



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

**A ARBITRAGEM E AS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS: um estudo
comparado entre Brasil e Portugal**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

**A ARBITRAGEM E AS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS: um estudo
comparado entre Brasil e Portugal**

Tese de Doutoramento
Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação da
Doutora Isabel Celeste Monteiro Fonseca

julho de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, por representarem uma base e um incentivo para esta investigação.

Às professoras Doutoradas Cláudia Sofia Melo Figueiras e Isabel Celeste Monteiro da Fonseca, respectivamente, minha orientadora inicial e minha orientadora final, pelos conselhos e orientações.

A todos funcionários, funcionárias, professoras e professores que compõe a Universidade do Minho, em virtude de todo o apoio pedagógico fornecido.

À Escola Nacional da Defensoria Pública da União, pelo financiamento dos estudos.

Aos colegas de doutoramento, em especial a colega Maria João, elo com a nossa universidade e o colega veterano Marcílio Barenco, por dividir sua experiência.

Aos meus alunos do Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Pernambuco-IFPE, pelo estímulo diário, em especial o Ithallo Rago, também meu afilhado, que me ajudou na busca por obras atualizadas.

Ao Centro de Arbitragem Administrativa de Portugal-CAAD, na pessoa do seu presidente Doutor Nuno Villa-Lobos, pelo acolhimento e pelo material fornecido após intermediação do professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, a quem também agradeço.

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Maria Sílvia (*in memoriam*).

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A ARBITRAGEM E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: um estudo comparado entre Brasil e Portugal

RESUMO

Trata-se de tese de doutoramento que, por meio de uma metodologia exploratória e explicativa, tem como objetivo geral abordar as formas de garantir o sucesso da arbitragem nos litígios surgidos nas Parcerias Público-Privadas brasileiras e portuguesas com fito de evitar atrasos desnecessários nos contratos públicos de prestação de serviços públicos e de realização de obras públicas, sendo analisado o porquê de não se dar a importância à arbitragem em comparação com a resolução dos conflitos pelo Poder Judiciário nas causas com a presença da Administração Pública. Assim, como objetivos específicos o trabalho traz a tese da contratação pública no Brasil e em Portugal, especificamente das contratações inerentes aos serviços públicos e suas formas de prestação e às obras públicas e as suas formas realização e principalmente as realizadas por meio das PPPs. O trabalho aborda também a questão da resolução de conflitos e, de forma mais profunda, a arbitragem, possuindo como eixo central a realização da arbitragem nos conflitos surgidos nas PPPs. Especificamente sobre as PPPs, a tese explica que Portugal adotou um conceito amplo e o Brasil um conceito restrito. No mais, a tese traz a justificativa para o uso das PPPs, o seu histórico, as suas vantagens, as suas desvantagens, o seu regime jurídico e a questão da repartição dos riscos. Ainda sobre PPP, foi analisada de forma profunda a questão dos riscos existentes na referida espécie de contratação, que devem ser repartidos nos termos dos contratos públicos. Sobre as resoluções dos litígios, o trabalho menciona os obstáculos ao acesso à justiça, as formas para resolver os mesmos e as espécies de resolução dos litígios, divididas em: autotutela, autocomposição e heterocomposição. O principal meio de resolução das desavenças trazido foi a arbitragem, sendo visto o conceito do instituto, o seu histórico e a sua natureza jurídica de jurisdição, as suas vantagens e as suas desvantagens, bem como as espécies de arbitragem, como a arbitragem recorrível e a arbitragem irrecorrível, onde se viu que em Portugal, diferentemente do Brasil, é possível a previsão de recursos na arbitragem. No terceiro e último capítulo foi demonstrada a juridicidade do procedimento arbitral nas PPPs portuguesas e brasileiras, bem como os problemas e as vantagens na opção pela referida forma de resolução de litígios nos contratos de PPP. A tese traz ainda as cautelas e questões relevantes para a realização da arbitragem nas PPPs, quais sejam: a necessidade da obediência aos princípios da Administração Pública, o que deve ocorrer tanto no momento da escolha pelo procedimento arbitral em uma PPP como no decorrer do procedimento arbitral; a questão da independência dos árbitros, que existe na teoria, mas deve ser garantida na prática; a necessidade da máxima transparência, ou seja, não basta dar publicidade ao procedimento arbitral na PPP, mas sim garantir que ele efetivamente seja acessível à população; a questão da preferência pela previsão no instrumento convocatório da opção pela arbitragem, ainda que não haja o que se falar em nulidade caso essa previsão não exista; foi visto também a importância da definição das matérias que poderão ser objeto do procedimento arbitral em uma PPP; também se abordou a inexistência de licitação ou de procedimento adjudicatório para se escolher o árbitro, o que está claro na legislação portuguesa, mas que é objeto de discussões doutrinárias no Brasil diante da omissão legal; outra questão abordada foi a natureza personalíssima da arbitragem, o que impede a subdelegação da atividade arbitral. Também se abordou qual é o local ideal para a escolha do árbitro, no caso, o edital ou anúncio; também se viu como deve ser resolvido o problema de um litígio resolvido parcialmente pelo árbitro; outro ponto abordado foi a análise do custo-benefício na opção pelo procedimento arbitral, o que não se confunde necessariamente com a adoção do procedimento de preço mais módico; também se abordou a necessidade da escolha de um árbitro de confiança, da realização da arbitragem pela autoridade competente e o cuidado em se evitar um conluio lesivo ao Poder Público entre os envolvidos no procedimento; sendo demonstrado, ainda, que no caso de uma responsabilização civil os lesados que não são partes de uma PPP só se submeterão ao procedimento arbitral caso se manifestem nesse sentido. A conclusão principal do trabalho se deu no sentido de que é possível o sucesso em uma arbitragem realizada em uma PPP desde que sejam tomadas as cautelas mencionadas.

Palavras-Chaves: Arbitragem; Brasil; Contratação Pública; Parceria Público-Privada; Portugal.

ARBITRATION AND PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: a comparative study between Brazil and Portugal

ABSTRACT

This is a PhD thesis that, by means of an exploratory and explanatory methodology, it has in overall aim, to approach the ways to ensure the success of the arbitration in the arising litigations in Brazilian and Portuguese Public-Private Partnerships with aim to prevent unnecessary lateness in the public agreements for the provision of public services and of public works achievement, being assessed the cause of not caring with the importance to the arbitration in comparison with the resolution of conflicts by the Judiciary in causes with the presence of the Public Administration. Thus, as specific goals, the work brings the thesis of public contracting in Brazil and Portugal, specifically of the contracts inherent to public services and their forms of provision and to public works and their forms of execution and especially those carried out within PPPs. The work also addresses the issue of conflicts resolutions and, in a more profound way, arbitration, having as its central axis the performance of arbitration in conflicts arising from PPPs. Specifically about PPPs, the thesis explains that Portugal adopted a broad concept and Brazil a restricted one. Furthermore, the thesis provides the justification for the use of PPPs, its history, its advantages, its disadvantages, its legal regime and the issue of sharing risk. Still regarding PPP, an in-depth analysis was made of the issue of existing risks in this type of contracting, which must be shared under the terms of public contracts. In the litigations' resolutions, the work mentions the obstacles to access to justice, the ways to resolve them and its types, divided into: self-governance, self-composition and hetero-composition. The main means brought to resolve disagreements was arbitration, considering the concept of the institute, its history and its legal structure of jurisdiction, its advantages and disadvantages, as well as the types of arbitration, such as the appealable and the unappealable one, where it was seen that in Portugal, unlike in Brazil, it is possible to provide recourses in arbitration. The third and last chapter demonstrates the juridicity of the arbitration procedure in Portuguese and Brazilian PPPs, as well as the problems and advantages in opting for the aforementioned way of solving litigation in PPP contracts. The thesis also brings the precautions and issues relevant to conducting arbitration in PPPs, namely: the need to comply with the principles of Public Administration, which must occur both when choosing and in the course of the arbitration procedure in a PPP; the issue of the independence of arbitrators, which exists in theory but must be guaranteed in practice; the need for maximum transparency, that is, it is not enough to publicize the arbitration procedure in the PPP, but to ensure that it is effectively accessible to the population; the issue of preference for the provision in summoning instrument for the option for arbitration, even though there is nothing to speak about nullity if such provision does not exist; the importance of defining the matters that may be the object of arbitration proceedings in a PPP was also seen; the inexistence of bidding or adjudication procedure to choose the arbitrator was also addressed, which is clear in Portuguese legislation, but is the object of doctrinal discussions in Brazil due to legal omission; another issue addressed was the very personal feature of arbitration, which holds sub-delegation of arbitration activities. It was also discussed which is ideal to choose the arbitrator, that is, notice or announcement; it was also seen how the trouble of a partially resolved by the arbitrator litigation should be solved; another discussed point was the cost-benefit analysis of the choice of arbitration procedure, which is not necessarily mistakable with the adoption of more modest price procedure; it was also addressed the need to choose a trusted arbitrator, to carry out the arbitration by the competent authority and the care to prevent a harmful collusion to the State with those involved in the procedure; it being demonstrated, further, that in the case of a civil liability, the injured parties who are not parties of a PPP will only submit to arbitration proceedings if they manifest themselves in this regard. The main conclusion of the work was in the sense that success in an arbitration carried out in a PPP is possible as long as the aforementioned precautions are taken.

Keywords: Arbitration; Brazil; Portugal; Public Contracting; Public-Private Partnership.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	1
PROBLEMA.....	3
OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO.....	4
RELEVÂNCIA DO ESTUDO.....	5
HIPÓTESES DE TRABALHO.....	7
METODOLOGIA.....	8
Capítulo I – Da contratação pública para a prestação de serviços públicos e para a realização de obras pública.....	11
1.1 Introito.....	11
1.2 Da contratação pública no Brasil e em Portugal.....	12
1.3 Principais Fontes dos Contratos Públicos.....	12
1.4 Princípios da Contratação Pública.....	13
1.4.1 Dos princípios em espécie: introito.....	16
1.4.2 Princípio da supremacia do interesse Público ou da prossecução do interesse público.....	17
1.4.3 Princípio da publicidade (transparência).....	21
1.4.4 Princípio da concorrência.....	23
1.4.5 Princípio da imparcialidade, princípio da não discriminação e princípio da impessoalidade...	24
1.4.6 Princípio da sustentabilidade.....	26
1.4.7 Princípio da proporcionalidade.....	27
1.4.8 Princípio da adaptabilidade ou da adaptação.....	28
1.4.9 Princípio da continuidade.....	29
1.4.10 Princípio da modicidade das tarifas.....	31
1.4.11 Princípio do controle.....	32
1.4.12 Princípio da economicidade.....	33
1.4.13 Princípio da segurança ou da regularidade.....	34
1.4.14 Princípio da legalidade.....	35
1.4.15 Princípio da eficiência.....	37
1.5 Contrato Público de prestação de Serviço Público.....	38
1.5.1 Formas de Prestação do Serviço Público.....	47
1.5.2 Prestação Direta: Descentralização e Desconcentração.....	48
1.5.3 Formas de Delegação do serviço público.....	56
1.5.3.1 Da Contratos Públicos de Concessão e de Permissão de Serviço Público.....	60

1.5.3.2 Da Autorização do Serviço Público.....	63
1.5.3.3 Da delegação de serviço público para empresas estatais	64
1.5.3.4 Das atividades indelegáveis por meio de um contrato público.....	66
1.6 Dos contratos públicos de Obras Públicas	71
1.6.1 Conceito de obra pública no Brasil e em Portugal.....	73
1.6.2 Bem público versus obra pública	79
1.6.3 Da importância das obras públicas.....	81
1.6.4 Da realização de obra pública	90
1.6.4.1 O contrato público de realização de obra pública e as legislações portuguesas e brasileiras.....	93
1.7 Das Parcerias Público-Privadas-PPP	95
1.7.1 Conceito de Parcerias Público-Privadas	96
1.7.2 Da justificativa para a criação das Parcerias Público-Privadas.....	103
1.7.3 Histórico das Parcerias Público-Privadas.....	109
1.7.4 Características das Parcerias Público-Privadas	117
1.7.5 Espécies de Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal	120
1.7.6 O Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas.....	124
1.7.7 Vantagens das Parcerias Público-Privadas	125
1.7.8 Desvantagens das Parcerias Público-Privadas	129
1.7.9 Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal	133
1.7.10 Repartição dos riscos	138
1.7.10.1 Riscos da demanda.....	143
1.7.11 Experiências de Parcerias Público-Privadas	147
1.8 Considerações Finais do Capítulo.....	158
Capítulo II – Das formas de resolução de conflitos	159
2.1 Introito.....	159
2.2 Importância do tema.....	159
2.3 Das ondas Renovatórias do Acesso à Justiça	169
2.3.1 Da primeira onda Renovatória do Acesso à Justiça	170
2.3.2 Da segunda onda Renovatória do Acesso à Justiça	172
2.3.3 Da terceira onda Renovatória do Acesso à Justiça	174
2.3.4 Da quarta onda Renovatória do Acesso à Justiça.....	180
2.4 Das espécies de resolução judiciais de conflitos: introito.	180
2.5 Da autotutela.....	181
2.6 Da autocomposição	183

2.6.1 Da conciliação	185
2.6.2 Da mediação	194
2.6.3 Da negociação.....	209
2.6.4 Outras formas de autocomposição	214
2.7 Da Heterocomposição.....	214
2.7.1 Do Poder Judiciário e da Arbitragem	216
2.8 Outras formas de resolução de conflitos	220
2.9 Da Arbitragem no Brasil e em Portugal.....	226
2.9.1 Conceito de Arbitragem.....	226
2.9.2 Histórico da Arbitragem.....	229
2.9.3 Natureza Jurídica da Arbitragem	234
2.9.4 Do objeto da arbitragem.....	249
2.9.5 Da presença do Ministério Público na arbitragem	253
2.9.6 Vantagens da arbitragem.....	254
2.9.7 Desvantagens das Arbitragem.....	262
2.9.8 A opção pela arbitragem	265
2.9.9 O árbitro	268
2.10 Espécies de arbitragem	272
2.10.1 Arbitragem voluntária e arbitragem necessária	272
2.10.2 Arbitragem institucional e arbitragem “ad hoc”	278
2.10.3 Arbitragem Nacional e Arbitragem Internacional	280
2.10.4 Arbitragem recorrível e arbitragem irrecorrível	282
2.11 Exemplos de instituições que prestam arbitragem no Brasil em Portugal.....	288
2.12 Procedimento da arbitragem no Brasil e em Portugal	289
2.12.1 Do pedido de nulidade	294
2.12.2 A possibilidade de medidas cautelares e antecipatórias pelo juízo arbitral	302
2.12.3 Da sentença arbitral parcial	306
2.12.4 Da responsabilidade civil do árbitro.	310
2.13 Da arbitragem e os sistemas de jurisdição.....	313
2.14 Considerações Finais do Capítulo.....	319
Capítulo III – Da arbitragem realizada nas Parcerias Público-Privadas	320
3.1 Introito.....	320
3.2 Dos possíveis litígios em uma Parceria Público-Privada.....	320
3.3 Da juridicidade do procedimento de arbitragem com o Poder Público no Brasil e em Portugal ...	321
3.4 Dos problemas da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas	336

3.5 Das vantagens da adoção do procedimento arbitral nas Parcerias Público-Privadas	346
3.6 Casos concretos de arbitragem em Parcerias Público-Privadas.....	348
3.7 Das cautelas e das questões relevantes da adoção do procedimento arbitral nas Parcerias Público-Privadas	350
3.7.1 Da obediência aos princípios que regem à Administração Pública.....	352
3.7.2 A atuação do árbitro no decorrer da execução da Parceria Público-Privada	358
3.7.3 Da independência dos árbitros e o cuidado com os interesses econômicos	358
3.7.4 Da máxima transparência.....	363
3.7.5 Da previsão no instrumento convocatório da arbitragem em licitações e procedimento adjudicatório e da arbitragem pré-contratual	368
3.7.6 Da definição das matérias que podem ser objeto da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas.....	378
3.7.7 Da questão da licitação ou do procedimento adjudicatório	393
3.7.8 Da natureza personalíssima do contrato de arbitragem.....	398
3.7.9 Do momento da escolha do árbitro	401
3.7.10 Do litígio parcial.....	404
3.7.11 Da análise do custo-benefício.....	406
3.7.12 Da escolha de um árbitro confiável.....	414
3.7.13 Da feitura da convenção de arbitragem pela autoridade competente.....	420
3.7.14 Da preocupação com a existência de um conluio	421
3.7.15 Da responsabilidade civil nos danos causados no decorrer das Parcerias Público-Privadas e o uso da arbitragem.....	423
3.8 Considerações Finais do Capítulo.....	431
CONCLUSÕES.....	433
REFERÊNCIAS.....	452

LISTA DE SIGLAS

ABNT-Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGU-Advocacia-Geral da União
APA- American Psychological Association.
BOO - Build-Own-Operate
BOOT-Build-Own-Operate-Transfer
DBM-Design-Build-Maintenance
DBO - Design-Build-Operate DFBO
DFBO-Design –Finance-Build-Operate
CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa.
CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.
CCAF- Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCP-Código de Contratos Públicos.
CDC-Código de Defesa do Consumidor
CPC-Código de Processo Civil
CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos
COVID- Corona Virus Disease
DSD- design de sistemas de disputas
DPU-Defensoria Pública da União
FIFA-Federação Internacional de Futebol
ICSID- Centro Internacional para a Solução de Disputas relativas a Investimentos
IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
JUSGOV- Justiça e Governança
LAI-Lei de Acesso à Informação
LAV - Lei de Arbitragem Voluntária
MARC- Meios Alternativos de Resolução de Conflitos
MESCs- Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos
MOPCI- Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria
NP- Normas Portuguesas
ODR- “Online Disputes Resolution”
OSC- organizações da sociedade civil
PAC-Programa de Aceleração do Crescimento
PARPÚBLICA - Participações Públicas -SGPS, S.A
PF-*Project Financing*.
PFI- *private finance initiative*
PPI- Programa de Parcerias de Investimentos
PPP-Parcerias Público-Privadas
RDC-Regime Diferenciado de Contratação
SCUT - Sem custo para o utilizador
STF-Supremo Tribunal Federal
STJ-Superior Tribunal de Justiça
TC-Tribunal Constitucional
TCP- Tribunal de Contas Português
TJ- Tribunal de Justiça
UEFA- “Union of European Football Associations”

EPÍGRAFE

*O que você deixa para trás não é o que é gravado em
monumentos de pedra, mas o que é tecido nas vidas
dos outros*

Péricles.

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Procuramos escolher um tema que envolvesse acesso à justiça, temática que foi o objeto de estudo no nosso mestrado¹ e Direito Administrativo, assunto o qual lecionamos há mais de 13 anos e no qual atuamos em lides jurídicas há mais 15 anos, porém procuramos aprofundar também os referidos assuntos com fito de ir além dos conhecimentos já adquiridos sobre as referidas temáticas nos últimos anos.

Além disso, buscamos abordar temas atuais e importantes tanto no Brasil, onde residimos, como em Portugal, onde escolhemos realizar nossos estudos investigativos doutorais. Outrossim, procuramos estudar um tema no qual efetivamente existam problemas passíveis de solução.

No mais, escolhemos o programa de pós-graduação “*stricto sensu*” da Escola de Direito da Universidade do Minho, dentre outras razões, devido ao fato da referida instituição de ensino estar se consolidando nos estudos dos temas mais atuais das Ciências Jurídicas, bem como devido a sua abertura para o diálogo com os estudos jurídicos de outras nacionalidades.

