forma de superar esse obstáculo e garantir maior segurança à atuação dos advogados públicos é a criação de equipes especializadas, cuja função seja a de atuação específica em procedimentos arbitrais, a exemplo do Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA), criado pela Portaria AGU nº 320/2019, editada pelo Advogado-Geral da União, com a função de ser uma unidade específica para atuação em “*contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada*”, além de centralizar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico em arbitragem. Na prática, isso resulta na centralização da elaboração de petições relativas ao contencioso arbitral que envolva a União, a sua assessoria interna nas questões relacionadas à arbitragem e capitaneando todo o trabalho de promoção e aperfeiçoamento da arbitragem em contratos públicos em que a União seja parte.

A criação do NEA já representa um avanço, porque institucionaliza a arbitragem na Administração Pública e cria uma estrutura logística e humana especial voltada à representação da União nas questões arbitrais.

Me salta aos olhos a função especial e proativa designada aos integrantes do NEA de “*uniformização, a difusão e a promoção de esforços para a sedimentação dos entendimentos das advocacias públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre a adoção e o funcionamento da via arbitral para resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública (art. 2º, inciso II, a, c/c o art. 7º)*”¹⁵⁹, que, trocando em miúdos, representa um dever de convivência interfederativa saudável, por meio da uniformidade de entendimento e de atuação da advocacia pública, mas também potente, saudável e criativa para a promoção da arbitragem, conjugando esforços para a disseminação da arbitragem como método de solução de conflitos na instância pública nos diversos entes federativos do Brasil, *o que pode se dar por meio de propostas legislativas e administrativas, cooperação com instituições públicas e privadas, debates, publicações, etc.*¹⁶⁰

Na linha dessa mudança institucional da AGU, que prioriza as soluções alternativas de conflitos administrativos, nasce a obrigação quase que institucional em tornar fértil o canal de comunicação e interlocução com o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Ministério Público, com o objetivo de integrar essas instituições na construção do novo direito administrativo, por meio

¹⁵⁹Portaria AGU nº 320/2019.

¹⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. “Bons ventos a favor da arbitragem público-privada: notas a propósito da Portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019.” *Revista Brasileira de Arbitragem*, Sep. 2019.

da superação de inúmeros dogmas enrijecedores da atuação administrativa e para a elaboração de respostas cujas perguntas ainda continuam em aberto em relação à arbitragem e o Poder Público.

Essa atitude preventiva dos advogados da União em trazer o Ministério Público e TCU para dentro das discussões é o caminho mais saudável a ser trilhado, pois o diálogo e o esclarecimento, assim como a busca conjunta de soluções, reduzem as diferenças, aparam as arestas e evitam uma série de incompreensões que levem à instauração de medidas por esses órgãos e que possam culminar na responsabilização civil, penal e funcional dos agentes e advogados públicos envolvidos nos procedimentos arbitrais, o que inviabilizaria, completamente, a utilização da arbitragem pelo Poder Público¹⁶¹.

É preciso ter em conta que o TCU ganhou enorme envergadura no cenário da contratação pública brasileira¹⁶² e hoje está sob os holofotes, se apresentando como um órgão não só de controle de contas, mas verdadeiro órgão regulador, e é preciso compreender bem esse fenômeno para entender a importância de integrar o TCU nas discussões que se propõem a estruturar a arbitragem e a Administração Pública.

A revolução silenciosa de todos os atores envolvidos definirá o futuro da arbitragem administrativa no Brasil e é essencial para que as previsões legais de arbitragem não se tornem lei morta.

9.3 A ausência de arbitragem institucionalizada nos moldes de Portugal

No Brasil, a escolha do árbitro no procedimento arbitral que envolva a fazenda pública é feita tal como ocorre nas arbitragens em direito privado: de maneira consensual em face de terceiros vinculados a uma Câmara Arbitral de natureza privada e com o fim lucrativo (arbitragem institucional) ou não vinculados a nenhuma instituição específica (arbitragem *ad hoc*).

Esse tipo de escolha de árbitros fez com que a discussão recaísse nas velhas problemáticas do Direito Administrativo e suscitou inúmeros debates em torno da exigência de licitação prévia.

¹⁶¹ “De partida, devo dizer que compartilho as angústias vividas pelos procuradores e advogados do Estado quando confrontados com um requerimento de arbitragem apresentado por uma parte privada. Diante da existência de uma cláusula compromissória ajustada quando da celebração do contrato, devem, como é o caso, aceitar o pedido de instauração e seguir respondendo-o e proceder a instauração do procedimento. Ocorre, no entanto, que sobre eles pesa a ameaça de serem responsabilizados pessoalmente, sempre e quando pareça aos órgãos de controle externo e ao Parquet que a atividade por eles desenvolvida, no curso do procedimento, mereça reparos ou críticas severas, ou seja, vislumbrados alegados desvios em sua atuação.” PINTO, José Emilio Nunes. “Arbitragem e Administração (...)”

¹⁶² ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. Editora: Almedina matriz.

A arbitragem administrativa é uma novidade, e como todas as novidades, gera dúvida¹⁶³, e quanto menor o espaço para a desconfiança, maior chance o instituto tem para se desenvolver.

A discussão quanto à exigência de licitação na escolha dos árbitros hoje encontra-se superada, no sentido de que tal instituto não tem aplicabilidade no âmbito da escolha dos árbitros, já que seria incompatível com o referido procedimento. As partes devem possuir liberdade na escolha do profissional que decidirá o conflito, e, portanto, o procedimento traria entraves à própria essência da arbitragem. Em que pese a sedimentação da controvérsia, a discussão se arrastou por anos e, por certo, atrasou a adesão do poder público à arbitragem.

Em Portugal, como adiantado em capítulo anterior, o modelo adotado foi o da arbitragem institucionalizada, mas com uma particularidade: a instituição privada que assegura a arbitragem não tem fins lucrativos e o Estado é o seu parceiro. Nessa modalidade, cabe ao Estado não só a autorização para a criação do centro de arbitragem administrativa¹⁶⁴, como também a *“promoção e, possível, apoio financeiro de alguns centros de arbitragem em parceria com as entidades privadas, assegurando, deste modo, que os custos que a mesma comporta para os seus utilizadores tornem este meio uma oferta realmente válida e alternativa à jurisdição comum”*¹⁶⁵.

A presença estatal, *“como um parceiro especial na constituição e suporte do centro de arbitragem”*¹⁶⁶, confere impreterível transparência da arbitragem no âmbito das questões públicas.

Para um leitor menos desatento, a presença do Estado na composição da arbitragem institucionalizada pode suscitar questionamentos sobre a independência e imparcialidade da solução adotada por Portugal, mas é preciso clarificar que o Estado integra o órgão a nível institucional, o que não se confunde com o procedimento da arbitragem, revelada em seu nível funcional, e que ocorre sob a organização do CAAD¹⁶⁷.

“Deve ficar claro que uma coisa é o tribunal arbitral, o seu objeto, o seu regulamento, os seus juízes-árbitros e a forma de processo, e outra coisa é a instituição que gere e assegura o

¹⁶³VILLA-LOBOS, Nuno; “Novas configurações da Justiça (...)”, p. 366.

¹⁶⁴ O CAAD foi criado pelo Despacho nº 5.097/2009 do Secretário do Estado de Justiça.

¹⁶⁵ FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?* Dissertação de mestrado, Universidade do Minho, 2011, p. 178.

¹⁶⁶VILLA-LOBOS, Nuno. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/nuno_apresentacao_nvl - vf - 17-09-2017_0.pdf, acesso em 20/05/2021.

¹⁶⁷ VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações da Justiça (...)”

funcionamento regular do tribunal arbitral.” Ter isso em conta, suplanta quaisquer desconfianças em torno da participação do Estado junto ao CAAD.

O regime da arbitragem administrativa em Portugal detém algumas particularidades que se mostram como determinantes para o sucesso da fórmula adota por Portugal, mas a presença e promoção financeira do Estado nos centros de arbitragem e o controle do trabalho dos árbitros se sobrepõem, posto que garantem maior confiança e maior lisura no procedimento, garantindo o equilíbrio na *“natureza específica e melindrosa dos litígios jus-administrativos, ficando, deste modo, evitada a tentação, que é real, de manipulação do processo arbitral a benefício de uma das partes e que — em muitos casos, põe em causa o princípio da igualdade de armas, inerente ao princípio do processo equitativo silenciando quaisquer vozes que se ousassem se levantar contra a arbitragem administrativa.”*¹⁶⁸

No caso específico do CAAD, a confiabilidade da instituição passa ainda pelo Conselho Deontológico¹⁶⁹, órgão que integra o centro de arbitragem e é responsável por assegurar a imparcialidade, a transparência e a independência do tribunal arbitral, na medida ao qual compete, dentre outras atribuições, analisar a lista de árbitros que compõem o Centro¹⁷⁰¹⁷¹. Cabe ao CSTAF a nomeação do Presidente do Conselho Deontológico, o que vem a reforçar as condições de transparência e neutralidades dos árbitros¹⁷².