Desse modo, dentro de um Doutorado em Ciências-Jurídicas Públicas procuramos aprofundar nossa investigação nos contratos públicos de delegações de serviços públicos e nos contratos públicos de delegação de obras públicas, especificamente no que tange o uso da arbitragem como forma de resolução dos conflitos nas Parcerias Público-Privadas, por acreditar existir bastante espaço para discutir no âmbito acadêmico os referidos assuntos em conjunto, bem como em virtude do aspecto prático dos mesmos.

Desta feita, conforme será visto no Capítulo I desta tese de doutoramento, os autores de Direito Administrativo afirmam que, ao lado de um conceito subjetivo representando pelos órgãos e pelos agentes públicos, dentro do conceito de Administração Pública existe também um aspecto objetivo², que representa a função prestada pela mesma, o que implica, tal como será feito nesta tese doutoral, o uso do termo Administração Pública, em maiúsculo, para designar a pessoa e o termo administração pública, em minúsculo, para designar a atividade prestada pela mesma³.

Desse modo, a Administração Pública não é um fim em si mesma, muito menos existe para servir aos interesses dos próprios governantes, mas sim representa um instrumento para atender as necessidades e garantir os anseios da população, o é que feito, principalmente, por meio da realização de obras públicas e da prestação de serviços públicos dentro das necessidades da população.

¹Nossa dissertação de mestrado teve como tema: Acesso à Justiça: a análise da possibilidade do uso da arbitragem pela Defensoria Pública da União.

²GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.29.

³AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.29

Conforme será visto no decorrer desta tese de doutoramento, tanto o serviço público como as obras públicas são essenciais tanto para a população brasileira como para a população portuguesa por uma série de razões, que vão desde o atendimento das suas necessidades básicas até mesmo ao fortalecimento da ideia de pertencimento em relação ao local onde residem.

Acontece que as atividades acima mencionadas podem ser prestadas diretamente pelo Poder Público ou indiretamente por meio de delegação para a iniciativa privada, existindo, tanto no Brasil como em Portugal, alguns mecanismos jurídicos para se repassar, de forma temporária ou definitiva, a prestação das atividades administrativas para a iniciativa privada.

Atualmente, quando se fala em realização de serviços públicos e/ou de obras pública por pessoas jurídicas de Direito Privado, imediatamente surge à mente o conceito de Parceria Público-Privada, instituto cada vez mais utilizado em diversos Estados, dentre eles Brasil e Portugal e que será objeto de um estudo mais específico ao final do primeiro capítulo da presente investigação.

Outrossim, quando um serviço público ou uma obra pública são realizados diretamente pelo Estado, a possibilidade de litígios acaba existindo, ao menos como regra, apenas na relação entre o Poder Público e os usuários da prestação pública ou, ainda, no que diz respeito aos danos causados aos não usuários no decorrer do serviço prestado ou da obra realizada.

Entretanto, quando existe uma delegação para a iniciativa privada, surge a possibilidade de conflitos entre o Poder Público e a delegatária da obra pública ou do serviço público, inclusive acerca de quem é o responsável pelo ressarcimento dos danos causados aos usuários e aos não usuários atingidos por algum dano decorrente da obra ou do serviço, tornando-se necessário o estudo de mecanismos para resolver os referidos litígios não só por interesse das partes envolvidas, mas sim por interesse de toda a sociedade para que as pessoas vivam em harmonia.

Frise-se que os litígios podem surgir em diversas fases de um contrato público, a começar na fase pré-contratual, principalmente no processo seletivo que antecede a feitura a contratação, bem como pode acontecer do decorrer do seu cumprimento.

O fato é que em qualquer situação o conflito existente pode impedir o início da obra pública ou do serviço público, ou, ainda, atrapalhar a continuidade deles, frustrando, dessa forma, a expectativa da sociedade em usufruir atividades administrativas de qualidade por parte do Poder Público, o que, em prol do interesse de todas e todos, deve ser evitado.

Conforme também será estudado na presente tese, existem diversas formas de resolver os conflitos entre as pessoas, inclusive entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos ou responsáveis pela construção de obras públicas, a começar pelo

próprio Poder Judiciário, responsável por resolver de forma definitiva e obrigatória as desavenças existentes entre os membros da população, podendo o referido poder, tal como é estudado nesta tese de doutoramento, adotar o sistema de jurisdição una, assim como fez o Brasil, ou dual, tal como acontece em Portugal.

Não negamos a importância do Poder Judiciário tanto no Brasil como em Portugal. Entretanto, urge a necessidade da existência também de institutos não estatais de pacificação social, como, por exemplo, a mediação, a conciliação, a negociação e, ainda, a arbitragem, todos eles, principalmente a última, objetos de estudo da presente investigação em seu capítulo segundo.

Assim, procuramos destacar dentre as opções acima mencionadas o procedimento arbitral, juridicamente possível de ser utilizado para resolver os conflitos nas Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal, mas ainda alvo de desconfianças pelos estudiosos de Direito Administrativo, pelos administradores e pela população de um modo geral quando se está diante de uma lide com a presença da Administração Pública, problema no qual acabou despertando o nosso interesse acadêmico e que é discutido de forma mais profunda no último capítulo desta tese doutoral, sendo, assim, o ponto principal da nossa investigação.

Desse modo, são essas questões supramencionadas os aspectos investigados nesta tese de doutoramento visando alcançar os objetivos mencionados em outro tópico desta introdução.

PROBLEMA

Tal como o Direito Administrativo, a contratação pública também não é um fim em si mesmo, pois ela existe, principalmente, para viabilizar a prestação de serviços públicos e a feitura de obras públicas para a população. Entretanto, essas últimas dependem de um contrato público realizado com todas as cautelas necessárias.

Desse modo, tanto no Brasil como em Portugal o contrato público é uma realidade extremamente complexa e com uma série de nuances necessárias para garantir uma contratação pelo Poder Público de entidades privadas que cumpram a contento o objeto contratual.

Assim, as cautelas necessárias para uma boa contratação começam ainda na fase pré-contratual e se estendem até o termo do contrato, com o fim da prestação do serviço público ou com a entrega do objeto final da obra pública.

Entretanto, por ser uma complexidade de atos que se perdura no tempo, no decorrer de uma relação contratual pública e até mesmo antes do seu início podem existir litígios e que poderão vir a atrasar a prestação do serviço ou a realização da obra pública.

Em uma Parceria Público-Privada, contrato utilizado para serviços e obras de grande porte tanto no Brasil como em Portugal, a possibilidade da existência de litígios é ainda maior.

Naturalmente, qualquer litígio pode vir a ser levado ao Poder Judiciário, porém esse último é tradicionalmente moroso, muitas vezes não especializado e até mesmo em algumas situações não possui a confiança dos envolvidos no litígio.

Dentro da realidade supramencionada, urge a necessidade da existência de outros mecanismos de resolução de litígios, como a arbitragem cá aprofundada.

Assim, como forma de estudar a problemática acima levantada, buscamos no presente trabalho investigar a arbitragem como forma de resolução dos conflitos nos contratos públicos de Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal.

Ademais, como normalmente o objeto de um contrato público de Parceria Público-Privada é a prestação de um serviço público ou realização de uma obra pública ou ambos conjuntamente, teremos um olhar diferenciado para essas atividades administrativas, que são muitas vezes esquecidas pelos estudiosos da contratação pública, normalmente mais focados nos aspectos adjetivos e não nos substantivos dos contratos públicos.

OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO

O objetivo geral da presente tese de doutoramento e responsável por conduzir toda a investigação⁴ foi analisar a viabilidade prática do uso da arbitragem como opção de resolução de conflitos nos litígios decorrentes das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal como forma de garantir uma melhora na realização das obras públicas e na prestação dos serviços públicos por meio da adoção de um mecanismo eficaz de pacificação, o que pode servir para impedir atrasos e até mesmo diminuir os custos das referidas atividades administrativas.

Especificamente, buscou-se, após se estudar outros meios de resolução de conflitos e após se realizar um estudo acerca da contratação pública no Brasil e em Portugal (incluindo o Direito da União Europeia), demonstrar as vantagens e desvantagens da arbitragem e do seu uso nas Parcerias Público-Privada.

Além disso, também com o intuito de se alcançar o objetivo geral, foram investigados meios para efetivamente garantir o sucesso do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas realizadas no Brasil e em Portugal, ou seja, quais cautelas devem ser adotadas para em cada caso concreto a arbitragem ser efetivamente a melhor forma de resolver um conflito em um contrato de PPP, bem

⁴MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria - *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2003. p.247.

como para efetivamente colocar fim aos litígios eventualmente surgidos, colaborando com a continuidade das obras públicas e dos serviços públicos em andamento e oportunizando a realização de outras atividades do gênero com o tempo.

No entanto, não se procurou comprovar ser a arbitragem a melhor forma de resolver os conflitos com a presença do Poder Público em toda e qualquer situação, pois, conforme será visto no decorrer da presente investigação, reconhecemos a importância de todas as formas de solução das desavenças entre as pessoas.

Desse modo, buscamos investigar mecanismos para garantir o sucesso da arbitragem quando no caso concreto ela efetivamente for a opção de pacificação escolhida em uma Parceria Público-Privada.

RELEVÂNCIA DO ESTUDO

O grande diferencial de uma investigação doutoral para outras espécies de escritos acadêmicos é o grande compromisso com a busca de um tema importante para ser o objeto de estudo.

Desta feita, conforme será demonstrado no decorrer da presente tese de doutoramento, o uso das Parcerias Público-Privadas aumentou progressivamente tanto no Brasil como em Portugal, assim como em outras partes do mundo, como instrumento para a prestação de serviço público, para a realização de obras pública ou para a realização de ambos conjuntamente, tendo em vista que a utilização do referido instituto é uma forma de viabilizar projetos de grande porte, bem como de viabilizar obras públicas e serviços públicos nos quais, por uma série de razões, nem o Poder Público consegue realizar sozinho nem é viável ao ente privado assumir a obra ou o serviço isoladamente, tal como também foi aprofundado na presente tese.

Por outro lado, a arbitragem também é um instrumento de uso crescente em todo o mundo, inclusive no Brasil e em Portugal, na medida em que cada vez mais são buscados outros mecanismos de resolução de conflitos diferentes do Poder Judiciário, tendo em vista o fato deste último estar sobrecarregado em vários Estados, tal como em Portugal e no Brasil, o que tornou o estudo dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos-MARC uma temática constante nas investigações acadêmicas das universidades brasileiras e portuguesas.

No mais, a arbitragem, além de ser instituto cada vez mais usado, é, conforme será visto no capítulo II, uma forma de resolução de conflitos extremamente antiga, não apenas no Brasil e em Portugal, mas também em vários outros Estados das mais diferentes culturas.

Desse modo, o presente trabalho tencionou investigar o casamento entre a arbitragem e as Parcerias Público-Privadas, dois institutos, ao mesmo tempo, tão atuais e já bastante consolidados e que, em conjunto, podem servir para impedir o atraso na realização de obras públicas e na prestação de serviços públicos, evitando, desse modo, a frustração dos anseios da população.

Outrossim, não se buscou nesta tese de doutoramento analisar profundamente se é juridicamente possível a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas brasileiras e portuguesas, pois essa questão já parece superada com o estágio atual da legislação de ambos os Estados onde a referida possibilidade é expressamente prevista e conta, ainda, com o respaldo do entendimento das supremas cortes locais acerca da constitucionalidade da legislação regulamentando os institutos em testilha, tal como foi averiguado no presente estudo. De qualquer forma, ainda existem autores criticando no aspecto jurídico os referidos institutos e que foram devidamente estudados no decorrer da pesquisa.

Assim, o foco da investigação foi analisar quais mecanismos deverão ser utilizados para garantir que a opção pelo uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privada possa vir a ser um instrumento capaz de colaborar com uma melhor prestação dos serviços públicos e de realização de obras públicas.

Outrossim, encontramos vários estudos sobre Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal, bem como sobre outras formas de prestação de serviço e de realização de obra pública, da mesma forma que encontramos uma vasta doutrina sobre a arbitragem e outras formas de resolução de conflitos. Entretanto, existem poucos estudos tanto em terras brasileiras como em terras portuguesas acerca do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, o que dá um caráter de originalidade ao estudo cá aprofundado tal como se exige em uma tese de doutoramento⁵.

Desse modo, claro está a relevância da presente investigação na seara acadêmica, bem como na seara social, tal como se exige em uma tese de doutoramento⁶, tendo em vista que contratação pública, principalmente a de serviços públicos e obras públicas, está presente no cotidiano e na vida das sociedades.

Desta feita, nos parece que o presente estudo também está em consonância com os ensinamentos de LEE EPSTEIN e GARY KING ao afirmarem que a pesquisa jurídica deve ter alguma aplicação no mundo real influenciando os tribunais, os advogados e os legisladores⁷.

⁵PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ermani Cesar - *Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*, 2ªed, Novo Hamburgo: Universidade Lassale, 2013, p.19

⁶*Idem, ibidem*. p.19.

⁷EPSTEIN, Lee; KING, Gary - *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*, Vários tradutores,, São Paulo: Direito GV, 2013. p.76.

No caso, além de influenciar as pessoas supramencionadas, procuramos também influenciar a própria Administração Pública na sua relação com os seus parceiros privados, principalmente no último capítulo no qual levantamos as cautelas necessárias para a realização da arbitragem com a presença do Poder Público, o que pode servir de norte para projetos de leis, para decisões judiciais, para orientações de advogados e, principalmente, para a feitura de contratos pelos administradores públicos.

Enfim, demonstrada a relevância do estudo proposto, passemos a analisar as hipóteses levantadas.

HIPÓTESES DE TRABALHO

Na atual fase da investigação procuramos analisar se as hipóteses estudadas realmente se confirmaram, abrindo a possibilidade, inclusive, de concluir em sentido contrário ao inicialmente pensado, tendo em vista que não procuramos defender uma causa e sim efetivamente averiguar as ideias inicialmente levantadas no começo do estudo.

Assim, a primeira hipótese levantada foi a de que os contratos públicos de Parcerias Público-Privadas representam um importante mecanismo para a realização de obras públicas, bem como para a prestação de serviços públicos de forma delegada tanto no Brasil como em Portugal, partindo do pressuposto também da importância das referidas atividades administrativas para a população, o que, no nosso entendimento, foi confirmado no decorrer do presente estudo.

A segunda hipótese levantada, analisada e confirmada durante as investigações foi a de que se faz necessário a busca de outros mecanismos de resolução dos conflitos existentes nas Parcerias Público-Privadas portuguesas e brasileiras diferentes da resolução por intermédio do Poder Judiciário, tendo em vista o fato de existir outras opções, bem como variações das alternativas existentes, assim como foi demonstrado no decorrer na presente tese de doutoramento.

A terceira hipótese levantada, averiguada e demonstrada no decorrer do estudo foi a de que a arbitragem é um mecanismo eficaz para a resolução de conflitos nas Parcerias Público-Privadas desde que tomadas algumas cautelas pelo Poder Público no momento de optar pela referida forma de pacificação, bem como no momento de se firmar o contrato com o parceiro privado.

Outra hipótese analisada e confirmada foi a de que a opção da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas pode colaborar com o melhor andamento das obras públicas e dos serviços públicos.

De qualquer forma, ainda que nosso ponto de partida tenham sido as vantagens do uso da arbitragem, também estudamos as possíveis desvantagens existentes, pois se faz necessário pesquisar

e pensar acerca das teorias que não fecham com as hipóteses levantadas⁸, tendo em vista que estamos diante de um trabalho acadêmico investigativo em uma Universidade e não diante da defesa de uma tese perante uma Corte Jurídica.

No mais, a análise dos entendimentos contrários ao das hipóteses levantadas permite achar as vulnerabilidades dessas últimas, oportunizando a busca de vacinas contra as críticas existentes⁹ como forma de encontrar soluções para os problemas encontrados tal como foi proposto no início da presente introdução.

Desse modo, após percorrer todo o caminho necessário para se chegar à realização da arbitragem nos contratos públicos brasileiros e portugueses de Parcerias Público-Privada, no último capítulo foram analisadas e mencionadas quais as cautelas que podem vir a ser tomadas para garantir o sucesso de uma arbitragem realizada em um contrato de PPP no Brasil e em Portugal, buscando a superação de todas as dificuldades possivelmente existentes.

METODOLOGIA

A opção metodológica utilizada foi a exploratória e explicativa por meio de uma investigação comparativa, buscando se analisar as legislações brasileira e portuguesa quanto aos assuntos abordados, bem como a doutrina de ambos os Estados e, ainda, a jurisprudência sobre os temas abordados.

Desse modo, naturalmente, o ponto de partida dos estudos foram as discussões realizadas, presencialmente ou à distância, com as orientadoras, inicialmente a professora Doutora CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS e, em um segundo momento, diante da impossibilidade profissional desta última em continuar nos orientando, a professora Doutora ISABEL CELESTE MONTEIRO DA FONSECA, ambas da Escola de Direito da Universidade do Minho do departamento de Ciências Jurídicas-Públicas no qual optamos em seguir nossa linha de investigação desde o momento da seleção e durante todo o período do doutoramento devido ao fato de procurarmos aprofundar os nossos estudos dentro do Direito Administrativo, ramo do Direito no qual lecionam e pesquisam as referidas professoras doutoras.

Outrossim, também procuramos tomar conhecimentos da jurisprudência brasileira, lusitana e europeia.

Também analisamos o processo evolutivo do conteúdo normativo por meio de um estudo profundo dos temas abordados na legislação local de Portugal e do Brasil, bem como da legislação europeia, partindo de algumas leis e diretivas que não estão mais em vigor até as alterações

⁸EPSTEIN, Lee; KING, Gary - *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*, Vários tradutores, São Paulo: Direito GV, 2013. p.96.

⁹*Idem, ibidem.* 97.

legislativas ocorridas no decorrer do período do doutoramento, no caso as alterações legais dos anos de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021. Optamos por colocar os seus textos, quando importantes para a presente investigação, em nota de rodapé para situar o leitor acerca dos seus conteúdos, porém sem sobrecarregar o corpo da presente tese.

No mais, utilizamos o método indutivo, partindo do geral do para o particular¹⁰. Desse modo, partindo dos temas gerais para os temas específicos e sempre procurando comparar a situação portuguesa com a situação brasileira. Assim, a presente tese foi dividida em três capítulos: o primeiro deles abordando a contratação pública, onde foram estudados também temas como serviço público e suas formas de prestação, obra pública e suas formas de prestação e, principalmente, as Parcerias Público-Privadas; o segundo abordando as formas de resolução extrajudiciais de conflitos, com foco principalmente na arbitragem e, por fim, o terceiro capítulo abordando especificamente a utilização do procedimento arbitral nos contratos de Parcerias Público-Privadas, principal foco do nosso estudo e que representou o capítulo final da presente tese.

Outrossim, apesar de tanto a doutrina brasileira como a doutrina portuguesa comumente estudarem em separado os contratos públicos das obras e dos serviços públicos, optamos por estudar os referidos assuntos em conjunto, pois a razão de ser da contratação pública normalmente é viabilizar a prestação dos serviços públicos e a realização das obras públicas, sendo esses dois últimos ordinariamente os objetos dos contratos públicos.

No mais, buscando utilizar um método histórico, no qual se analisa a influência do passado no presente¹¹, optamos por fazer uma abordagem histórica, porém realizamos a mesma de forma mais profunda apenas quando estudamos as Parcerias Público-Privadas e o quando estudamos a arbitragem, porém o histórico das PPPs se entrelaça com o histórico da contratação pública de um modo geral, assim como o histórico da arbitragem se aproxima do histórico das outras formas de resolução de conflitos. Desse modo, acreditamos ter conseguido situar no tempo todos os assuntos cá estudados.

Tendo em vista a necessidade de delimitação dos temas abordados para tornar a investigação efetivamente viável, optamos por realizar o recorte de pesquisa na comparação entre o Estado de Portugal e o Estado do Brasil, tendo em vista, principalmente, a ligação entre ambos os Estados, não apenas em virtude da língua materna em comum, mas também do histórico de colonização do Brasil

¹⁰PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar - *Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*, 2ªed, Novo Hamburgo: Universidade Lassale, 2013. p.27.