¹⁶⁸ FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária* (...), p. 178.

¹⁶⁹ O CAAD é composto pelos seguintes órgãos: A Direção que é composta de um Presidente e dois vogais; um Conselho Fiscal; uma Assembleia-geral; um Conselho de Representantes; um órgão independente: o Conselho Deontológico.

¹⁷⁰ *“A intervenção do Conselho Deontológico, presidido por uma figura de idoneidade insuspeita, no caso presente, o ex-Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, assegura não somente a imparcialidade e a transparência do processo de constituição dos tribunais arbitrais, como também o alto nível de competência técnica e isenção dos árbitros legitimamente se espera.”* VILLA-LOBOS, Nuno. *“Novas configurações da Justiça (...),”* p. 372.

¹⁷¹ *“É claro que nenhuma destas medidas substitui a consciência moral dos árbitros, que a faltar na prática, em nada valerá um conjunto de regras e princípios teóricos. Contudo, a sua existência oferece maiores garantias da sua aplicação na prática quando aquela consciência moral faltar. Além disso, como o diz e, em nosso entendimento bem, MÓNICA BRITO VIEIRA, citando um dos pais da sociologia DURKHEIM, é bom para a sociedade que a — actividade moral de um determinado grupo profissional seja —socializada, isto é, —regulada, pois se deixada inteiramente ao arbítrio dos indivíduos, por muito boas que sejam as suas intenções, tende a tornar-se —caótica e dissipa-se em conflitos.”*

¹⁷² *“Quer isto dizer que a entrega da arbitragem tributária a um órgão institucionalizado, a funcionar em estreita ligação ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, traduz a salutar preocupação de assegurar que uma tal atividade será exercida sob forte controlo público, o do poder judicial, pelo que, afastamos assim receios ou suspeições de uma “privatização” discricionária da justiça, fica, do mesmo modo, garantida a instauração de um*

Não há exagero em afirmar que a consagração da institucionalização da arbitragem administrativa em solo português impulsionou o surgimento de um novo paradigma na justiça administrativa¹⁷³. Rui Moreira é uma das vozes que encabeça a tese que atribui o sucesso recente da arbitragem voluntária em Portugal à arbitragem institucional¹⁷⁴. O arremate em definitivo da arbitragem administrativa no Brasil talvez clame por uma sistemática assemelhada.

*clima generalizado de confiança na idoneidade deste sistema de arbitragem.*¹⁷² SERRA, Manuel Santos. “Conselho Deontológico do CAAD.” *Revista Arbitragem Tributária* n.º 1, CAAD, 2014, p. 6.

¹⁷³ Sem desvalorizar a arbitragem *ad hoc*, a Resolução do Conselho de Ministros n.º175/2001 reforça a confiança nos centros institucionalizados, e assim legalmente reconhecidos, como os mais capazes para dirimir litígios: Resolução do Conselho de Ministros n.º175/2001: 4º parágrafo, ponto nº6: “Fazer novamente saber que, sem prejuízo da escolha da arbitragem *ad hoc*, os centros de arbitragem legalmente reconhecidos e institucionalizados constituem hoje uma oferta merecedora de especial confiança e indiscutível aceitação para atuarem nos diferendos acima referidos.”

¹⁷⁴ MOREIRA, Rui. O Instituto de Arbitragem Comercial, in II Colectânea de Textos publicados na Newsletter GRAL, org. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, 1.ª Edição, 2008, p.63.