¹¹*Idem, ibidem*. p.38.

pelos portugueses, incluindo a transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil no ano de 1808¹².

Além do mais, o autor da presente investigação é brasileiro e o doutoramento em questão se dá em Portugal, o que nos aproximou da temática escolhida, facilitando os trabalhos investigativos.

De qualquer forma, não deixamos de estudar a bibliografia estrangeira em busca da melhor compreensão dos institutos investigados, bem como na busca de soluções para os problemas encontrados, o que nos oportunizou conhecer a mencionar no decorrer do nosso estudo a realidade de outros Estados sobre as temáticas abordadas.

Outrossim, procuramos seguir a Norma 405 da APA- American Psychological Association, comumente usada em Portugal, principalmente tendo em vista a sua aproximação com as normas da ABNT-Associação Brasileira de Normas Técnicas, o que facilitará o nosso objetivo de validar o doutoramento em uma universidade do Brasil.

No mais, optamos por utilizar o método de citação por notas de rodapé com fito de passar o máximo de informação possível, porém sem sobrecarregar a redação da presente tese doutoral.

Assim, esse foi o caminho percorrido para embasar e escrever a presente tese de doutoramento.

¹²SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 43ªed, Malheiros: São Paulo, 2020. p.74/75.

Capítulo I – Da contratação pública para a prestação de serviços públicos e para a realização de obras pública

1.1 Introito

O objetivo maior da Administração Pública deve ser atingir os anseios da sociedade por meio do atendimento das necessidades coletivas¹³, assim o fazendo por intermédio da prática de um ato administrativo ou por meio de um contrato público, sendo a principal distinção entre ambos o caráter bilateral desse último¹⁴.

No mais, quando se fala em parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, tal como será feito na presente tese doutoral, o assunto que primeiramente vem à tona é a contratação pública para a prestação de serviços públicos aos cidadãos, bem como para a feitura de obras públicas, pois é principalmente para garantir a realização dessas atividades que a Administração Pública busca se unir com a iniciativa privada.

Além disso, durante a prestação de serviços públicos e a realização de obras públicas podem vir a surgir conflitos entre os usuários e os delegatários ou entre esses últimos e o Poder Público e que poderão ser resolvidos pela arbitragem, também objeto de estudo desta tese doutoral.

Desse modo, o objetivo geral deste capítulo é falar das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal e como objetivos específicos estudaremos as peculiaridades dos contratos públicos no Brasil e em Portugal, especificamente dos inerentes aos serviços públicos e às obras públicas, bem como os princípios inerentes aos mesmos. No mais, também falaremos do Direito Europeu da Contratação Pública, pois não há como se falar da contratação pública em Portugal sem mencionar o mesmo, possuindo Portugal um alto índice de transposição das diretivas da União Europeia¹⁵.

Outrossim, não estamos aqui querendo fazer coincidirem os conceitos de contratos públicos com os conceitos de serviço público e de obra pública, o que para SÉRVULO CORREIA seria um engano¹⁶, mas sim estamos buscando fazer o recorte de pesquisa voltado para os contratos de obras pública e para os contratos de serviço público, que ordinariamente são os objetos das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal.

¹³ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.13.

¹⁴CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.347.

¹⁵Fonte: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/comunicado?i=portugal-mantem-bom-desempenho-na-transposicao-de-diretivas-da-uniao-europeia>

¹⁶*Idem*, *ibidem*.p.379.

1.2 Da contratação pública no Brasil e em Portugal

Toda prestação de serviço público e realização de obra pública de forma indireta são executadas após a feitura de um contrato público, o que faz com que esse último colabore com o progresso da sociedade, o que se coaduna também com a existência uma “Administração de infraestrutura ou prestacional”¹⁷, sendo por essa razão que a contratação pública foi considerada uma das áreas estratégicas da “Estratégia Europa 2020”¹⁸.

Assim, estudaremos nos tópicos seguintes os contratos públicos de realização de obras públicas e prestação de serviços públicos pelos particulares, abordando também essas duas espécies de atividades administrativas.

Antes, no entanto, passemos a analisar as fontes dos contratos públicos.

1.3 Principais Fontes dos Contratos Públicos

O tema fonte do direito está mais vinculado ao estudo da teoria geral do Direito, porém existem fontes próprias do Direito Administrativo¹⁹ e especificamente do Direito dos Contratos Públicos²⁰.

Outrossim, o presente ponto é crucial em um estudo comparado entre Brasil e Portugal por dois motivos. O primeiro é que Portugal tem como fonte essencial dos contratos públicos o Direito da União Europeia²¹, sendo os contratos públicos um exemplo da “europeização do direito administrativo”²², o que faz a contratação pública em Portugal se sujeitar a dois regimes jurídicos: “o da União Europeia e o nacional”²³, sendo por essa razão que mencionamos no decorrer do presente estudo as diretivas da União Europeia sobre contratação pública²⁴, que são as Diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e a 2014/25/EU²⁵ e mencionamos as alterações do Código dos Contratos Públicos de Portugal para se adaptar às diretivas europeias. No Brasil, por outro lado, não se fala em Direito do Mercosul, tendo em vista a incipiência deste último.

No mais, outra diferença no presente ponto se dá devido ao fato de Portugal ser um estado unitário e o Brasil um estado federado, o que faz existir no último caso uma competência concorrente

¹⁷GUIMARÃES, Bernardo Stobel - Direito Privado na Administração Pública brasileira atual: algumas perspectivas. In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo e Transformações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2014. pp. 207-226. p.210.

¹⁸DIAS, Caroline Drawanz - O vício procedimental no procedimento de adjudicação de contratos públicos: um estudo de caso, In *R/LB*, Ano 6, N 4 (2020), pp.641-654. p.645.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.50.

²⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.47.

²¹*Idem, ibidem*. p.47.

²²OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011.p.50

²³DIAS, Caroline Drawanz - O vício procedimental no procedimento de adjudicação de contratos públicos: um estudo de caso, In *R/LB*, Ano 6, N 4 (2020), pp.641-654. p.643.

²⁴Importante mencionar o caráter cogente das ditas diretivas nos termos do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que prevê o seguinte: Art.288º A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

²⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.87.

do União com outros entes federativos para legislar sobre contratação pública, cabendo à União a feitura de normas gerais²⁶, sendo por essa razão que mencionamos no decorrer da presente tese algumas legislações dos estados-membros brasileiros.

De qualquer forma, tanto Brasil como Portugal recebem influência do Direito Internacional, seja de normas convencionais seja de *soft law*²⁷, existindo na atualidade um Direito Global da Contratação Pública²⁸ com uma importância econômica indiscutível²⁹. Assim, a feitura cada vez mais constante pela Administração Pública de contratos internacionais implica na impossibilidade de os Estados possuírem como fonte dos contratos públicos apenas as suas normas internas³⁰.

Outrossim, não há como negar a importância do direito interno como fonte de Direito da Contratação Pública tanto no Brasil como em Portugal, principalmente porque ambos os Estados vivem um momento de efervescência legislativa quanto ao tema. No Brasil, no dia 1º de maio de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos e Administrativos, a lei 14.133/2021³¹ e em Portugal no dia 21 de maio de 2021 foi publicada a Lei 30/2021³², que altera o Código de Contratos Públicos de Portugal³³ e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos³⁴. Todas essas leis são estudadas no decorrer da presente tese.

Por fim, os princípios também surgem como fontes da contratação pública³⁵ e por isso serão estudados em separado no tópico que se segue.

1.4 Princípios da Contratação Pública

Ainda que com uma conotação diferente da ideia dos princípios gerais do Direito³⁶, o estudo dos princípios é de suma importância dentro Direito Administrativo porque o referido ramo do Direito, diferentemente de outros ramos jurídicos, como o Direito Penal e o Direito Civil, por exemplo, não é

²⁶Constituição Brasileira de 1988: Art. 21. Compete à União: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

²⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.47.

²⁸Dentro dessa realidade, apresentamos, conjuntamente com nossa orientadora, a professora Isabel Celeste Fonseca, o trabalho "A arbitragem como solução para a resolução de conflitos nos contratos administrativos globais" no 6º Congresso Internacional do Direito da Lusofonia realizado entre os dias 21 e 24 de maio de 2019 em Fortaleza-CE-Brasil.

²⁹FONSECA, Isabel Celeste - Das modas da contratação pública, códigos de ética e pactos de integridade: um *must have* contra a corrupção, In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.51-65. p.52.

³⁰ESTORNINHO, Maria João - *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar Português*, Coimbra: Almedina, 2006.p.30.

³¹Lei Brasileira nº 14.133/21. Diário Oficial da União. - Edição: 61-F – Seção 1 - Extra F. (01.04.2021). 2-

³²Lei Portuguesa nº 30/2021. Diário da República. *Série I*. Nº 100 (22.05.2021), 2-39.

³³Decreto-Lei Português nº 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Diário da República, *Série I*. N.º 86 (29.01.2008). 753 - 852.

³⁴Lei Portuguesa nº 15/2002 (Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal). Diário da República, *Série I/A*. Nº 45 (22.02.2002), 2-39. 1422-1457.

³⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.61.

³⁶DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.77.

codificado nem no Brasil nem em Portugal, ao menos não de forma total³⁷, o que tornam os princípios da Administração Pública o elo entre toda a legislação esparsa do Direito Administrativo, sendo por isso que eles são chamados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de mandamentos nucleares do sistema³⁸.

Especificamente em relação aos contratos públicos para a prestação de serviços públicos, JACQUES CHEVALLIER ainda afirma que os princípios são os responsáveis por garantir a especificidade dos serviços públicos em relação aos serviços prestados pela iniciativa privada³⁹.

No mais, o estudo acerca dos princípios é sempre relevante para todos os ramos do Direito, tendo em vista que, seguindo os estudos de ROBERT ALEXY, as normas são divididas em regras e princípios e a colisão entre os princípios é solucionada de forma diferente da colisão entre as regras, ou seja, a solução diante de uma colisão de princípios não se dá, tal como acontece com as regras, com base em analisar se o princípio é válido ou não⁴⁰ e sim em fazer uma ponderação no caso concreto de qual princípio vai prevalecer⁴¹, ponderação essa que consiste na análise da importância do cumprimento de um princípio a partir do grau de não cumprimento ou de restrição de outro princípio quando se esteja diante do momento de analisar a aplicação dos mesmos⁴².

Assim, diante de uma colisão entre princípios, deve ser fixada uma relação de precedência a partir do contexto de cada situação⁴³.

Nesse sentido, na linha dos estudos de ROBERT DWORKIN, a importância prática dos princípios não tem como ser analisada “a priori”⁴⁴, só sendo possível perceber a importância deles quando ocorrer uma situação na qual se faça necessário analisar se é o caso ou não de aplicar determinado princípio diante das circunstâncias então existente.

Desse modo, o princípio não aplicado em um momento pode vir a ser aplicado em outro caso concreto a depender das circunstâncias dos fatos, não havendo o que se falar, dessa forma, em revogação, nem tácita nem expressa, de um princípio por outro tal como acontece com as regras, mas sim em aplicação ou não de cada princípio a depender das peculiaridades existentes em cada situação que venha a surgir.

Já os conflitos entre as regras, por outro lado, são tradicionalmente resolvidos por meio dos critérios da hierarquia, da especialidade e da cronologia, porém os referidos critérios são insuficientes para resolver toda e qualquer antinomia que surja, pois, como lembra RAFAEL CARVALHO DE OLIVEIRA, é

³⁷AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.150.

³⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p.53.

³⁹CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins. Belo Horizonte, 2017.p.92.

⁴⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.369.

⁴¹ALEXY, Robert - *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ªed, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p.70-71.

⁴²ALEXY, Robert - Princípios, formais e aplicação do Direito, In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica, - *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp.3-25. p.5/6.

⁴³*Idem*, *ibidem*. p.11.

⁴⁴DWORKIN, Robert - *Uma questão de princípio*, Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.135.

possível que existam regras incompatíveis entre si que tenham sido promulgadas no mesmo diploma legal, fazendo com que nenhum dos critérios mencionados solucionem a questão⁴⁵, uma vez não haverá o que se falar em uma norma com mais força do que outra ou em uma matéria mais específica ou ainda mais nova.

De qualquer forma, como afirma HUMBERTO ÁVILA, em posição na qual concordamos, um sistema jurídico deve ser composto ao mesmo tempo de normas-regras e por normas-princípios, pois, caso o sistema seja composto apenas de regras, ele será extremamente rígido, porém, caso ele seja composto apenas de princípios, ele será extremamente flexível⁴⁶.

Assim, o ideal é a existência de um equilíbrio entre as regras e os princípios dentro de um ordenamento jurídico, uma vez que não é desejável nem um excesso de rigidez nem um excesso de flexibilidade, não sendo os princípios superiores ao Direito, mas sim integrantes do “sistema normativo”⁴⁷.

GOMES CANOTILHO segue o mesmo raciocínio ao afirmar que um sistema composto apenas por regras teria uma “limitada racionalidade prática”⁴⁸, enquanto um sistema composto apenas por princípios geraria um “sistema falho de segurança jurídica”⁴⁹, justamente em virtude da rigidez do primeiro caso e da grande flexibilidade no segundo.

Nesse sentido, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, após analisar a existência de algumas posições mais extremistas que defendem inexistir diferenças entre princípios e regras ao afirmarem que o Direito seria um mero conjunto de um dos dois, admite, possivelmente com fito de superar os extremos, que “o material jurídico-normativo se apresenta como uma realidade biforme e estruturalmente heterogênea”⁵⁰, implicando na necessidade de reconhecermos a coexistências de regras e princípios, cada qual com as suas peculiaridades de aplicação.

Desse modo, percebe-se que as doutrinas portuguesa e brasileira reconhecem a importância do estudo dos princípios, principalmente no âmbito do Direito Administrativo, a ponto de que PAULO BONAVIDES chegava a afirmar que os princípios representam “o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”⁵¹.

Assim, os princípios devem andar lado a lado com as regras jurídicas postas, sendo por esse motivo que o tema está sendo abordado no presente capítulo.

⁴⁵OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013. p.43.

⁴⁶ÁVILA, Humberto - *Princípios do Direito Administrativo*, 18ªed, São Paulo: Malheiros, 2018. p.147-148.

⁴⁷RESSURREIÇÃO, Valeria Carneiro Lages - Princípio da Publicidade nas contratações públicas como meio de combate à corrupção, In COUTINHO, Francisco Pereira; SANTOS, Ruth - *Atas do I curso sobre o combate à corrupção na contratação pública*. Lisboa: CEDIS, 2019. pp.415-431. p.422.

⁴⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed, Coimbra: Almedina: 2003. p.1162.

⁴⁹*Idem, ibidem*. p.1162.

⁵⁰ROCHA, Joaquim Freitas - *Constituição, ordenamento e conflitos normativos - Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.156.

⁵¹BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*, 17ªed, São Paulo: Malheiros, 2005.

No mais, no Direito Administrativo existem os princípios gerais da Administração Pública e os princípios específicos de cada uma de suas subdivisões. Passemos a analisar no tópico seguinte os princípios especificamente aplicados ao estudo dos contratos públicos.

1.4.1 Dos princípios em espécie: introito

Visto a importância do estudo dos princípios de um modo geral, principalmente ao Direito Administrativo, urge a necessidade de analisar quais são os princípios aplicados de forma específica aos contratos públicos.

O Código dos Contratos Públicos Português prevê os seguintes princípios em relação aos contratos públicos: legalidade, prossecução do interesse público, imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, tutela da confiança, sustentabilidade, responsabilidade, concorrência, publicidade, transparência, igualdade de tratamento, não-discriminação⁵² e os seguintes em relação especificamente aos concessionários: continuidade; regularidade, igualdade e adaptação às necessidades⁵³. Outrossim, PEDRO GONÇALVES lembra da necessidade de observar em Portugal os princípios da contratação pública delimitados pelo Tribunal de Justiça -TJ Europeu, quais sejam: transparência, publicidade e o da não discriminação⁵⁴, todos eles, conforme visto acima, já internalizados no direito português⁵⁵.

No Brasil, no entanto, a lei que regulamenta os contratos públicos não traz os princípios aplicados aos mesmos, seguindo os autores de Direito Administrativo brasileiros o mesmo caminho.

Em verdade, no Brasil não existe um Código de Contratações Públicas tal como acontece em Portugal⁵⁶, existindo uma Lei de Licitação e Contratos Públicos⁵⁷, mas que é muito mais focada nas licitações do que nos contratos, não abordando a questão das delegações de serviços públicos, o que faz o contrato de concessão de serviço público no Brasil ser estudado em uma lei específica⁵⁸ e as

⁵²Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Artigo 1.º-A Princípios. 1 - Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.

⁵³Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 429.º Princípios gerais e regime especial 1 - Na exploração de uma atividade de serviço público, o concessionário está sujeito aos seguintes princípios: a) Continuidade e regularidade; b) Igualdade; c) Adaptação às necessidades.

⁵⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.57.

⁵⁵Ainda no âmbito europeu, a Diretiva 2014/24/EU traz, em seu artigo 18, um tópico denominado "Princípios da contratação", que prevê o seguinte: 1. As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada. Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, ao executarem os contratos públicos, os operadores económicos respeitem as obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral estabelecidas pelo direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas ou pelas disposições de direito internacional em matéria ambiental, social e laboral constantes do Anexo X.

⁵⁶No caso, o Decreto-Lei n.º 18/2008.

⁵⁷No caso, a recente lei 14.133/21, que foi promulgada para substituir a lei 8.666/93 após o período de *vacatio legis*.

⁵⁸Lei Brasileira 8.987/95 que "Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências".

Parcerias Público-Privadas estudadas em outra lei⁵⁹. É por essa razão que no Brasil os administrativistas comumente primeiro estudam o serviço público para só em seguida abordarem o estudo das concessões, incluindo as Parcerias Público-Privadas.

Também é pela razão supramencionada que encontramos a referência no Brasil aos princípios dos serviços públicos e não encontramos normalmente referência aos princípios dos contratos públicos.

Nesse ínterim, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, analisando especificamente os serviços públicos, prevê os seguintes princípios que, no nosso entendimento, são aplicáveis aos contratos públicos: princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência ou da publicidade; princípio da modicidade das tarifas e, ainda, princípio do controle⁶⁰. MATHEUS CARVALHO, por outro lado, acrescenta o princípio da economicidade⁶¹. LEONARDO ESPÍRITO SANTO e CLÁUDIA SOARES acrescentam o princípio da segurança⁶².

Desta feita, passemos a analisar os principais princípios citados, sem prejuízo da existência de outros mencionados pela doutrina de Direito Administrativo e pelas próprias legislações brasileiras e portuguesas, pois, ainda que se faça desnecessária a previsão legal de um princípio, não há impedimento para que assim aconteça⁶³, o que pode encerrar as discussões sobre a vigência dele⁶⁴.

1.4.2 Princípio da supremacia do interesse Público ou da prossecução do interesse público

De antemão, importante se faz esclarecer que no Brasil o princípio cá estudado é chamado de princípio da supremacia do interesse público e em Portugal de princípio da prossecução do interesse público. Entretanto, consideramos as expressões em testilha formas diferentes de tratar a mesma questão ou, ao menos, duas facetas de uma mesma moeda, pois, na mesma medida em que a Administração Pública deve perseguir o interesse público, esse último deve prevalecer diante do interesse meramente particular.

Quando estamos diante de uma relação contratual entre particulares, a mesma deve ser regida de forma horizontal, fazendo com que, na medida do possível, seja buscada a relação de igualdade

⁵⁹Lei Brasileira 11.079/2004 que "Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública".

⁶⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p.672-674.

⁶¹CARVALHO, Matheus - *Manual de Direito Administrativo*, 7ªed, Salvador: Juspodivm, 2020.

⁶²SANTO, Leonardo Motta Espírito; SOARES, Cláudia Ribeiro - Serviço Público. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.133-207. p.140.

⁶³ROCHA, Joaquim Freitas - *Constituição, ordenamento e conflitos normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.158.

⁶⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.371.

material entre as pessoas. Entretanto, em virtude do princípio agora estudado, a relação entre o Poder Público e os particulares é marcada pela verticalidade, estando o primeiro em uma situação de superioridade em relação aos segundos⁶⁵.

Assim, o presente princípio é considerado um princípio basilar da Administração Pública, sendo para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao lado do princípio da indisponibilidade, uma das pedras de toque do regime jurídico-administrativo⁶⁶ e para JORGE ANDRADE DA SILVA, que o chama de princípio da prossecução do interesse público, tal como a legislação portuguesa, a “razão de existir da Administração Pública”⁶⁷.

Concordamos com os referidos entendimentos. Todos os outros princípios da Administração Pública vão acabar de alguma forma dialogando com a perseguição e preservação do interesse público por parte da Administração Pública e por parte dos próprios administrados.

Além disso, urge a necessidade de frisar que o interesse público possui duas grandes subdivisões, quais sejam: o interesse público primário e o interesse público secundário⁶⁸, só podendo esse último ser buscado quando não colidir com o primeiro⁶⁹.

Para se compreender os conceitos acima, importante se faz estudar primeiramente a conceito de interesse privado, que se divide em dois: o interesse privado meramente egoístico⁷⁰ e o interesse privado que possuímos como membros de uma sociedade, uma vez que todo ser humano possui essas duas espécies de interesse privado.

A primeira espécie de interesse privado seria a característica humana de, ainda que por extinto, pensar em si em primeiro lugar, o que pode ser exemplificado pelo ato reflexo de um motorista de um ônibus (autobus) ao virar a direção de forma a se proteger quando se depara com um possível acidente de trânsito.

Já a segunda espécie de interesse privado seria a consciência de que a busca dos interesses pessoais não pode ser dissociada do fato da pessoa estar inserida dentro de uma sociedade com regras estabelecidas e que devem ser obedecidas pelo Poder Público e por todos os administrados. Desse modo, nos parece ser a presente espécie de interesse privado aquela situação na qual PIERRE BORDIEU afirma estar o interesse privado muitas vezes habitado pelo interesse público⁷¹, não havendo como dissociar por completo os mesmos.

⁶⁵SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.151.

⁶⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p. 55.

⁶⁷SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.49.

⁶⁸ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.13.

⁶⁹ALESSI, Renato *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p.66.

⁷⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.47.

⁷¹BOURDIEU, Pierre - *Sobre o Estado: curso no Collège France, (1989-92)*, Trad. Rosa Freira D' Aguiar, São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p.401.

Desse modo, por exemplo, ainda que o interesse privado meramente egoístico de uma pessoa faça com que ela tenha a pretensão de ocupar a única vaga de uma seleção pública, o seu interesse privado como integrante de uma sociedade o faz querer que a seleção obedeça aos ditames legais e os princípios que regem a Administração Pública.

Feita essa diferenciação, pode-se conceituar o interesse público primário como sendo a junção dos interesses privados que as pessoas têm como membros da sociedade, ou seja, como afirma ERICK MENEZES DE OLIVEIRA JUNIOR, “o somatório dos interesses privados em sua dimensão coletiva”⁷². Não seria simplesmente a soma dos interesses privados, mas sim a soma desses interesses privados qualificados⁷³, o que chamamos acima de interesses privados como membros da sociedade, podendo existir a situação, tal como afirma PEDRO GONÇALVES, na qual os interesses privados estejam tão entrelaçados com o interesse público que já sejam considerados desta natureza⁷⁴.

Desse modo, o interesse público primário deve buscar atingir o objetivo do Estado, qual seja: atender o bem comum⁷⁵ ou a “salus pública” (Paz, justiça e bem-estar)⁷⁶, o que pode ser feito até mesmo por meio da proteção a um interesse privado⁷⁷, devendo existir a perseguição do interesse público em respeito aos direitos dos cidadãos⁷⁸.

Já o interesse público secundário seria o interesse público que mais se aproxima do interesse privado meramente egoístico, como, por exemplo, o interesse da Administração Pública em não ter prejuízo nas suas demandas ou ainda de buscar um ressarcimento contra quem causar qualquer tipo de dano ao erário público, o que tem correlação com o presente estudo, uma vez que estamos estudando justamente formas de solução de litígios envolvendo o Poder Público. Entretanto, em relação à referida espécie de interesse público não há o que se falar em supremacia do Estado em relação aos particulares⁷⁹.

Existem autores, no entanto, que dão outra conotação para a diferenciação cá estudada, afirmando, tal como fazem FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREIDO DIAS, que os interesses

⁷²JUNIOR, Erick Menezes de Oliveira - A administração pública e a interpretação principiológica: uma forma de solução adequada de conflitos, In MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline - *Meios Adequados de resolução de conflitos*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 15-31. p.24

⁷³FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.140 e 141.

⁷⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.145.

⁷⁵DIAS Reinaldo; MATOS, Fernanda - *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*, Atlas: São Paulo, 2017. p.8

⁷⁶OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.16.

⁷⁷MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020. p.35.

⁷⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.398.

⁷⁹SOUZA, Luciene Moessa de - Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz, In MARRARA, Thiago - *Direito administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.487-501. p.496.

secundários seriam os que serviriam como instrumento para atender o bem comum, como justiça, saúde, educação e transportes⁸⁰.

Entretanto, a diferenciação mencionada no parágrafo anterior vincula por completo os direitos secundários ao aspecto financeiro, o que, de fato, é um elemento importante para viabilizar outros direitos fundamentais, porém não é o único aspecto a ser analisado.

Assim, conforme mencionado acima, quando se fala em princípio da supremacia do interesse público, o que está em questão é a busca do interesse público primário de forma primordial, enquanto o interesse público meramente secundário só pode ser buscado quando não confrontar com o interesse público primário⁸¹.

Em verdade, nesse último caso a Administração Pública deve buscar o interesse meramente secundário, não havendo o que se falar em margem de discricionariedade, sob pena de ofensa a outro princípio basilar da Administração Pública, qual seja: o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, por exemplo, o Poder Público deve buscar o seu interesse público meramente secundário de obter um ressarcimento por um prejuízo indevidamente causado por um contraente público que não cumpriu corretamente as cláusulas contratuais, mas não pode deixar, ao menos seguindo critérios definidos dentro de uma política pública, de fornecer tratamentos de saúde aos cidadãos sob a justificativa de economizar receita pública, pois nesse último caso, diferentemente do primeiro, o interesse público secundário confrontaria com o interesse público primário que prima pela vida e bem-estar de toda a sociedade.

No mais, o presente princípio ganha contorno alargado nos contratos de públicos, pois permite que o Poder Público unilateralmente modifique ou até mesmo rescinda o contrato realizado com um particular quando assim entenda ser a melhor medida a se tomar em prol do interesse público, naturalmente, arcando com a indenização que seja devida, o que faz MARIA JOÃO ESTORNINHO mencionar existirem três traços essenciais do princípio cá estudado nos contratos públicos, quais sejam: a mutabilidade contratual, a posição do contraente como colaborador da Administração Pública e o exercício pela Administração Pública do poder de autoridade⁸².

⁸⁰OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.16.

⁸¹TONIN, Mauricio Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.130.

⁸²ESTORNINHO, Maria João - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2003. p.119.

1.4.3 Princípio da publicidade (transparência)

Pelo princípio em questão, a realização das atividades administrativas, incluindo a feitura de um contrato público, deve ser realizada de forma pública ou que seja acessível ao público, não bastando a mera publicação dos atos administrativos, mas também a facilitação para a população efetivamente os conhecer⁸³ e perceber as suas “vicissitudes⁸⁴”.

Em verdade, devem ser transparentes, como regra, toda a atuação do Poder Público, bem como todos os procedimentos que antecedam a prestação de uma atividade administrativa, como, por exemplo, a licitação no Brasil ou do procedimento adjudicatório em Portugal para escolher o parceiro privado quando se optar por uma Parceria Público-Privada, não sendo por outra razão que a legislação portuguesa prevê a necessidade de que as unidades técnicas de acompanhamento das Parcerias Público privadas possuam um sítio à disposição de todos para poder prestar as informações inerentes às parcerias realizadas⁸⁵, tendo em vista que a rede mundial de computadores é a principal ferramenta de comunicação entre as pessoas na atualidade. No mais, a recente Lei Portuguesa Número 30/2021 buscou ampliar a transparência nos contratos públicos portugueses ao alterar o Código de Contratos Públicos de Portugal para prever dispositivo obrigando que todas as informações sobre informação e execução de contratos públicos sejam publicadas no portal referente aos mesmos⁸⁶.

O princípio em testilha, conjuntamente com o princípio do acesso à justiça e o princípio da participação do cidadão nas deliberações públicas está dentro do que os autores de Direito Administrativo costumam chamar de democracia participativa, que seria uma atuação do Poder Público legitimada por uma maior participação da população⁸⁷, o que só pode vir a acontecer caso essa última tenha acesso aos atos praticados pelo Poder Público, o que também oportunizará aos cidadãos, tal como afirma FRANCESCO BELLOMO, um controle democrático das atividades realizadas pela Administração Pública, permitindo a averiguação de se as mesmas estão em conformidade com os interesse sociais, bem como com os princípios constitucionais que a regem⁸⁸.

Naturalmente, em situações excepcionais é possível que o interesse público exija a restrição em relação a determinadas informações, até mesmo porque há autores que defendem a inexistência

⁸³RESSURREIÇÃO, Valeria Carneiro Lages - Princípio da Publicidade nas contratações públicas como meio de combate à corrupção, In COUTINHO, Francisco Pereira; SANTOS, Ruth - *Atas do I curso sobre o combate à corrupção na contratação pública*, Lisboa: CEDIS, 2019. pp.415-431. p.424.

⁸⁴RAIMUNDO, Miguel Assis – Execução de contratos públicos e responsabilidade contratual: do contrato como res inter partes ao contrato como res publica, In GOMES, Carla Amado *Et al, III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.100-116. p.106.

⁸⁵Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 32.º. Sítio da Unidade Técnica: A Unidade Técnica deve dispor de um sítio próprio para efeitos de publicitação de todos os documentos julgados úteis relacionados com processos de parcerias.

⁸⁶Decreto-Lei 18/2008 (Código do Contratos Públicos de Portugal): Artigo 465.º[...]1 - A informação relativa à formação e à execução dos contratos públicos é obrigatoriamente publicitada no portal dos contratos públicos, através de fichas conforme modelo constante de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das obras públicas.

⁸⁷RODRIGUES, João Gaspar - Publicidade, transparência e abertura na administração pública, *Revista de Direito Administrativo*, V 266, (2014). pp.89-123. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/3214>. p.91.

⁸⁸BELLOMO, Francesco - *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. 2 Padova: CEDAM, 2009..p.69.

de direitos fundamentais absolutos e mesmo os autores que entendem existir alguns que efetivamente são absolutos, como seria o caso do direito de procriar, não incluem a questão da transparência da Administração Pública⁸⁹, uma vez que a mesma pode ser confrontada com outros princípios mais relevantes no caso concreto.

Desse modo, no Brasil o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Brasileira prevê a possibilidade de sigilo nos casos imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade⁹⁰, sendo também justificável o sigilo para preservar a intimidade das pessoas envolvidas, que é previsto no Brasil como um direito fundamental de todo cidadão⁹¹. Seguindo a mesma linha que o Brasil, a Constituição Portuguesa também prevê a possibilidade de sigilo por questões de segurança, de investigação criminal e para proteger a intimidade das pessoas⁹².

Ademais, as hipóteses de sigilo utilizadas pelo Poder Público, além de deverem estar em consonância com as exceções legais e constitucionais, devem ser devidamente justificadas, evitando que os administradores públicos se utilizem de forma genérica e desmotivada das referidas exceções para ocultar a prática de atividades com interesses escusos.

Outrossim, em obra sobre a participação popular nos procedimentos de Parceria Público-Privada, MAIS MORENO também defende o sigilo de algumas informações sensíveis das empresas em contratos com a presença do Poder Público, afirmando, em posição na qual concordamos, que a referida possibilidade propicia um maior interesse nas empresas em firmarem contratos com a Administração Pública, pois acaba gerando para as mesmas uma maior segurança em repassar as suas informações.⁹³ Desse modo, questões, por exemplo, como alguma expertise exclusiva na forma de prestar um serviço público delegado também pode ficar sob sigilo. Nesse sentido, o Decreto Brasileiro 10.025/2019 prevê nas arbitragens públicas a necessidade de “preservação de segredo industrial ou comercial” das empresas envolvidas em uma arbitragem pública⁹⁴. Também nesse sentido, a Diretiva 2014/24/EU determina que “a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe

⁸⁹CASSAGNE, Juan Carlos - Los Nuevos Paradigmas del Derecho Público, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Íthala, 2016. pp.137-190. p.170.

⁹⁰Constituição Brasileira de 1988: art.5º, XXXII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁹¹Constituição Brasileira de 1988: Art. 5º: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁹²Constituição Portuguesa de 1976: art.268.2 - Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

⁹³MORENO, Mais - *Participação do administrado no processo de elaboração das Parcerias-Público Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.257.

⁹⁴Decreto Brasileiro 10.025/2019: Art.3º: IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira;

tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos, incluindo, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspetos confidenciais das propostas”⁹⁵.

Por fim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, seguindo a linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, diferencia o princípio da publicidade do princípio da transparência, afirmando que o primeiro seria a obrigação de informar a todos os interessados em contratar com o Poder Público qualquer deliberação ou mudança existente no procedimento de contratação, enquanto o princípio da transparência seria a obrigação de motivar os seus atos e garantir a todos os particulares as informações solicitadas⁹⁶.

Entretanto, particularmente entendemos que os referidos princípios são duas faces da mesma moeda, o que nos faz afirmar que o princípio da publicidade também pode ser chamado de princípio da transparência, sendo por essa razão que não tratamos os mesmos em tópicos separados no presente estudo.

1.4.4 Princípio da concorrência

Pelo presente princípio, a contratação de uma empresa privada pelo Poder Público deve ser, como regra, antecedida de um procedimento prévio que oportunize a participação de todos os interessados, sendo o mais aberto possível⁹⁷. Em Portugal, o gênero do referido procedimento se chama de procedimento adjudicatório e no Brasil se chama de licitação.

O presente princípio decorre de outros princípios da Administração Pública, como o princípio da igualdade⁹⁸, pois oportuniza a todos os interessados contratarem com o Poder Público, devendo se buscar mecanismos para garantir a preservação da concorrência no decorrer do certame para se preservar a igualdade de tratamento entre os agentes envolvidos⁹⁹, tal como para inibir a existência de conluíus, pois, como afirma MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, os concorrente de um processo de adjudicação devem ser adversários¹⁰⁰, devendo, na linha da Diretiva 2014/24/UE, o Poder Público não criar

⁹⁵Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>.

⁹⁶AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003.p.588/589.

⁹⁷AZEVEDO, Patrícia Anjos; CARNEIRO, Davide Rua - A relevância do portal base, à luz dos princípios fundamentais da contratação pública e do procedimento de formação dos contratos públicos em Portugal, In *Revista Direito*, V29, N2 (2020), pp.9-27. p.11. Disponível em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7144>. p.13.

⁹⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.375.

⁹⁹RAIMUNDO, Miguel Assis - Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais da contratação pública: de *Assistur a Specializuotas Transportas*, e mais além. In RAIMUNDO, Miguel Assis - *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2020. pp.85-135. p.103.

¹⁰⁰*Idem, ibidem*. p.110.

mecanismos que reduzam artificialmente a concorrência favorecendo ou desfavorecendo algum operador econômico¹⁰¹.

No mais, o presente princípio tem forte vínculo com esta tese de doutoramento, pois tanto a legislação portuguesa como a legislação brasileira exigem que as contratações de Parcerias Público-Privadas sejam antecedidas de seleções públicas.

Outrossim, importante frisar que a atualmente a União Europeia não se pauta apenas pelo critério da concorrência, devendo o mesmo ser conjugados com outros valores, como os ambientais e os sociais¹⁰².

1.4.5 Princípio da imparcialidade, princípio da não discriminação e princípio da impessoalidade

Pelo princípio da imparcialidade o Poder Público deve, assim como sugere a sua denominação, tratar todos de forma imparcial quando optar pela feitura de um contrato público. Desta feita, o princípio em testilha, tal como afirma PEDRO GONÇALVES, deve garantir que a Administração Pública haja de forma “imparcial, isenta, sem distorções patológicas, sem favorecimentos pessoais, preferências ou discriminações em benefício de interesses particulares, parciais ou de grupos”¹⁰³, sendo o mesmo considerado por SÉRVULO CORREIA um limite interno para a discricionariedade administrativa¹⁰⁴.

Concordamos com o último autor, pois o princípio da imparcialidade deve servir como parâmetro para se fazer justiça em determinado caso concreto, evitando o favorecimento de algumas pessoas em detrimento de outras.

O princípio da não discriminação, por seu turno, que está consagrado na jurisprudência europeia, tal como visto no tópico 1.4.1, é uma decorrência de uma preocupação em não existir uma prevalência na contratação pública por empresas nacionais em detrimentos de empresas oriundas de outros países da União Europeia, bem como para evitar situações como a exclusão de pessoas com deficiência¹⁰⁵.

¹⁰¹AZEVEDO, Patrícia Anjos; CARNEIRO, Davide Rua - A relevância do portal base, à luz dos princípios fundamentais da contratação pública e do procedimento de formação dos contratos públicos em Portugal, In *Revista Direito*, V29, N2 (2020), pp.9-27. p.11. Disponível em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7144>. p.14.

¹⁰²FONSECA, Isabel Celeste; CARNEIRO, Ana Rita; BARROS, Rita - Diretivas contratos públicos 2014 e (dificuldades na definição de um conceito de) proposta economicamente mais vantajosa: desejando um regulamento contratos públicos, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 33-50. p.34/35.

¹⁰³GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.480.

¹⁰⁴CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.499.

¹⁰⁵OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011.p.221.

Desse modo, ambos os princípios acima mencionados previstos na legislação portuguesa acabam sendo corolário do princípio da impessoalidade, expressamente previsto pela Constituição Brasileira como um princípio aplicado à Administração Pública¹⁰⁶.

Agir de forma impessoal significa justamente não agir de forma parcial, ou seja, não dar tratamento personalizado ou privilégios para alguma pessoa, fazendo com que o princípio em questão tenha duas facetas. Na primeira delas o Poder Público deve agir independentemente das questões pessoais de cada cidadão ou, ainda, de eventuais vínculos pessoais existentes, ou seja, os critérios para se realizar uma contratação pública devem ser objetivos e não meramente subjetivos, o que coloca o presente princípio na mesma condição do princípio da imparcialidade mencionado pela legislação portuguesa.

Assim, seria uma ofensa a essa faceta do princípio caso alguma pessoa fosse beneficiada na feitura de um contrato público em virtude, por exemplo, de ter vínculos de amizade com um agente público, o que seria a prevalência de questões meramente pessoais para definir quem vai realizar com contrato público, da mesma forma que existe uma ofensa à presente faceta do princípio da impessoalidade quando o agente público emprega parentes no serviço público, ou seja, realiza a prática do nepotismo, existindo no Brasil uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal expressamente vedando a referida prática¹⁰⁷, o que se tornou necessário devido ao fato de que sempre foi uma prática constante em terras brasileiras o emprego de parentes dos administradores nos mais diversos órgãos públicos, realidade existente em cada um dos três Poderes da República.