CONCLUSÕES

1. O Estado passou por consideráveis mutações ao longo dos últimos dois séculos, com destaque para o século XX. O Estado-Administração abandona a visão centralizada na consecução do interesse público e passar a atuar em rede com entes privados por meio de contratos, permitindo uma maior participação privada na consecução da política pública.
2. Os contratos ganham relevo nessa sistemática de atuação e se consolidam como um instrumento à disposição do Estado no cumprimento das políticas públicas.
3. A atuação em rede altera as relações jurídicas entre Estado e particular e elas se tornam mais dinâmicas e complexas, tornando-se um ambiente favorável ao surgimento do conflito.
4. O Poder Judiciário tem sido o palco usualmente escolhido para o tratamento dos conflitos, mas vem perdendo a primazia de dizer o Direito em razão da eternização dos conflitos na instância judicial e à inabilidade em enfrentar o rico, e por vezes tortuoso, universo das demandas públicas.
5. A crise do Judiciário reacende a busca por modalidades de solução de conflitos que atendam melhor ao Estado na busca pela Justiça.
6. A justiça é aqui entendida sob a ótica aristotélica, combinada com a noção de efetividade e resumida nos seguintes dizeres: dar a cada um o que é seu no tempo devido. Essa concepção a coloca como um fundamento do Estado democrático de Direito, não se limitando a qualquer instância ou instituição pública ou privada.
7. A busca pela Justiça não se limita ao Poder Judiciário. Ela pode ser realizada por diversas pessoas, incluído o Estado-administração.
8. A busca pela Justiça e pela solução alternativa dos conflitos contratuais pela Administração Pública se torna um paradigma de gestão pública qualificada, porque a política pública veiculada no contrato só pode ser concretizada a partir da resolução da controvérsia.
9. A arbitragem, um método privado de solução de conflitos em que um terceiro profere uma decisão vinculante para os envolvidos, surge ao socorre da Administração Pública ao prometer um processo de resolução de controvérsia mais célere, técnica, eficiente e livre de amarras formais.

10. Os benefícios da arbitragem ajudam os governos a superar os entraves na execução do contrato, surgindo como um instrumento poderoso para a satisfação do interesse público e entrega da política pública subjacente ao contrato.
11. A arbitragem potencialmente tem o poder de reduzir os custos de transação e de oportunidade em razão da celeridade com que põe fim ao conflito e da especialização dos árbitros, que garantem decisões técnicas e a composição do conflito.
12. Portugal conta com uma das posições legais, doutrinárias e jurisprudenciais mais favoráveis à arbitragem e Direito Público no mundo, referendado por resultados extremamente satisfatórios, que levam a crer que o país está no caminho certo, e que devem seguir em frente, aperfeiçoando o sistema da arbitragem administrativa.
13. O ambiente normativo no Brasil hoje é favorável à adoção da arbitragem pela Administração Pública, mas a existência de marco legal da arbitragem administrativa não repercutiu no aumento considerável da quantidade de procedimentos arbitrais com a presença do Estado. A mera autorização legislativa foi insuficiente para a expansão da arbitragem nos conflitos públicos.
14. Elaborar hipóteses para justificar o fenômeno da resistência na exploração das potencialidades da arbitragem administrativa no Brasil e pensar nas soluções que alavanquem a utilização da arbitragem nos contratos públicos, a exemplo da criação de um ambiente que incentive agentes públicos e advogados públicos, é medida que se impõe para que a arbitragem se desenvolva no âmbito do Direito Público brasileiro e acompanhe a expansão admirável ocorrida em Portugal.



BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, João Pedro. “Arbitragem e administração pública”. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, 2018,

ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. “Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?” *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 25, jan-mar/2010, p. 78.

ARAGÃO, Alexandre. “Setores Regulados e métodos de resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública” in VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem: Administração Pública e Arbitragem*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, pág. 308.

AZEVEDO, André Gomma. *Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista*. Disponível em <https://www.trt13.jus.br/institucional/cejusc/bibliografia/artigo-andre-fatores-de-efetividade.pdf/view>. Acesso em 20/05/2021, p.5.

BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.” *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010, p. 29/30.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 450 e 451.

BASTOS, Filipe Brito. “A Arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses” in GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 80.

BERMUDES, Sergio; “Arbitragem: um instituto florescente”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 13, Número 50, julho-setembro. 2016, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.25.PDF. Acesso em 17/06/2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Denise Agostinetti. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.276.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Democracia, estado social e reforma gerencial.” *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo: FGV, 2010, v. 50, n. 1, p. 116

BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito” in BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

BREUS, T. LIMA, “A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea”, *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: ano 5, n. 8, set./fev. 2016 p. 173-196.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “Políticas públicas e direito administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, pág. 90-91.

CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 961-

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 10ª Reimpressão, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 671.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça.” *Revista de Processo*, n. 73, ano 19, Janeiro-Março de 1994, p. 83 a 97.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Elle Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, 5ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36/37.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.102.