Pelos mesmos motivos acima mencionados, o princípio cá estudado também justifica a feitura de processos seletivos para a escolha de quem vai realizar um contrato público.

Ademais, da mesma forma que a presente faceta do princípio impessoalidade não permite o tratamento privilegiado, ele também não permite o tratamento discriminatório, igualando-se, assim, a princípio da não discriminação expressamente mencionado pela legislação portuguesa tal como visto no tópico 1.4.1.

A outra faceta do princípio da impessoalidade é a que proíbe o administrador público se utilizar dos contratos públicos para a sua autopromoção pessoal, principalmente para fins políticos, o que

¹⁰⁶Constituição Brasileira de 1988: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...). (Grifos Nossos).

¹⁰⁷Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

também deve ser aplicado ao parceiro privados nas Parcerias Público-Privadas, pois os atos praticados pelo Poder Público, direta ou indiretamente, devem ser imputados ao Estado e não aos seus agentes¹⁰⁸.

Desse modo, as placas indicativas existentes nas obras e nos serviços públicos devem fazer referência ao ente político ou a pessoa jurídica de direito público responsável e não aos políticos e servidores públicos envolvidos no projeto, evitando que esses últimos se promovam à custa do erário público, seja para fins políticos seja para qualquer outro fim, tenha o mesmo ou não finalidade lucrativa, uma vez que a coisa pública deve ser utilizada no interesse da sociedade e não nos interesses meramente pessoais dos administradores. Da mesma forma, existindo um parceiro privado, deve ser publicitado apenas os responsáveis técnicos pela obra para que a população tenha conhecimento de quem são os responsáveis por eventuais danos, não sendo cabível indicação em obras e serviços públicos de entes privados com fins promocionais, salvo se, conforme será visto em outra parte do presente estudo, a publicidade estiver prevista no contrato realizado pelo Poder Público como uma forma de remunerar indiretamente o parceiro privado pela realização da obra ou pela prestação do serviço público, o que seria uma exceção ao princípio cá estudado em consonância com o próprio interesse público em diminuir os custos de determinada contratação pública ou, ainda, como forma de diminuir a própria tarifa a ser cobrada das pessoas que irão usufruir do serviço a ser prestado.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em posição a qual concordamos, afirma que a primeira faceta acima mencionada também decorre do princípio da isonomia, pois todos as pessoas devem ser tratadas de forma materialmente igual (o que aproxima o mesmo do princípio da igualdade de tratamento previsto na legislação portuguesa); enquanto a segunda faceta do princípio da impessoalidade decorre do princípio da finalidade, pois o fim da Administração Pública deve ser a busca do interesse público e não dos interesses privados dos governantes¹⁰⁹.

Por fim, em decorrência do presente princípio, os atos praticados pelos agentes públicos no exercício da função não devem ser imputados ao próprio funcionário e sim ao órgão ou instituição a qual ele esteja vinculado¹¹⁰.

1.4.6 Princípio da sustentabilidade

A sociedade não deve se preocupar apenas com o presente, mas também com as próximas gerações procurando um desenvolvimento sustentável, devendo a referida realidade ser objeto de

¹⁰⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.71

¹⁰⁹FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.21.

¹¹⁰SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 43ªed, Malheiros: São Paulo, 2020. p.678.

preocupação na contratação pública, tendo em vista que a sustentabilidade é um “ideal de civilização, tanto em nível nacional quanto internacional”¹¹¹.

Desse modo, o princípio em testilha, expressamente previsto na legislação portuguesa tal como mencionado no tópico 1.4.1, busca na contratação pública o equilíbrio entre os “elementos económicos, sociais e ambientais”¹¹², existindo nas últimas décadas uma mudança de paradigma em Portugal para garantir uma “contratação pública sustentável e socialmente responsável”¹¹³, sendo por essa razão que o artigo 42 do Código de Contratos Públicos de Portugal, com redação dada pela recente Lei Portuguesa Número 30/2021, prevê a possibilidade que os aspetos de execução do caderno de encargos busquem o favorecimento da “promoção da sustentabilidade ambiental”¹¹⁴.

Nesse sentido, seguindo a linha da legislação portuguesa, a legislação brasileira prevê que a licitação pública brasileira deve ter como uma de suas premissas a busca de um desenvolvimento nacional sustentável¹¹⁵.

Assim, os administradores públicos brasileiros e portugueses devem se atentar para os dispositivos legais acima mencionados quando do momento da feitura dos contratos públicos, inclusive no caso das Parcerias Público-Privadas cá estudadas.

1.4.7 Princípio da proporcionalidade

Trata-se de princípio geral da Administração Pública¹¹⁶ responsável por obrigar os agentes públicos a adotarem comportamentos adequados e proporcionais aos fins aos fins almejados¹¹⁷, bem como a fazer uma ponderação em cada caso concreto entre os ônus impostos aos particulares e o bônus ao interesse público (proporcionalidade em sentido estrito)¹¹⁸, analisando quais são os “custos-vantagens”¹¹⁹ na prática de um ato administrativo.

Em relação especificamente ao contrato público, o presente princípio impede, por exemplo, que se perdue eternamente os impedimentos à participação procedimental¹²⁰. Também podemos

¹¹¹GARCIA, Thais Aurélia - Princípio Fundamental da Sustentabilidade e as inconstitucionais isenções tributárias a agrotóxicos, *Revista da Defensoria Pública da União*, N 14 (2021), pp.151-170. p.162

¹¹²FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - A integração social através da contratação pública. In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.75-94. p.77.

¹¹³ESTORNINHO, 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, (1). In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Público*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp.7-11. p.10.

¹¹⁴Decreto-Lei 18/2008 (Código do Contratos Públicos de Portugal): Art.42 6 - Os aspetos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer: (...) g) A promoção da sustentabilidade ambiental.

¹¹⁵Lei Brasileira 14.133/21: Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

¹¹⁶OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011.p.228.

¹¹⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.388.

¹¹⁸OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020. p.113.

¹¹⁹CORREIA, José Manuel Sêrvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.75.

¹²⁰FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271. p.254.

pensar em considerar o mesmo princípio quando do momento de aplicação de uma multa contratual ou até mesmo no momento de se decidir extinguir o contrato público em virtude de fato imputado ao contraente privado o que, conforme será visto no Capítulo III, são temas que podem ser discutidos em uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada.

O presente princípio, tal como visto no tópico 1.4.1, está expressamente previsto na legislação portuguesa. No Brasil, não existe previsão do mesmo nem na Constituição¹²¹ nem na legislação de contratos públicos, entretanto não há dúvida de que o mesmo deve ser aplicado à Administração Pública por expressa disposição da Lei 9784/99, que regula o processo administrativo brasileiro¹²².

Assim, no decorrer deste estudo voltaremos a fazer a referência ao presente princípio, que é essencial nas decisões tomadas no decorrer do cumprimento dos contratos públicos.

1.4.8 Princípio da adaptabilidade ou da adaptação

Esse princípio afirma que o Poder Público, tal como o contraente privado, deve se adaptar às novas tecnologias existentes, bem como às novas realidades sociais¹²³ ou, como afirma JACQUELINE MORAND-DEVILLER, aos aumentos significativos das necessidades da população em relação aos serviços já ordinariamente prestados¹²⁴, o que pode decorrer tão-somente do aumento da própria população. Desse modo, o presente princípio decorre da necessidade de se obedecer à “lei do progresso”¹²⁵ e de se buscar as “melhores condições para os respectivos utentes”¹²⁶.

É fato que as tecnologias mudam diariamente e cada vez com mais frequência, principalmente em um mundo globalizado com intensa troca de tecnologia entre os diversos Estados, tornando-se necessário ao Poder Público estar atento para as referidas mudanças, até mesmo porque não faz sentido que o cumprimento de um contrato público não atenda aos anseios atuais da população, o que pode, inclusive, esvaziar o uso do objeto do mesmo, gerando, dessa forma, gastos desnecessários de dinheiro público, o que muitas vezes é difícil de evitar, tendo em vista a velocidade cada vez maior dos avanços tecnológicos das sociedades, o que, no entanto, não pode servir como justificativa para o Poder Público não os acompanhar dentro de suas limitações de ordens financeiras e administrativas.

Nesse diapasão, a realização de Parcerias Público-Privadas, objeto de estudo da presente tese, é uma forma de se atingir o referido princípio, uma vez que a iniciativa privada, naturalmente com

¹²¹Trata-se, segundo os administrativistas, de princípio implícito na Constituição Brasileira. Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

¹²²Lei brasileira 9784/99: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) (grifos nossos).

¹²³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.260

¹²⁴MORAND-DEVILLER, Jacqueline - *Cours de Droit Administratif*, 5ªed, Paris: Montchrestien. 1997. p.470.

¹²⁵CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins. Belo Horizonte, 2017.p.92.

¹²⁶SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.876.

menos amarras legais que o próprio Poder Público, tem mais facilidade em se adaptar aos avanços tecnológicos.

Além disso, o presente princípio, conforme acima mencionado, também se preocupa com as novas realidades sociais, uma vez que a sociedade é um fenômeno mutável, o que pode ser visto, tanto no Brasil como em Portugal, no reconhecimento jurídico de novas espécies de famílias, incluindo as relações homoafetivas, que também devem ser levadas em consideração pelo Estado quando do momento de implementação de políticas públicas.

Desse modo, quando o Poder Público firma um contrato público para a prestação de um serviço público de planejamento familiar para a população, deverá ser levado em consideração que não vigora mais na atualidade apenas o chamado conceito tradicional e patriarcal de família, no qual havia a presença de um homem como provedor e de uma mulher responsável pela criação dos filhos. Na atualidade a mulher também está no mercado de trabalho e o homem também faz parte da criação dos filhos. Além disso, também existe o reconhecimento jurídico de família sem filhos, famílias sem pai, famílias sem mãe, famílias com duas mães e famílias com dois pais.

Assim, tendo em vista o princípio em testilha, a Administração Pública deve estar atenta para todas essas realidades, adaptando os contratos públicos à cada peculiaridade que se faça necessária, o mesmo devendo ser feito pelo concessionário, tal como expressamente prevê Código dos Contratos Públicos de Portugal, assim como visto no tópico 1.4.1.

Desta feita, o presente princípio permite, dentro dos limites legais, a mutação dos contratos públicos para que eles possam se adequar, para mais ou para menos, às novas realidades e às novas tecnologias.

1.4.9 Princípio da continuidade

O referido princípio afirma que o cumprimento dos contratos públicos não pode, como regra, parar. Naturalmente, o princípio da continuidade não impõe que todas as atividades realizadas por intermédio de um contrato público funcionem plenamente o dia todo e todos os dias¹²⁷, uma vez que o período de funcionamento de um serviço público, por exemplo, vai depender da sua essencialidade e das suas características.

Desse modo, existem determinados serviços públicos que, realmente, não podem parar nunca, como os serviços públicos de saúde e os outros serviços essenciais de um modo geral, que devem

¹²⁷OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.256.

funcionar até mesmo diante de uma greve¹²⁸, ainda que parcialmente. Por outro lado, outros serviços públicos podem funcionar em determinados horários, como os serviços públicos de transporte, que, diga-se, comumente são prestados por empresas delegatárias tanto no Brasil como em Portugal; existindo, ainda, outros serviços públicos que devem funcionar plenamente em determinado período e podem funcionar de forma reduzida em outros, ou até mesmo em regime de plantão em outros momentos, como acontece com os serviços judiciários.

No mais, o referido princípio também normalmente permite, buscando evitar a descontinuidade da atividade administrativa, ao Poder Público ocupar provisoriamente os bens dos contraentes privados quando esses derem motivo para extinção de contrato realizado com o Poder Público. A referida ocupação deve perdurar pelo tempo necessário para tramitar o processo administrativo garantido o contraditório e a ampla defesa ao particular. Ao término do processo, confirmado ser o caso de extinção do contrato, o Poder Público poderá, também em prol da continuidade do serviço público, tal como lembra FERNANDA MARINELA ao analisar a legislação brasileira, assumir definitivamente a propriedade dos bens particulares por meio do instituto da reversão mediante o pagamento da indenização devida, sendo comprovado o referido direito pelas circunstâncias fáticas e jurídicas¹²⁹.

Outrossim, tal como menciona DIOGO FREITAS DO AMARAL ao analisar a legislação portuguesa, também é possível ao Poder Público se utilizar da sua autoridade por meio de uma requisição civil¹³⁰ para a utilização dos bens particulares de um modo geral em prol do interesse público.

Tanto a reversão como a requisição civil são situações passíveis de gerar litígios entre o Poder Público e o parceiro privado e que poderão vir a ser resolvidos por meio da arbitragem, tal como se estuda na presente tese doutoral.

No mais, em consonância com o princípio em estudo e demonstrando ser o mesmo também aplicável em Portugal, a exposição dos motivos da Proposta de Lei Portuguesa 41/XIV/1, que foi convertida na Lei Portuguesa 30/2021 que alterou o Código de Contratos Públicos de Portugal, mencionava a possibilidade de, quando diante do descumprimento das obrigações do contratante, o cessionário, a pedido do dono da obra, realizar trabalhos complementares para não suspender a realização dos trabalhos¹³¹.

¹²⁸AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.661.

¹²⁹MARINELA, Fernanda - *Direito Administrativo*, 12ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.630.

¹³⁰AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.661.

¹³¹Trecho da Exposição de Motivos da Proposta de Lei Portuguesa 41/XIV/1.ª: (iii) a possibilidade de, nos casos de incumprimento do cocontratante, havendo cedência da posição contratual ao concorrente sequencialmente classificado no procedimento que deu origem ao contrato (hipótese já prevista na lei), o cessionário poder realizar trabalhos complementares ordenados pelo dono da obra, medida que tem o intuito de não paralisar a realização de trabalhos necessários em virtude do desinteresse do concorrente sequencialmente classificado no procedimento em assumir a posição contratual do adjudicatário nas condições originais;

Outrossim, como decorrência do presente princípio, caso uma empresa concessionária seja devedora de algum valor, o credor não poderá executar os bens, ainda que privados, que estejam afetados para uma finalidade pública implicando na descontinuidade do serviço que está sendo prestado, o que não quer dizer que a empresa privada não deverá honrar com o pagamento de suas dívidas, mas sim que o credor deverá buscar a quitação dos seus débitos se utilizando de mecanismos que não impliquem na descontinuidade da prestação do serviço público, como, por exemplo, a execução de outros bens da mesma empresa não utilizados em uma atividade pública.

1.4.10 Princípio da modicidade das tarifas

O presente princípio decorre do fato de que o objetivo da prestação do serviço público, mesmo quando prestado por um particular por meio de um contrato público, não deve ser a busca pelo lucro. Nesse sentido, DOMINGOS SOARES FARINHO afirma que os investimentos de pactos sociais não geram a busca pelo lucro e pela maximização do mesmo e sim a resolução de problemas sociais¹³².

Desse modo, os valores tarifários cobrados na prestação de determinado serviço público realizado pelo próprio Poder Público devem ter como limite máximo os valores suficientes para cobrir o gasto com o cumprimento do contrato.

Naturalmente, quando se está diante de um contrato público de concessão de serviço público ou de obra pública, inclusive no caso das Parcerias Público-Privadas, o parceiro privado presente terá o interesse efetivo de obter lucro, porém, em face do princípio agora comentado, os lucros não podem ser exorbitantes de forma a onerar demasiadamente o valor tarifário. Caso contrário, haveria um obstáculo para parte da população acessar o serviço público objeto da delegação, até mesmo porque, como afirmam MARC J. ROBERTS, A. G. BREITENSTEIN e CLEMENT ROBERTS, a empresa privada em uma delegação de serviço público não possui um direito fundamental de obter lucro em toda situação e a qualquer custo¹³³.

Desse modo, devem ser buscados mecanismo que não impeçam a lucratividade dos parceiros privados, o que afastaria o interesse desses últimos em contratar com o Poder Público, mas também que não impeçam os destinatários dos serviços públicos de efetivamente usufruírem dos mesmos¹³⁴.

Nesse diapasão, quem deve definir o valor da tarifa é o Poder Público, ainda que seja possível o parceiro privado propor um valor a ser analisado¹³⁵.

¹³²FARINHO, Domingos Soares - A arbitragem e a mediação nos títulos de impacto social: antecipar o futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*. N 2 (2016), pp. 36-40. p.36.

¹³³ROBERTS, Marc J.; BREITENSTEIN, A. G.; ROBERTS, Clement S - The Ethics of Public-Private Partnerships. In REICH, Michael R. *Health - Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002. pp.67-85. p.68.

¹³⁴PESTANA, Márcio - *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.369.

¹³⁵FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.957.

Para colaborar com essa situação, a legislação brasileira prevê expressamente a possibilidade de o parceiro privado ser remunerado por outras fontes “alternativas, complementares e acessórias”¹³⁶, como, por exemplo, o uso com publicidade dos espaços públicos objetos da delegação, conforme mencionamos ao falar do princípio da impessoalidade.

Outrossim, conforme também será estudado neste capítulo I, as Parcerias Público-Privadas podem ser usadas justamente para viabilizar uma tarifa mais reduzida, pois o Poder Público pode optar pela PPP na modalidade patrocinada no Brasil ou com uma complementação do Poder Público em Portugal justamente para que parceiro privado seja remunerado por intermédio de uma tarifa paga pelos usuários estipulada dentro de um valor razoável com um acréscimo de um valor a ser pago pela própria Administração Pública, garantindo a justa remuneração ao parceiro privado sem, no entanto, gerar um aumento no valor da tarifa não condizente com a condição financeira das pessoas que irão se utilizar do serviço público.

1.4.11 Princípio do controle

Por esse princípio os contratos públicos devem sofrer a fiscalização dos órgãos de controle, sejam ele os órgãos de controle interno, como as controladorias ou sejam eles externos, como o Ministério Público e os tribunais de contas, que são as instituições, tanto no Brasil¹³⁷ como em Portugal¹³⁸, responsáveis por realizar a fiscalização e fazer o controle externo da Administração Pública.

Além disso, urge a necessidade de viabilizar o controle por parte da população de um modo geral, o que pode ser realizado, por exemplo, por meio de audiências públicas ou fóruns com a presença de membros da sociedade civil.

Toda atividade realizada por outrem, inclusive no meio privado, deve estar sujeita a algum tipo de controle, uma vez que a livre iniciativa não permite, por exemplo, atividades danosas ao meio-ambiente. Entretanto, em se tratando de atividades realizadas pelo Poder Público, direta ou indiretamente, esse controle deve ser ainda maior, tendo em vista que as atividades realizadas pelo mesmo devem ter como finalidade sempre atingir o interesse público primário.

No mais, quando se fala em Parceria Público-Privada, o presente princípio tem a sua importância alargada, uma vez que o controle deve ser ainda mais minucioso para evitar que o

¹³⁶Lei brasileira 8.987/95, art.11: Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

¹³⁷Constituição Brasileira de 1988: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹³⁸Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 214.ºTribunal de Contas.1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente (...).

interesse privado prevaleça em relação ao interesse público, principalmente quando a parceria envolva grandes corporações.

1.4.12 Princípio da economicidade

Esse princípio é corolário do princípio da boa administração mencionado pela doutrina portuguesa¹³⁹ e que decorre da necessidade de adoção de boas práticas administrativas tal como previsto no Código do Procedimento Administrativo em Portugal¹⁴⁰, bem como do princípio da eficiência expressamente previsto como aplicável à Administração Pública na Constituição Brasileira¹⁴¹ e que a doutrina portuguesa afirma decorrer do princípio do interesse público¹⁴², sendo o princípio da economicidade a aplicação do princípio da eficiência no aspecto financeiro¹⁴³.

Desse modo, os recursos econômicos devem ser utilizados de forma que se gaste o mínimo possível, porém sem prejuízo da celeridade e da qualidade, sendo por essa razão que LIBARDO RODRÍGUEZ, ao falar do “Princípio de economía” aplicado à Administração Pública Colombiana, afirma que através do mesmo se procura dar agilidade aos contratos públicos¹⁴⁴. Assim, não se busca pelo presente princípio a mera economia dos recursos públicos, pois não é aceitável prestar um serviço público ou realizar uma obra pública a baixo custo e elas não atenderem aos anseios dos administrados em face da sua má qualidade ou da sua lentidão. Caso isso aconteça, os recursos públicos não serão empregados corretamente e haverá uma ofensa ao princípio da economicidade¹⁴⁵.

Em se tratando de Parcerias Público-Privadas, o presente princípio também deve ser sopesado com o fato do parceiro privado estar em busca de lucro, o que não pode ser evitado, sob pena de inviabilizar a existência de interessados em fazer parcerias com o Poder Público, porém não pode gerar gastos exorbitantes por parte da Administração Pública nos casos em que exista um patrocínio a ser realizado por essa última, ou seja, respeitar o princípio da economicidade nesse último caso passará necessariamente pela harmonização dos interesses públicos e privados envolvidos, que é um dilema sempre existente na contratação pública¹⁴⁶, conforme também será aprofundado quando se for estudar as Parcerias Público-Privadas nesta tese de doutoramento.

¹³⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.400.

¹⁴⁰Decreto-Lei Português 4/2015. Código do Procedimento Administrativo em Portugal. Artigo 5.º Boas práticas administrativas.

¹⁴¹Constituição Brasileira de 1988: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte(...). (Grifos Nossos).

¹⁴²RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.p.557.

¹⁴³NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.183.

¹⁴⁴R RODRÍGUEZ, Libardo - *Derecho Administrativo: general y colombiano*, Temis: Santa Fé de Bogotá, 1996. p.330.

¹⁴⁵ARAÚJO, Malta Leticia; RODRIGUES, Isabel Araújo - A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos. *Revista do Serviço Público*, V 1, N 6 (2012), pp. 43-62 Disponível em <https://doi.org/10.21874/rsp.v63i1.87>.p.54.

¹⁴⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.367.

Enfim, o princípio em questão está vinculado ao bom uso dos recursos públicos, não se podendo por mera economia deixar de se fazer o que é essencial, porém deve se buscar realizar a atividade administrativa a contento, da forma mais econômica que for possível de ser feita e sempre buscando fazer com sejam atendidos aos fins almejados pela população.

Assim, por exemplo, quando se vai realizar uma seleção pública para a contratação de uma empresa privada para prestação de um serviço público de forma delegada, o critério do menor preço sempre deve ser levado em consideração, porém, a depender da situação, o referido critério deve ser ponderado conjuntamente com o critério da melhor técnica.

Nesse sentido, com base na Diretiva 90 2014/24/EU, ISABEL CELESTE FONSECA propõe que a proposta mais vantajosa seja considerada a que tem a melhor relação entre qualidade e preço¹⁴⁷, devendo ser considerados fatores como o custo com consumo de energia, reciclagem e emissão de gases¹⁴⁸. Em se tratando de uma Parceria Público-Privada, as referidas obrigações devem ser analisadas tanto pelo parceiro público como pelo parceiro privado.

1.4.13 Princípio da segurança ou da regularidade.

Segundo o presente princípio, o contrato público deve ser cumprido de forma a garantir segurança dos administrados, devendo existir por parte do contraente privado a necessária manutenção e conservação dos “equipamentos, instalações e máquinas”¹⁴⁹, sob pena do Poder Público poder vir a ser obrigado a responder subsidiariamente por eventual dano causado, sem prejuízo da responsabilidade dos seus agentes.

Mesmo com algumas pessoas estando sob a tutela específica do Poder Público, como é caso dos presidiários, dos alunos da rede pública e dos enfermos dos hospitais públicos, todas as pessoas estão sob a tutela geral da Administração Pública, sendo esse mais um motivo que faz o Estado dever exigir segurança no cumprimento dos contratos públicos.

Não há de se confundir, no entanto, o presente princípio com o princípio da segurança jurídica ou tutela da confiança, que é um princípio previsto na legislação portuguesa como aplicado aos contratos públicos, tal como visto no tópico 1.4.1, principalmente no que tange a preservação da confiança legítima do cidadão nos atos praticados pela Administração Pública¹⁵⁰, que são

¹⁴⁷FONSECA, Isabel Celeste - A (não) transposição das directivas dos Contratos Públicos, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.19-30. p.23.

¹⁴⁸ESTORNINHO, 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, (2), In ESTORNINHO, Maria João. - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp. 29-35. p.32.

¹⁴⁹PESTANA, Márcio - *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 141.

¹⁵⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013. p.163.

presumidamente legais e verdadeiros, devendo ser preservada sempre a boa-fé do cidadão em presumir que os atos realizados pelo Poder Público são lícitos¹⁵¹, não podendo uma pessoa ser prejudicada ou sancionada quando agir acreditando na veracidade e legalidade dos praticados pela Administração Pública, sendo a boa-fé, tal como também previsto acima, outro princípio previsto na legislação portuguesa como aplicável aos contratos públicos.

No mais, o Poder Público deve buscar mecanismos ainda na época do processo de adjudicação para garantir que o vencedor do certame efetivamente tenha condições de cumprir o contrato público com segurança, inabilitando do processo os concorrentes que não demonstrem possuir em seus quadros profissionais aptos para prestar o serviço público com a devida segurança.

Além disso, os órgãos de controle estatal devem manter intensa fiscalização por meio de seus agentes, principalmente nas atividades que ofereçam algum típico de risco pela sua própria natureza, como acontecem nos serviços públicos de transporte de um modo geral, sejam eles aquáticos, terrestres ou aéreos.

Ademais, caso a empresa contratada não cumpra os requisitos de segurança previstos na lei e no contrato, o Poder Público deve extinguir o contrato com a aplicação das penalidades cabíveis após regular processo administrativo com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, o presente princípio é expressamente mencionado na legislação brasileira que regula os serviços públicos¹⁵² e em Portugal ele decorre do princípio da responsabilidade expressamente previsto na legislação portuguesa tal como visto no tópico 1.4.1 e que será melhor aprofundado no Capítulo III da presente tese de doutoramento ao se falar dos litígios decorrentes da discussão sobre a responsabilidade pelos danos causados no decorrer do cumprimento dos contratos de Parcerias Público-Privadas.

1.4.14 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade para a Administração Pública é diferente do princípio da legalidade para o particular, pois para o particular o referido princípio significa que algo não proibido é permitido, já para o Poder Público o princípio da legalidade afirma que o mesmo só pode agir quando a lei permite ou determina¹⁵³. No caso do Poder Público, o princípio da legalidade, como afirma JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, faz a vontade da lei ter predominância em relação à autonomia da vontade da própria

¹⁵¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.116.

¹⁵²Lei Brasileira 8.987/95: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, **segurança**, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (Grifos Nossos).

¹⁵³AGRA, Walber Moura - *Curso de Direito Constitucional*, 9ªed, Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.432.

Administração Pública¹⁵⁴, não atuando essa última por autoridade própria e sim por autoridade da lei¹⁵⁵, devendo agir, como expressamente afirma a legislação portuguesa, dentro dos limites legais¹⁵⁶, devendo o ato administrativo ter compatibilidade (precedência da lei) e estar em conformidade (reserva da lei) com a lei¹⁵⁷.

Assim, o princípio da legalidade para o Poder Público é uma forma de vincular os atos dos administradores públicos, conforme afirma ADNRÉSS MOREY JUAN, à vontade popular¹⁵⁸, tendo em vista que os legisladores são os representantes do próprio povo, sendo a lei, ao menos em tese, a vontade dos referidos representados, devendo ser a guia dos administradores públicos.

Desta feita, como afirma MARIA FERNANDA MAÇÃS, a Administração Pública não age guiada pelos seus interesses particulares, mas sim com base nos interesses que são “heteronomamente”¹⁵⁹ ditados pela lei, só podendo atuar até onde essa última permite,¹⁶⁰ porém podendo fazer escolha dentro da liberdade de conformação ditada pela própria lei¹⁶¹.

Desse modo, o princípio da legalidade, que é considerado um princípio geral da Administração Pública no Brasil¹⁶² e um princípio de toda atividade administrativa em Portugal¹⁶³, é aplicado especificamente para aos contratos públicos, exigindo que eles sejam realizados respeitando os ditames legais.

Nesse sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL afirma que o princípio da legalidade para o Poder Público não é apenas um limite ao mesmo, mas sim o fundamento para que a Administração Pública possa agir¹⁶⁴, diferentemente do que acontece com os particulares, uma vez que esses últimos agem conforme a sua convicção, porém respeitando os limites impostos pela lei.

Desse modo, em um contrato público firmado no Brasil deverão ser respeitados os ditames da Lei de Licitação e Contratos Públicos no momento em se definir qual será a empresa que irá firmar o contrato com o Poder Público¹⁶⁵, da mesma forma que em Portugal deverão ser obedecidos na mesma situação as disposições do Código de Contratos Públicos Portugueses¹⁶⁶.

¹⁵⁴GIL, José Luis Meilán - *La estructura de los contratos públicos*, Madrid: Iustel, 2008. p.163.

¹⁵⁵ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - *Direito Administrativo*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.445.

¹⁵⁶Decreto Lei Português: 4/2015. (Código Do Procedimento Administrativo). Artigo 3.º Princípio da legalidade 1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins.

¹⁵⁷CORREIA, José Manuel Sérulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.20.

¹⁵⁸JUAN, André Morey - *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valência: C.E.U. 1998. p.223.

¹⁵⁹MAÇÃS, Maria Fernanda - Notas sobre um modelo de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 20-30. p.24.

¹⁶⁰*Idem, ibidem*.p.24.

¹⁶¹GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.391.

¹⁶²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013. p.69.

¹⁶³GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.376.

¹⁶⁴AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 2, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2003. p.51.

¹⁶⁵No caso, a recentemente publicada Lei Brasileira 14.133/21.

¹⁶⁶No caso, o Decreto-Lei 18/2008 (Código do Contratos Públicos de Portugal).

Por fim, importante mencionar desde já que na atualidade a doutrina mais moderna fala em princípio da juridicidade¹⁶⁷, estando os administradores atrelados, ao mesmo tempo, aos textos legais e aos princípios que regem o Poder Público, como os estudados no presente momento.

1.4.15 Princípio da eficiência

O princípio em testilha determina que os contratos públicos devem ser firmados e cumpridos no menor espaço de tempo possível e com a maior celeridade, porém sem renunciar à qualidade necessária para efetivamente atender os anseios da população.

Outrossim, ARNOLD PICOT e BIRGITTA WOLFF diferenciam eficácia de eficiência, afirmando que a primeira se dá na busca em atingir o máximo possível de pessoas e a segunda acontece quando se atinge o máximo possível de pessoas dentro das expectativas criadas e sob o menor custo possível¹⁶⁸.

Assim, por exemplo, para a realização de uma ponte atravessando um rio e ligando duas cidades deve ser realizado um estudo prévio sobre a existência de um fluxo de veículos ou de pessoas que justifique tal investimento para que a obra não seja realizada e o seu objeto final fique subutilizado.

Além disso, também não há sentido, por exemplo, na feitura de um contrato público para a realização de uma obra pública que termine após o fato que gerou a sua necessidade, tal como aconteceu no Brasil na época da Copa do Mundo Fifa de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Em virtude dos eventos acima mencionados, houve toda uma alteração na legislação nacional brasileira para facilitar a feitura de obras pública, até mesmo com a criação de um procedimento próprio de licitação para facilitar a construção da infraestrutura necessária para uma melhor realização dos eventos, o chamado Regime Diferenciado de Contratação- RDC¹⁶⁹, com regras bem mais flexíveis do que as até então previstas para as contratações realizadas pelo Poder Público. Entretanto, em diversos estados-membros brasileiros sedes as referidas construções de infraestrutura só se findaram após os eventos esportivos em testilha, acabando as obras realizadas por não servirem para os fins que a justificaram, sendo, dessa forma, ineficientes, ainda que tenham servido à população para outros fins desvinculados dos eventos esportivos em questão que justificaram a sua realização.

¹⁶⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.184.

¹⁶⁸PICOT, Arnold; WOLFF, Birgitta - *Zur ökonomischen Organisation öffentlicher Leistungen: »Lean Management« im öffentlichen Sektor?* In NASCHOLD, Frieder; PRÖHL, Marga - *Produktivität öffentlicher Dienstleistungen*, Die Deutsche Bibliothek: Monique, 1994. pp. 52-120. p.54.

¹⁶⁹Lei Brasileira 12.462/2011(revogada): Art. 1º - É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

A realidade mencionada no parágrafo anterior acabou por ofender outro princípio geral do Direito Administrativo também aplicado ao presente tema, qual seja: o princípio da finalidade, pois o resultado das obras públicas não deve apenas atender a um interesse público qualquer, mas sim ao interesse que efetivamente justificou a realização da obra, sob pena de também existir um desvio da finalidade inicialmente prevista. Porém, infelizmente, não se tem notícia de responsabilização de qualquer agente público brasileiro pelos atrasos em testilha.

Ademais, a observação dos princípios do presente tópico deve acontecer tanto no decorrer do cumprimento do contrato público como na chamada fase pré-contratual, que é considerada para ISABEL CELESTE FONSECA “a prova de fogo da contratação pública estratégica”¹⁷⁰.

Nesse diapasão, uma das formas de garantir a eficiência quando diante de um contrato público é a busca por mecanismos mais céleres para a resolução dos litígios que eventualmente surgirem no decorrer da execução, fazendo com que, conforme será visto no decorrer da presente tese de doutoramento, a busca de formas de resolução extrajudicial de conflitos, em especial a arbitragem, possa acabar vindo a fazer prevalecer os preceitos do princípio cá estudado.

Uma eventual má escolha de um mecanismo de resolução de conflitos pode acabar acarretando atrasos desnecessários no cumprimento de um contrato público quando diante de um litígio no decorrer da sua realização, da mesma forma que a escolha acertada de uma forma de resolução de conflitos pode dar mais eficiência para a feitura de uma obra e para a prestação de um serviço público.

1.5 Contrato Público de prestação de Serviço Público

Optamos, como recorte de pesquisa, por estudar neste capítulo duas espécies de contratos públicos específicos, quais sejam: os contratos de prestação de serviços e os contratos de realização de obras públicas. A referida escolha se deu em virtude das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal possuírem, como regra, a realização de serviços públicos e de obras pública como objetos.

Assim, de antemão, importante se faz conceituar o objeto do contrato público estudado neste tópico, qual seja: o serviço público. Ao analisar o referido conceito, a doutrina brasileira afirma que o mesmo está inserido dentro de um conceito mais amplo, que é o de atividade administrativa, sendo essa última toda e qualquer atividade realizada pelo Poder Público e que inclui, dentro da classificação de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, além do próprio serviço público, a atividade de polícia administrativa, a atividade de fomento à iniciativa privada, a atividade de intervenção no ordenamento

¹⁷⁰FONSECA, Isabel Celeste - Dos (novos) procedimentos de formação dos contratos públicos: a escolha estratégica, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-151. p.121.

econômico e, por fim, a atividade de fomento ao ordenamento social¹⁷¹. Pode ser incluído dentro dessa classificação a feitura de obras públicas¹⁷², que também será objeto de estudo ainda neste capítulo.

Nesse diapasão, podemos afirmar que a atividade administrativa é um gênero, sendo a prestação do serviço público uma de suas espécies juntamente com as outras mencionadas no parágrafo anterior, implicando no fato de toda a prestação de serviço público ser uma atividade administrativa, não sendo a recíproca, no entanto, verdadeira.

Por outro lado, a doutrina portuguesa aborda o serviço público de forma diferente. Nesse sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL afirma que o “os serviços públicos são organizações humanas criadas no seio de cada pessoa coletiva pública com o fim de desempenhar as atribuições desta, sob a direção dos respectivos órgãos”¹⁷³ e complementa afirmando que os serviços públicos desempenham as tarefas concretas das pessoas coletivas¹⁷⁴. Desse modo, pode-se afirmar que em Portugal o serviço público, diferentemente do que se faz no Brasil, é colocado dentro do organograma do Poder Público. De qualquer forma, sendo no Brasil o serviço público considerado uma atividade do Poder Público e em Portugal a concretização da função dos órgãos públicos, na prática acaba existindo uma similitude entre as realidades brasileira e portuguesa.

No mais, o estudo do conceito de serviço público é complexo, até mesmo por se tratar de uma expressão ambígua¹⁷⁵ e polissêmica, pois pode vir a ser utilizada, como de fato o é tanto pela legislação portuguesa como pela legislação brasileira, com mais de um significado¹⁷⁶, sendo, nas palavras de JACQUES CHEVALLIER, uma noção “saturada de significações múltiplas”¹⁷⁷, sendo possível uma atividade ser considerada serviço público em um Estado e não ser em outro¹⁷⁸, além não de ser, como afirma DANIEL LUCIANO MUONDO ao analisar o serviço público em Angola, um conceito estático, pois se modifica a depender do “contexto social, político e económico em que se insere”¹⁷⁹, possuindo “historicidade”¹⁸⁰, situação que naturalmente gera divergências entre os professores e operadores do Direito Administrativo no que diz respeito a fixação de um conceito acerca do instituto.

¹⁷¹NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.196.

¹⁷²CARVALHO, Matheus - *Manual de Direito Administrativo*, 7ªed, Salvador: Juspodivm, 2020. p.665.

¹⁷³AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 2, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2003.p.654.

¹⁷⁴*Idem, ibidem*. p.654.

¹⁷⁵RAIMUNDO, Miguel Assis – *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007.p.72.

¹⁷⁶GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.75.

¹⁷⁷CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins, Belo Horizonte, 2017. p.19.

¹⁷⁸SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.183.

¹⁷⁹MUONDO, Daniel Luciano - Serviço público e a prestação o de serviços aos cidadãos nas instituições angolanas, *Revista Angolana de Ciências*, V 1, N 2 (2019), pp.223-242. Disponível em <http://publicacoes.scientia.co.ao/ojs2/index.php/rac/article/view/24/39>. p.229.

¹⁸⁰MARIANO, Monteiro; ALBUQUERQUE, Cynara; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; MENEZES, Newton - Serviços Públicos e Radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? In MARIANO, Monteiro; *Et al - Estado, política e Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2017. p.110.

De qualquer forma, o estudo do serviço público é de extrema importância dentro do Direito Administrativo, havendo autores como, é caso de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que afirmam ser o Estado nada mais do que um “conjunto de serviços públicos”¹⁸¹, sendo, dentro dessa ótica, a principal razão de ser do Poder Público, ao menos na atualidade, servir à população por meio da prestação das mais variadas formas de serviço público.

Consideramos, no entanto, que o serviço público é apenas uma das facetas do Estado, todas igualmente importantes, uma vez que concordamos com o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO de que a Administração Pública tem um conceito objetivo, que inclui as suas pessoas, órgão e agentes; e um conceito subjetivo, que inclui as suas funções, inclusive o serviço público¹⁸², sendo relevante o estudo de ambos os conceitos.

Outrossim, a divisão mencionada na parte final do parágrafo anterior não diminui a importância do estudo do serviço público, até mesmo porque todos os cidadãos usufruem, direta ou indiretamente, da prestação de serviços públicos em suas vidas, existindo uma infinidade de serviços públicos que beneficiarão todas as pessoas de forma indistinta, como, por exemplo, a iluminação pública e a limpeza das vias públicas, sendo por essas razões que DANIEL WUNDER HACHEM afirma ser fácil defender os serviços público como um instrumento para efetivar os direitos fundamentais sociais, além de ser ele próprio um direito fundamental¹⁸³.