CORREIA, J.M Sérvulo. “A Arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo.” In ANTUNES, Maria João. *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Mauricio*. Coimbra: Ed. Coimbra, dezembro de 2014, p. 683-719.

COUTINHO, Diogo R. “O direito nas políticas públicas” in MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, 2010, p.5.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. “Os grandes traços do direito administrativo no século XXI.” *R. de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, pág. 51.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto” in *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211

DALLARI, Dalmo de Abreu. “A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea.” In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

DAVI, Kaline Ferreira. “Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã”. *Publicações da Escola da AGU*, p. 90

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. 2ª Ed. Tradutor: Adolfo Posada e Ramon Jaen. Madrid: Francisco Beltrana, 1926, p. 83 apud MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública (...)*, p.79.

ESTORNINHO, Maria João. “A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum” in ESTORNINHO, Maria João (Coord). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 9/10.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 36.

FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson, MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019.

FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo. “Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária?” in FONSECA, Isabel Celeste M. *Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*. 2ª edição. Ed. Almedina, 2018, p.86.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. *Arbitragem em Matéria Tributária: à semelhança do modelo Administrativo?* Dissertação de mestrado, Universidade do Minho, 2011. P. 178.

FILHO, Marçal Justen. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

FILHO, Marçal Justen. “Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas.” *Rev. Direito Adm. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 13-41.

FIUZA, Eduardo P.S. *Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/12_capt08_Fiuza_11.pdf, p. 241.

YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos*. Dissertação de mestrado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo, 2018.

FONSECA, Isabel Celeste M. *A arbitragem na contratação pública em Portugal: uma realidade com futuro? A Arbitragem Administrativa e Tributária Problemas e Desafios*. 2ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, abril 2018. p. 162

GONÇALVES, Pedro Costa. “Direito administrativo da regulação” in *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 11.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p.168.

GONÇALVES, Pedro Costa, “Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: mar./ago. 2012, ano 1, n. 1, p. 251-284.

GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Reimp. da 1ª edição de jan/2003, Coimbra: Almedina, 2004., p.27.

GOUVEIA, Mariana França . *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 2ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012, p. 43.

JORDÃO, Eduardo. “Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.” *Revista de Direito Administrativo*.” Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 65/66.

JUNIOR, José O. Alcântara Júnior. “Georg Simmel e o conflito social.” *Caderno Pós Ciências Sociais* - São Luís, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005. Disponível em <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rpcsoc/article/viewFile/222/154>, acesso em 06/11/2021.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. “Sentença arbitral comentada.” *Revista brasileira de Arbitragem*. Nº 63 – Jul-Set/2019, p. 121.

LEMES, Selma Ferreira. *Uso da arbitragem na administração pública*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>. Acesso em 08/06/2021.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro. In Villalobos, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*. FGV Projetos e CAAD, p. 82.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>, acesso em 10/02/2021. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 116.

MACHADO, Raphael Amorim; GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha Coelho. “Arranjos, Instrumentos e Ambiente Político-Institucional na Reconfiguração da Ação Estatal em Políticas de Infraestrutura do Brasil” in PEREIRA, Ana Karine; GOMIDE, Alexandre de Ávila. *Governança da Política de Infraestrutura: condicionantes institucionais ao investimento*. Rio de Janeiro: Ipea, 2018, p. 38.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. por SZTAJN, Raquel. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Contratos com o Poder Público”. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº 107.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. “Bons ventos a favor da arbitragem público-privada: notas a propósito da Portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019.” *Revista Brasileira de Arbitragem*, Sep. 2019.

MOREIRA, Rui. “O Instituto de Arbitragem Comercial”, in II Colectânea de Textos publicados na Newsletter GRAL, org. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, 1.ª Edição, 2008, p.63.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium Editora, 2008. p. 107 apud SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. “A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos” in SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. - 1ª Ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 21.

NEVES, Flavia Bittar. “A visão empresarial da arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio?” *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 9, jan.-mar.2008, p. 30-31.

NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 18. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio-jun-jul/2009, p. 12.

OLIVEIRA, Kamila Pagel; PAULA, Ana Paula Paes; Herbert Simon. “Os limites do critério de eficiência na nova Administração Pública”. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 19, n. 64, p. 116.

PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper No. 2/2010, January 13, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536093. Acesso em 11/06/2021.

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, 2018, p. 40.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito*. FGV Direito Rio, 2016, p. 12.