Nesse diapasão, a teoria do serviço público surgiu em França e se espalhou pelo mundo¹⁸⁴, como uma decorrência do Estado deixar de ser tratado primordialmente como uma autoridade (Estado liberal clássico) para passar a ser tratado como um prestador de serviço (Estado intervencionista e garantidor da solidariedade social) para a sociedade¹⁸⁵, fazendo surgir a chamada “Escola de Serviço Público”, que trazia um conceito estritamente amplo do instituto, considerando todas as atividades realizadas pelo Poder Público como serviço público¹⁸⁶, diferentemente de como é estudado na atualidade, conforme foi acima mencionado.

Entretanto, mostrando-se ineficiente na prestação dos serviços sociais, o serviço público chega em uma terceira fase no qual se busca a prestação do mesmo de “modo efetivo e eficiente”¹⁸⁷, uma vez que começou a se entender não ser razoável prestar uma infinidade de serviços se eles não

¹⁸¹MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p.19.

¹⁸²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.74.

¹⁸³HACHEM, Daniel Wunder - Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material, *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*, V 55 (2014), pp. 123-158. Disponível em <http://dx.doi.org/10.21056/aecv.14i55.106>.p.129/130.

¹⁸⁴FREIRE, André Luiz - *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, São Paulo: Malheiros, 2014.p.205.

¹⁸⁵*Idem, ibidem*. p. 206.

¹⁸⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.131.

¹⁸⁷SANTO, Leonardo Motta Espírito; SOARES, Cláudia Ribeiro - Serviço Público, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.133-207. p.136.

satisfizerem efetivamente os anseios da população, até mesmo porque a qualidade dos serviços é mais relevante do que a mera quantidade.

A título de exemplo, na Coreia do Sul a dificuldade do Estado em satisfazer as necessidades da população em decorrência da crise supramencionada acabou fazendo com que a população passasse a dar mais credibilidade a algumas instituições privadas, como a Samsung e a Hyundai, do que ao Poder Público¹⁸⁸, o que não demonstra necessariamente que o serviço privado é melhor do que o público, mas demonstra a necessidade de se discutir o conceito e o conteúdo das atividades prestadas pelo Poder Público.

No mais, dois autores contribuíram de forma significativa para as discussões sobre o conceito de serviço público, quem sejam: LÉON DUGUIT e GASTON JÉZE. O primeiro, fundador da chamada “Escola de Direito Público”, defensor categórico de que o homem vive, sempre viveu e sempre só conseguirá viver em sociedade¹⁸⁹, dava um sentido sociológico ao serviço público, no qual ele seria todo serviço que deveria ser prestado, garantido ou regulado pelo Estado¹⁹⁰.

O segundo, por seu turno, defendia um conceito jurídico de serviço público, considerando que ele seria todo serviço prestado sobre um regime de Direito Público¹⁹¹, o chamado “publicatio”¹⁹².

Entretanto, ainda em França, o famoso caso BLANCO, no qual um pai buscava o ressarcimento de um dano causado à sua filha em face do descarrilamento de um vagonete de um transporte público francês e que foi decidido pelo Conselho de Estado Francês no ano 1873¹⁹³, acabou por fixar o entendimento de que existem atos praticados pelo Poder Público que são serviços públicos e outros não, estando apenas os primeiros sujeitos por completo a um regime jurídico de direito público, devendo, assim, ser julgados por uma jurisdição administrativa nos Estado que adotam o sistema de jurisdição dual, como é o caso da França e também como é o caso de Portugal¹⁹⁴.

Nesta senda, com o objetivo de obter uma definição acerca de quais seriam os serviços públicos existentes, os autores brasileiros e portugueses trazem ordinariamente três elementos, quais sejam: o elemento material, o elemento formal e o elemento subjetivo¹⁹⁵.

¹⁸⁸KIM, Pan Suk -Desafios a la capacidad pública en la era de una administración pública en evolución y reforma del gobierno - *Revista Gestão polít. Pública*, V 16, N 2 (2007), pp.511-537. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13316208.p.523>.

¹⁸⁹DUGUIT, Léon - *Fundamentos do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.p.39.

¹⁹⁰Idem. *Apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.246.

¹⁹¹JÉZE, Gaston. *Apud* OLIVEIRA, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.247.

¹⁹²NETO, Floriano de Azevedo Marques; VERAS; FREITAS, Rafael Vêras de - Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória - *R. de Dir. Público da Economia – RDPE*, Ano 14, N 56 (2016). pp.75-108. p.77.

¹⁹³GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.73.

¹⁹⁴Desse modo, apesar do famoso caso BLANCO ser sempre mencionado como um caso de relevância no estudo da publicitação da responsabilidade civil do Estado (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.844), ele também é um caso emblemático para definir quais atividades devem ser consideradas serviço público, o que também é um tema relevante para definir as atribuições dos tribunais dos Estados adotantes do sistema de jurisdição dual, assunto a ser aprofundado no Capítulo II deste estudo.

¹⁹⁵MARINELA, Fernanda - *Direito Administrativo*, 12ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.624.

O elemento material seria a existência de um serviço passível de ser utilizado pelos administrados, ou seja, seria uma análise do próprio serviço prestado, do seu conteúdo, sendo serviço público uma atividade que viesse a efetivamente satisfazer as necessidades da sociedade¹⁹⁶.

Já o elemento formal, por outro lado, seria a submissão a um regime jurídico de Direito Público¹⁹⁷, tornando-o objeto de estudo e regulação do Direito Administrativo e não de outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Civil ou o Direito do consumidor, que também estudam a prestação do serviço, porém sob um regime jurídico de Direito Privado.

Por fim, o elemento subjetivo seria a existência da presença do Estado, ou seja, uma atividade que necessariamente deve ter a sua prestação garantida pelo Poder Público¹⁹⁸, também de chamada “publicatio”¹⁹⁹.

Entretanto, nenhum desses três elementos serve para, isoladamente, definir a existência ou não de um serviço público²⁰⁰, o que acabou colaborando com a chamada “crise na noção de serviço público”²⁰¹, diante da dificuldade em se definir quais atividades deveriam ser prestadas pelo Estado, bem como quais atividades prestadas pelo Poder Público deveriam vir a ser consideradas serviço público.

O critério subjetivo não é o suficiente para definir o conceito porque entidades privadas também podem prestar serviços públicos por meio de uma delegação dada pelo Poder Público, ainda que esse último mantenha a titularidade do serviço, tal como será estudado ainda neste mesmo capítulo da presente investigação.

O critério material também não é o suficiente, pois existem algumas atividades que só serão serviços públicos caso prestadas pelo Poder Público, como as atividades de educação, que ordinariamente são livres para a iniciativa privada, desde que respeitadas as delimitações legais, situação na qual não haverá o que se falar nem mesmo em delegação do Poder Público, salvo para algumas atribuições específicas de gestão educacional.

O critério formal, por seu turno, é, em verdade, uma característica do serviço público para que ele seja considerado prestado de forma regular, até mesmo porque algumas atividades podem ser realizadas pelo Poder Público e regidas pelo Direito Administrativo ou realizadas da mesma forma pela

¹⁹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.139.

¹⁹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.p.670.

¹⁹⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.76.

¹⁹⁹RAIMUNDO, Miguel Assis - *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007.p.70.

²⁰⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.26.

²⁰¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.140.

iniciativa privada sem necessidade de delegação, situação na qual normalmente serão regidas pelo Direito do Consumidor ou pelo Direito Civil, conforme acima mencionado.

Outrossim, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ainda lembra que não é o simples fato de o serviço ser extremamente relevante para a população que o torna um serviço público, pois existem diversos serviços prestados pela iniciativa privada que também são de suma importância para a sociedade, como os serviços agrícolas e os industriais²⁰², que devem até mesmo receberem o apoio do Estado por meio de medidas de fomento. PEDRO GONÇALVES, por outro lado, define o serviço público com uma atividade administrativa que deve ser assegurada por uma entidade da Administração Pública²⁰³.

Assim, urge a necessidade de definir que atividades são consideradas serviços públicos, questão também tormentosa na seara da doutrina administrativista tendo em vista a existência de entendimentos doutrinários diversos, bem como devido ao fato, tal como lembram SÉRGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD, de algumas atividades poderem ser consideradas imprescindíveis em algumas localidades e um luxo ou uma impossibilidade fática em outras, como acontece, no exemplo dado pelos referidos autores, no caso do tratamento de água e esgoto²⁰⁴. Nesse sentido, MARIA TEREZA FONSECA DIAS afirma três campos no respeitante ao conceito de serviço público: aquele serviço que necessariamente deve ser serviço público, aquele que não pode ser público e uma zona cinzenta²⁰⁵.

ODETE MEDAUAR traz o que ela chamada de “Núcleo pacífico do serviço público, que seriam: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas; correios”²⁰⁶.

Desse modo, nas situações acima, na ótica da autora, não existem discussões de que se está diante de serviços públicos, o mesmo não acontecendo com outras situações nas quais os autores de Direito Administrativo divergem sobre a sua natureza jurídica, ou seja, discutem se são ou não um serviço público.

Em verdade, concordamos com quase todos os exemplos da autora citada no parágrafo anterior, menos com os correios, que entendemos que pode ser prestado livremente pela iniciativa privada, como acontece em vários Estados, apesar de no Brasil especificamente o referido serviço ser prestado em regime de monopólio estatal²⁰⁷, enquanto em Portugal uma sociedade anônima com

²⁰²MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Serviço público: conceito a características - *Acervo Jurídico da UNAM*, pp.39-53. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/.pdf>. p.43

²⁰³GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.1080.

²⁰⁴FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri - *Autorização de Serviço Público*, São Paulo: Malheiros, 2018. p.24.

²⁰⁵DIAS, Maria Tereza Fonseca - *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.214.

²⁰⁶MEDAUAR, Odete - Serviço Público - *Revista de Direito Administrativo*, V 189 (1992), pp.100-113. Disponível em http://dx.doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45285_p.109

²⁰⁷Constituição Brasileira de 1988: Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

capital totalmente privado é a principal responsável pela prestação dele por meio de uma concessão realizada com o Estado Português²⁰⁸.

Por outro lado, não temos dúvidas também, por exemplo, que a iluminação pública e a limpeza das ruas são serviços públicos que obrigatoriamente devem ter a prestação garantida pelo Estado, ainda que esse último passe a mera execução, mas não a titularidade, para a iniciativa privada, tal como será cá aprofundado.

CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, por outro lado, traz algumas situações que evidentemente não podem ser serviços públicos, como, por exemplo, os cassinos²⁰⁹, que no Brasil, diferentemente de Portugal, são até mesmo, por expressa disposição legal, proibidos²¹⁰.

Em Portugal, apesar da legislação permitir os jogos de azar sob a tutela do Estado²¹¹, não há como os considerar serviços públicos, uma vez que os cassinos são atividades meramente de entretenimento envolvendo jogos e apostas, ainda que prestados por meio de uma concessão e ainda que possam ser prestados diretamente pelo Estado tal como afirma DIOGO FREITAS DO AMARAL²¹², que, em obra do começo do século conjunta com LINO TORGAL, categoricamente afirma que os jogos de azar não são serviços públicos, mesmo sujeitos a um regime jurídico-público devido ao fato de serem realizados mediante a feitura de um contrato público²¹³. Entendimento em sentido contrário, no entanto, tem PEDRO GONÇALVES, que efetivamente considera entidades que exploram jogos de azar concessionárias de serviços públicos²¹⁴.

Desse modo, a permissão dos referidos jogos em Portugal se deu em face do reconhecimento de que, como não se pode evitar os mesmos, é melhor que a sua prestação seja realizada sob a fiscalização do Estado de forma a garantir a lisura dos jogos²¹⁵, além da legalidade também permitir a cobrança de tributos e, em consequência, o aumento da receita pública, representando, assim como afirma SÉRVULO CORREIA, uma forma de “obtenção de receitas e de moralidade pública”²¹⁶.

Dentro do que foi acima aludido, os autores de Direito Administrativo comumente costumam afirmar a existência de um conceito amplo e de um conceito restrito de serviço público²¹⁷.

²⁰⁸Decreto-Lei n.º 448/99, Diário da República N.º 257, *Série I-A* (04.11.1999).

²⁰⁹ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996. p.21.

²¹⁰No Brasil a proibição dos cassinos existe desde 1946 com a expedição do decreto-lei 9215 que “Proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional” e que até hoje está em vigor, sendo recepcionado pela Constituição de 1988 como Lei Ordinária.

²¹¹No caso, o Decreto-Lei Português 422/89, que prevê “Artigo 1.º Jogos de fortuna ou azar Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte. Artigo 2.º Tutela A tutela dos jogos de fortuna ou azar compete ao membro do Governo responsável pelo sector do turismo”.

²¹²AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003. p.579.

²¹³AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.571.

²¹⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.827.

²¹⁵ALMEIDA, João Amaral; SÁNCHEZ, Pedro Fernandes - *Temas de Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.Tomo I. p.192.

²¹⁶CORREIA, José Manuel Sêrvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.419.

²¹⁷FREIRE, André Luiz - *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, São Paulo: Malheiros, 2014. p.221

Assim, pelo conceito amplo, serviço público seria toda atividade prestada pelo Poder Público de forma direta ou indireta, já pelo sentido estrito seria serviço público tão-somente as atividades tipicamente administrativas, sejam elas prestadas pelo Poder Público ou pela iniciativa privada por meio de delegação.

Nesse último caso, no entanto, existiriam três variações de entendimento: os possuidores do entendimento de que só serviço público aquelas atividades fruíveis singularmente pelos administrados (“uti singuli”); os que entendem ser serviço público tanto as atividades fruíveis singularmente como as não fruíveis singularmente (“uti universi”) e, por fim, os que entendem que só são serviços públicos aquelas atividades de titularidade do Poder Público e passíveis de financiamento por meio de taxa ou tarifa, a depender da cobrança ter natureza tributária ou não²¹⁸, porém DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL não concordam com esse último entendimento, pois os mesmos, ainda com base na legislação portuguesa anterior, vislumbravam a possibilidade de concessão para a iniciativa privada de serviços nos quais não haja a cobrança de tarifas aos usuários, situação na qual caberia ao Poder Público remunerar os concessionários²¹⁹.

De qualquer forma, nem no Brasil nem em Portugal nem na União Europeia²²⁰ existe um conceito legal de serviço público, o que acaba dando uma certa margem de discricionariedade ao Poder Público no momento de definir se uma atividade é ou não serviço público, não existindo, dessa forma, um limite objetivo para definir o que é um serviço público, o que implica, tal como lembra JACQUES CHEVALLIER, na possibilidade de algo passar a ser considerado um serviço público a qualquer momento independentemente de existir uma atividade social²²¹.

Entretanto, a definição de uma atividade como serviço público ou não deve ser realizada com muita cautela, principalmente no que diz respeito às atividades essenciais, onde se exige uma forte fiscalização e regulamentação da Administração Pública para que não se corra o risco de, com a prestação pela iniciativa privada, as partes menos favorecidas fiquem sem acesso a serviços essenciais, até mesmo porque esses últimos são os principais destinatários dos direitos sociais²²².

No mais, a ausência de um conceito predeterminado na lei acerca do serviço público pode facilitar a atuação do administrador público, pois deixa o exercício da sua atividade menos engessada, porém acaba vindo por gerar outra divisão na doutrina administrativista, qual seja: os autores convencionalistas-legalistas de um lado e os autores essencialistas do outro. Os primeiros seriam os

²¹⁸ *Idem, ibidem*. p.222/224.

²¹⁹ AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.474.

²²⁰ A Directiva 2014/24/EU traz em seu artigo 2º alguns conceitos e afirma que serviço público seria aquele serviço que não é uma obra pública. Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>.

²²¹ CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins, Belo Horizonte, 2017.p.56.

²²² AGRA, Walber Moura - *Curso de Direito Constitucional*, 9ªed, Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.315.

que defendem só ser serviço público o que a lei ou a Constituição expressamente define como sendo serviço público e os defensores da segunda corrente defendem ser serviço público toda atividade que essencialmente deve ser prestada pelo Estado, ainda que mediante delegação para a iniciativa privada²²³, sendo os primeiros mais focados na forma e os segundos mais focados no conteúdo.

O fato é que existem algumas atividades essenciais e que necessariamente deverão ser prestadas pelo Estado e outras ditas como secundárias e que o Estado, dentro dos recursos disponíveis, vai analisar a conveniência e a oportunidade de as prestar de forma direta ou indireta.

Existem, ainda, outras atividades que a população tem o interesse de usufruir, mas que o mercado não tem condições de oferecer sem cometer distorções ou injustiças sociais ou que simplesmente não são prestados pela iniciativa privada, cabendo ao Poder Público garantir a prestação deles²²⁴.

Nos casos mencionados no parágrafo anterior, a prestação de um serviço pelo próprio Estado pode ser uma forma de diminuir as desigualdades ao permitir que todas as pessoas, em especial a menos favorecidas economicamente, possam ter acesso a determinados bens de consumo²²⁵.

No Brasil existe uma lei trazendo algumas situações que expressamente serão objeto de contrato público permissão ou contrato público de concessão²²⁶, porém as hipóteses previstas na referida lei são meramente exemplificativa, pois não há como o legislador prever todas as situações passíveis de delegação para a iniciativa privada, uma vez que a necessidade de realizar uma concessão ou uma permissão de serviço público pode decorrer das necessidades de cada caso concreto, bem como da conjectura econômica e social vigente no momento em se decidir pela prestação de determinado serviço público.

De qualquer forma, sendo uma atividade prestada diretamente pelo Estado ou sendo uma atividade delegada por esse último para a iniciativa privada ou sendo, ainda, uma atividade prestada em regime de parceria entre o Poder Público e a e pessoas jurídicas de Direito Privado, conforme será estudado na presente tese de doutoramento, haverá a incidência, ainda que parcial em determinadas situações, de um regime jurídico de Direito Público, mas especificamente de Direito Administrativo.

Passemos a analisar as formas de prestação dos serviços públicos.

²²³AGUILLAR, Fernando Herren - *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad. 1999. p.126

²²⁴RODRIGUES, Carlos - *Governança de Organização Públicas em Portugal: a emergência de modelos diferenciados*, Ramada: Pedagogo, 2011. p.99.

²²⁵*Idem, ibidem*. p.101.

²²⁶Lei Brasileira 9074/95: Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União: IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública; V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;(Redação dada pela Lei nº 13.081, de 2015) VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas VII - os serviços postais. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

1.5.1 Formas de Prestação do Serviço Público

A prestação do serviço público é, como afirma MARK ROBINSON, uma atividade complexa, principalmente em grandes centros urbanos e com uma grande população²²⁷. De qualquer forma, o Poder Público não pode se curvar em garantir a prestação dos serviços essenciais e em procurar o fazer com a melhor qualidade possível atendendo aos interesses da população interessada.

BRUNO LOPES MEGNA frisa que, se o século XX foi o momento de exaltar a importância da prestação do serviço público, no século XXI o foco de preocupação se deu com a forma como o serviço público é prestado²²⁸.

Quando o Poder Público precisa realizar um serviço público, ordinariamente, existem duas opções, quais sejam: prestar diretamente ou indiretamente por meio de delegação para a iniciativa privada.

Além disso, existe a possibilidade de o serviço público prestado ser gratuito ou oneroso. Na primeira situação o próprio Poder Público arca com o valor do serviço, o mesmo acontecendo indiretamente com toda a população, inclusive com os não usuários do serviço. Já na segunda situação existe a possibilidade de o Poder Público repassar todos os custos para os usuários do serviço, o que desonera indiretamente a população não usuária efetiva do serviço que está sendo prestado. Na primeira hipótese prevalece o princípio da solidariedade e na segunda hipótese prevalece o princípio do benefício²²⁹.