ROCHA, José. *Teoria do Processo Político e Políticas Públicas*. Braga: Universidade do Minho apud CHENRIM, Paulo José Soares. Dissertação de mestrado: As políticas públicas no sector dos transportes ferroviários portugueses desde 1974. Universidade do Minho, 2008, p. 6.

ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. Editora: Almedina matriz.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. *Revista direito FGV*, São Paulo, jan-jun 2008, p.19.

SALAMON, Lester. M. “The new governance and the tools of public action: an introduction.” In SALAMON, L. (org.). *The tools of government: a guide to the new governance*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.21.

HOWLETT, RAMESH; PERL. *A Política Pública: seus ciclos e subsistemas - uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 127.

SARAVIA, Enrique. “Introdução à teoria da política pública” in SARAVIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete. *Políticas públicas Coletânea*. Volume 1, Brasília: ENAP, 2006, p. 29

SERRA, Manuel Santos. “Conselho Deontológico do CAAD.” *Revista Arbitragem Tributária* n.º 1, CAAD, 2014, p. 6.

SERRÃO, Tiago. “A arbitragem no CCP revisto.” In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 961-992.

SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2020, p.72.

SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos: modelo para uma autoridade reguladora*. Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias, métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4394573/mod_resource/content/1/01-Paulo%20Eduardo%20Alves%20da%20Silva-2%C2%AA%20Ed.pdf.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: Uma Proposta de Regulamentação*. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2016, p. 27 e 31.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos” in VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore; DINIZ, Lucas de Medeiros. *Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem: Administração Pública e Arbitragem*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, p.278.

SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. “A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos” in SPLENGER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. - 1ª Ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 18.

SOMBRA, Thiago Luís. “Mitos, Crenças e a Mudança de Paradigma da Arbitragem com a Administração Pública.” *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 54 , Abr-Jun/2017, p. 59.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares; RITCHER, Marcelo de Souza. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186. Acesso em 20/04/2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova faculdade de direito no Brasil*. Cadernos FGV Direito Rio 1, Texto Para Discussão Número:1-29, p. 18 apud COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas (...)*, p. 4.

VERMEULE, Adrian. “Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo.” *Revista de Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro. v. 3, n. 1, 2017, p. 7.

VILLA-LOBOS, Nuno. “Novas configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal” in FONSECA, Isabel Celeste M. *Arbitragem administrativa e tributária, problemas e desafios*. 2ª edição. Ed. Almedina, 2018, p 365

VIDEIRA, Susana Antas. “Notas sobre a arbitragem no direito público: uma experiência tentada ou um instituto consagrado?” In Villa-Lobos, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*. FGV Projetos e CAAD, p. 163.

VALLE, Vivian Lima López. “Administrative arbitration and consensuality: punctual analysis of the new paradigm of administrative action.” *Administrative Law Review*. Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, Sep./Dec. 2018.

WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação” in YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WALD, Arnoldo. “As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 33, abr./jun. 2012, p. 239-244.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 12 apud CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2013, p. 3

SUMÁRIO

Declaração anti-plágio	II
Agradecimentos	III
Declaração de número de caracteres	IV
Esclarecimentos e modo de citar	V
Tabela de abreviaturas	VII
Resumo	VIII
Abstract	IX
i. Objeto: delimitação, hipótese, justificativa e contextualização	10
ii. Introdução	13
1. A era da contratualização estatal	15
2. Os conflitos na contratação pública	21
3. Meios alternativos de resolução de conflitos e administração pública: um novo paradigma de Justiça	27
4. Arbitragem e administração pública	32
4.1 Arbitragem: conceito e natureza jurídica	32
4.2 Os benefícios da arbitragem na Administração Pública	35
5. A arbitragem como instrumento de cumprimento da missão estatal	38
6. Fundamentos econômicos para a escolha da arbitragem pela Administração Pública	42
7. A arbitragem administrativa em Portugal	49
8. A arbitragem administrativa no Brasil	53
9. Algumas questões pontuais: Como superar os obstáculos à utilização em larga escala da arbitragem na contratação pública brasileira	55
9.1 A ossificação da Administração Pública e do receio de pensar “fora da caixa” x consensualidade e consequencialismo	58

9.2 A formação combativa dos advogados públicos federais x espírito cooperativo	63
9.3 A ausência de arbitragem institucionalizada nos moldes de Portugal	68
Conclusões	72
Bibliografia	LXXIV