Desse modo, dentro de um juízo de mérito, caberá ao Poder Público analisar quais serviços públicos, o mesmo acontecendo com as obras públicas, são essenciais a ponto de toda a população colaborar com eles ainda que não se beneficiem direta ou indiretamente e quais serviços públicos e obras públicas devem ser custeados apenas por quem efetivamente usufrui dos mesmos.

De fato, em uma análise superficial, podemos visualizar algumas situações que todos são beneficiados, como a segurança pública; outras situações na qual nem todos são beneficiados, como os serviços de saúde pública, normalmente não utilizados pelas pessoas que possuem plano de saúde, mas que normalmente não se discute, nem no Brasil nem em Portugal, acerca da necessidade de que os mesmos sejam prestados de forma graciosa pelo Poder Público; bem como situações nas quais apenas alguns são beneficiados e normalmente pagam pelo mesmo, como os serviços de manutenção de estradas, no qual normalmente são beneficiados apenas os proprietários de veículos automotores, que representam uma parcela mais privilegiada da população, o que torna mais natural a delegação

²²⁷ROBINSON, Mark - Does Decentralization Improve Equity and Efficiency in Public Service Delivery Provision? *IDS Bulletin. Institute of Development Studies*, V3, N 1 (2007), pp. 7-17. p.15.

²²⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.86.

²²⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.175.

para a iniciativa privada mediante a cobrança de pedágios dos usuários que efetivamente se utilizarem das estradas.

Importante mencionar que quando o Poder Público adota a opção de prestar o serviço público indiretamente, o serviço não passa a ser privado, não deixa de ser público, o direito subjetivo do usuário deve continuar sendo preservado²³⁰, não há uma desafetação do serviço²³¹, o serviço continua sendo estatal, continua regido por um regime de direito público, ainda que prestado temporariamente por uma pessoa jurídica de direito privado, até mesmo porque, como afirma THIAGO LIMA BREUS, em um contrato público de delegação a Administração Pública transfere a prestação do serviço, mas continua com o “controle das variáveis atinentes ao cumprimento do contrato”²³².

Em verdade, o Poder Público não delega o serviço público propriamente dito, pois continua com a titularidade do mesmo²³³, delegando apenas a sua execução para a iniciativa privada²³⁴ e, após o fim do prazo do contrato público, o serviço volta a ser prestado pelo Poder Público, salvo se existir uma nova delegação, podendo, ainda, o serviço ser retomado antes do prazo avençado no caso de interesse público superveniente ou quando o delegatário não cumprir a contento as suas obrigações delimitadas no contrato firmado com a Administração Pública.

Por outro lado, sendo o serviço público prestado diretamente pela própria Administração Pública, tornar-se relevante fazer a diferenciação entre o instituto da desconcentração e o instituto da descentralização, que serão objeto de estudo no próximo tópico.

1.5.2 Prestação Direta: Descentralização e Desconcentração

O presente assunto é relevante para a presente tese, pois o estudo da descentralização e da desconcentração está inserido no estudo da organização administrativa, que é um estudo, tal afirma MARIA TEREZA FONSECA DIAS, que reflete a história de cada Estado, pois as formas organizacionais estatais representam as peculiaridades de cada local de acordo com cada época²³⁵.

Ambos os institutos cá mencionados são espécies de descentração, que representa a alteração de algo que está centralizado e concentrado²³⁶. Entretanto, não há de confundir descentralização com desconcentração. No Brasil, a grande semelhança entre os dois institutos é que tanto na desconcentração como na descentralização existe uma divisão de atribuições, uma distribuição de

²³⁰DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.215.

²³¹FILHO, Marçal Justen - As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público, *Revista de Direito Público da Economia Editora Fórum*, N 1 (2003). pp.95- 136. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjff60.pdf>. p.95.

²³²BREUS, Thiago Lima - *Contratação Pública Estratégica: o contrato como instrumento de governo e implementação de políticas públicas*, São Paulo: Almedina, 2020.p.12.

²³³AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.620.

²³⁴NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.571.

²³⁵DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.231.

²³⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.511.

competência, que seriam os poderes para a realização das atribuições, distribuição essa que tem como fito viabilizar a prestação do serviço público de forma mais especializada. A diferença é que na desconcentração brasileira essa divisão se dá dentro da mesma pessoa jurídica em uma relação de subordinação e coordenação²³⁷, enquanto na descentralização a divisão se dá para outra pessoa jurídica, existindo nessa última mais de uma pessoa, enquanto na desconcentração existe uma só pessoa²³⁸. Em Portugal, DIOGO FREITAS DO AMARAL traz diferenciação similar ao mencionado pelos autores brasileiros ao afirmar que na desconcentração existe a distribuição de competência por diversos graus de hierarquia em uma mesma pessoa coletiva pública, enquanto na descentralização existe efetivamente outra pessoa diferente do Estado²³⁹.

Entretanto, PEDRO GONÇALVES, também estudando a legislação portuguesa, analisa os institutos de forma diferente, afirmando que a desconcentração se divide em interna (dentro da mesma pessoa jurídica) e externa (para outras pessoas jurídicas)²⁴⁰, enquanto a descentralização se daria para uma pessoa coletiva de outro ponto da organização administrativa²⁴¹.

Focados nessas diferenciações, passemos a analisar cada instituto individualmente.

Conforme acima mencionado, no Brasil a desconcentração é a divisão de competência para órgãos dentro da mesma pessoa jurídica²⁴² e a relação da pessoa jurídica com o ente que recebeu a atribuição é uma relação de hierarquia, é uma verdadeira autotutela, ou seja, uma tutela de um ente que está dentro de si. Desse modo, a desconcentração no Brasil está ligada à chamada Teoria do Órgão²⁴³, uma vez que são criadas estruturas dentro da mesma pessoa jurídica tal como os órgãos humanos estão dentro do corpo²⁴⁴. Assim, o termo “desconcentração” no Brasil parece ser bem aplicado para o fim que se deseja: evitar a concentração de atribuições dentro da mesma pessoa jurídica em apenas um lugar, descongestionando o órgão central e, em consequência, tornando os afazeres administrativos mais céleres²⁴⁵ tendo em vista que passarão a ser realizados de forma mais especializada.

Desse modo, são casos de desconcentração no Brasil os ministérios, as secretárias e as repartições das pessoas jurídicas em localidades regionais, o que se aproxima do que em Portugal se chama de “administração periférica”²⁴⁶ ou local²⁴⁷, que seria composta justamente pelos órgãos e

²³⁷DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.231.

²³⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009. p.151.

²³⁹AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.690.

²⁴⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.512

²⁴¹*Idem, ibidem*. p.518.

²⁴²ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 107.

²⁴³NOHARA, Irene Patrícia - *Direito administrativo*, 9ªed, São Paulo: Atlas. 2019. p.256.

²⁴⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108.

²⁴⁵FLAMME, Maurice-André - *Droit Administratif. Tome Premierp*, Bruxelas: Bruylant, 1989.p.107.

²⁴⁶AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.283.

serviços que possuam uma competência territorial limitada e que estejam sob a direção de um órgão central²⁴⁸.

Assim, caso uma pessoa sofra um dano decorrente de atos praticados por essas entidades, eventual ação judicial deverá ser intentada em desfavor da pessoa jurídica que elas integram e não em face do órgão, que é desprovido de personalidade jurídica²⁴⁹.

Em Portugal, por outro lado, conforme visto acima, existe a desconcentração interna (que assemelha à desconcentração no Brasil) na qual uma atribuição acaba sendo transferida de um órgão para outro²⁵⁰ e, para parte da doutrina, a desconcentração externa (que se assemelha a descentralização brasileira).

Desse modo, existe uma semelhança entre a desconcentração portuguesa e brasileira no sentido de que em ambos os Estados o termo é utilizado para uma divisão de atribuição para perto, com a diferença de que no Brasil a desconcentração se dá sempre dentro da mesma pessoa jurídica, diferentemente de Portugal onde, para parte da doutrina, ela pode se dar para outra pessoa jurídica.

Outrossim, conforme será estudado em seguida, o termo Administração Indireta está extremamente vinculado à descentralização, porém dentro da própria Administração Indireta existe desconcentração, pois as entidades que a integram também podem se dividir em órgãos.

Sobre a descentralização, nas palavras ainda atuais de AUGUSTO OLIVEIRA: “descentralizar é desligar do centro, dando uma independência relativa a subdivisões”²⁵¹. Desse modo, na descentralização Brasileira a distribuição de competência se dá para uma pessoa jurídica diversa daquela que transmitiu a atribuição, sendo um conceito intimamente ligado ao conceito de Administração Indireta não existindo uma hierarquia, mas apenas uma tutela, o que faz o Poder Público responsável por delegar a atribuição realizar um controle em relação à pessoa jurídica que recebeu a sua atribuição, porém esse controle é meramente finalístico, apenas analisando se essa última está efetivamente cumprindo os fins que justificaram a sua criação²⁵².

Em Portugal, por outro lado, ao estudar a Administração Indireta, a doutrina portuguesa afirma existir tanto uma tutela como uma superintendência a depender da situação, existindo a primeira no

²⁴⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.753.

²⁴⁹*Idem, ibidem*.p.283.

²⁵⁰Em Portugal, Pedro Gonçalves traz a situação anômala de um órgão sem vínculo com qualquer pessoa jurídica, quem seja: a assembleia distrital. (Cf. GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.571).

²⁵¹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.512.

²⁵²OLIVEIRA, Augusto - *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra: Livraria Neves, 1914. p.186.

²⁵³Desse modo, na relação de tutela não existe uma hierarquia, não existe uma subordinação, existe uma mera supervisão, que tem o intuito apenas de orientar a pessoa jurídica tutelada a cumprir corretamente suas atribuições legais, mas sem interferência direta, pelo menos no plano teórico, nas tomadas de decisões. Desse modo, quando se é criada uma pessoa jurídica para a prestação de um serviço público, essa nova pessoa adquire uma autonomia para a realização das atribuições que recebeu, porém, essa autonomia não é absoluta, pois deve estar atrelada aos fins que justificaram a sua criação.

caso das autarquias e a segunda no caso das empresas públicas²⁵³. No mais, a diferença entre uma e outra seria de que na tutela existe uma mera fiscalização entre duas entidades autônomas entre si²⁵⁴, ainda que com a possibilidade de forte intervenções nos aspectos financeiros²⁵⁵, diferentemente da superintendência onde existe uma efetiva orientação²⁵⁶ e uma intervenção na própria gestão²⁵⁷, sendo a mesma, tal como afirma DIOGO FREITAS DO AMARAL, uma “tutela reforçada”²⁵⁸, gerando uma verdadeira supremacia de entidade em relação à outra²⁵⁹.

A ideia da descentralização está em consonância com o princípio da especialidade, pois uma pessoa jurídica é criada apenas para realizar uma atividade determinada²⁶⁰ e o referido princípio recomenda, na medida em que assim for possível, que as funções administrativas sejam prestadas por pessoas jurídicas que tenham autonomia administrativa para o exercício de suas funções e que sejam criadas por lei específica²⁶¹, ou, ainda, tal como afirma DIOGO FREITAS DO AMARAL ao analisar a realidade portuguesa, “criadas por iniciativa pública”²⁶², ou seja, por meio de uma lei ou de um ato público baseado em uma lei²⁶³.

No mais, a descentralização não pode ser considerada apenas uma mera técnica de administração, mas sim uma forma para o Poder Público melhor executar as atividades administrativas²⁶⁴, o que se faz necessário em virtude de um alargamento e de um aumento de complexidade da Administração Pública²⁶⁵.

De fato, a partir do momento em que existe uma pessoa jurídica criada para um fim específico, ela poderá, por exemplo, nomear agentes públicos com formação específica para as suas finalidades e por meio de seleções públicas com provas nas quais se cobrem o conteúdo específico necessário para a realização da atividade-fim da pessoa jurídica criada²⁶⁶.

Outrossim, como o Brasil adotou um sistema de governo federado com a presença de quatro entes autônomos, quais sejam: a União, os estados-membros, os municípios e o Distrito Federal²⁶⁷, a

²⁵³AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.348/349.

²⁵⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.911.

²⁵⁵*Idem, ibidem*. p.507.

²⁵⁶AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.348/349. p.349.

²⁵⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.778.

²⁵⁸AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.747.

²⁵⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.905.

²⁶⁰PESTANA, Márcio - *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.51

²⁶¹MAZZA, Alexandre - *Manual de Direito Administrativo*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2015. p.104.

²⁶²AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.618.

²⁶³GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.540.

²⁶⁴FREIRE, André Luiz - *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. p.162.

²⁶⁵OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.66.

²⁶⁶Desse modo, por exemplo, uma autarquia previdenciária brasileira poderá ter analistas de seguridade social ou uma autarquia ambiental brasileira poderá ter analistas ambientais com profissionais selecionados e capacitados dentro das respectivas áreas de conhecimento, não existindo dúvida acerca da importância da descentralização para a melhor prestação dos serviços públicos.

²⁶⁷Constituição da República Brasileira de 1988: Art.1º Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

descentralização é realizada por cada um desses entes autônomos, sendo extremamente ampla. Portugal, por outro lado, adotou um sistema unitário de Estado, o que faz a descentralização acabar ganhando um viés diferenciado, pois a mesma representa a existência de um grupo de pessoas ou de uma coletividade não estatal e que possuam um elemento agregador e a existência de interesses comuns e que, por isso, recebem a delegação de competências ou funções da Administração Pública²⁶⁸, o que pode se dar por meio de uma transferência ou de forma originária²⁶⁹, existindo a descentralização territorial, que é o caso das autarquias e a descentralização funcional ou corporativa, que se dá em relação à uma atividade econômica ou profissional, como é o caso das associações públicas profissionais²⁷⁰.

Nesse sentido, J.J.CANOTILHO e VITAL MOREIRA dividem em Portugal a descentralização administrativa em descentralização das entidades (população e território) e descentralização institucional ou funcional. A primeira seriam as Autarquias Locais e Regiões Autônomas e a segunda seria a Administração Indireta do Estado²⁷¹. No mais, a própria Constituição da República Portuguesa, no mesmo momento em que afirma ser um Estado Unitário, expressamente prevê a descentralização democrática da Administração Pública²⁷², devendo, na medida em que assim for possível, inclusive materialmente, o Poder Público em Portugal se organizar por meio de pessoas coletivas distintas do próprio Estado e que tenham a participação da população, como no caso das universidades pública e das associações públicas²⁷³, o que é uma forma de aproximar os serviços públicos da população efetivamente interessada em usufruir dos mesmos²⁷⁴. Outrossim, Portugal não é considerado por completo um Estado unitário porque possui duas regiões autônomas, quais sejam: os arquipélagos dos Açores e da Madeira²⁷⁵.

Ademais, tendo em vista a previsão constitucional acerca da descentralização em Portugal acima mencionada, bem como o princípio da subsidiariedade previsto na Constituição Portuguesa²⁷⁶, existe quem defenda em Portugal o “Princípio da Máxima Descentralização”²⁷⁷. Entretanto, concordamos com JOSÉ CARLOS VIEIRA ANDRADE quando ele afirma que, em verdade, deve ser buscado

²⁶⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.518/519.

²⁶⁹*Idem, ibidem*. p.520.

²⁷⁰*Idem, ibidem*. p.521.

²⁷¹CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - *CRP-Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora: 2007. p.235.

²⁷²Constituição da República Portuguesa de 1976. Art.6º: 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.

²⁷³MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.79.

²⁷⁴ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.109.

²⁷⁵AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.554.

²⁷⁶Constituição Portuguesa de 1974: Artigo 6.º Estado unitário. 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da **subsidiariedade**, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública. (Grifos Nossos).

²⁷⁷ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017.p.110.

um equilíbrio eficiente entre o “princípio da descentralização”²⁷⁸ de um lado e o “princípio da unidade de acção”²⁷⁹ do outro lado, pois a busca pela criação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços público especializados não deve ser realizada de forma desenfreada, mas sim sempre como forma de buscar a preservação do interesse público²⁸⁰.

No mais, o estudo da descentralização em Portugal se assemelha ao estudo do tema no Brasil, pois em ambos os casos existe transferência de atribuições para outras pessoas coletivas distintas do estado, a diferença é que no Brasil a distribuição de competência no âmbito da Administração Pública para outra pessoa será sempre uma descentralização, enquanto em Portugal será, a depender da situação e para parte da doutrina, uma descentralização ou uma desconcentração²⁸¹.

CARLOS RODRIGUES, por outro lado, de forma similar ao visto até então, divide a Administração Pública portuguesa em Administração Central e Administração Local, a primeira se dividindo em direta, indireta e independente e a segunda sendo justamente a Administração Autônoma, composta pelas Autarquias Locais, pelos Municípios e pelas Freguesias.²⁸² PEDRO GONÇALVES, por outro lado, afirma que as autarquias locais em Portugal se dividem em municípios e freguesias²⁸³, divisão não existente no Brasil²⁸⁴.

No Brasil, conforme previsão no Decreto-Lei 200/67, que foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988 como Lei Ordinária, a Administração Indireta é composta pelas Autarquias; pelas Fundações Públicas e pelas chamadas empresas estatais, quem sejam: as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas, que, apesar de integrarem a Administração Pública indireta, são pessoas jurídicas de direito privado²⁸⁵, tal como também acontece em Portugal²⁸⁶.

Importante reforçar que a autarquia no Brasil não se confunde com a autarquia em Portugal. No Brasil as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com a função de exercer de forma descentralizada serviços públicos, existindo autarquias federais, estaduais, municipais

²⁷⁸ *Idem, ibidem*. p.111.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*. p.111.

²⁸⁰ De qualquer forma, o estudo da organização da Administração Pública em Portugal é extremamente difícil e com uma série de divergências doutrinárias, chegando ao ponto de DIOGO FREITAS DO AMARAL afirmar que o sistema de divisão administrativa de Portugal é “extraordinariamente confuso, complexo e excessivo” (Cf. AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.291).

²⁸¹ As administrações autónomas portuguesas se aproximam dos chamados estados-membros brasileiros e dos municípios brasileiros, pois cuidam de interesses específicos da comunidade local e possuem autoadministração (Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.71), com a diferença que no Brasil os interesses dos municípios são também chamados de interesses locais e os interesses dos estados-membros são chamados de interesses regionais, diferenciando ambos dos interesses da União, que são considerados nacionais.

²⁸² RODRIGUES, Carlos - *Governança de Organização Públicas em Portugal: a emergência de modelos diferenciados*, Ramada: Pedagogo, 2011. p.203.

²⁸³ GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.142.

²⁸⁴ As referidas divisões não são realizadas pela doutrina brasileira justamente devido ao fato de o Brasil ter adotado um sistema federado de governo, conforme acima mencionado, já existindo uma autonomia constitucional dos Municípios, dos Estados-Membros e do Distrito Federal, onde está situada a capital, todos integrantes, conjuntamente com a União, da República Federativa do Brasil.

²⁸⁵ Decreto-Lei Brasileiro: 200/67: Art. 4º A Administração Federal compreende: II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas.

²⁸⁶ GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.734.

e distritais²⁸⁷, como normalmente é o caso das universidades federais e dos institutos federais de educação no Brasil, assemelhando-se as autarquias brasileiras aos institutos públicos de Portugal²⁸⁸, que também são criados por atos legislativos²⁸⁹, como as universidades e os institutos politécnicos²⁹⁰. Por outro lado, em Portugal as Autarquias são equivalentes aos Municípios brasileiros, sendo pessoas coletivas territoriais responsáveis pelos interesses da população local²⁹¹, inclusive possuindo autonomia normativa²⁹², tratando-se de unidades de poder local e que podem ser as Freguesias, os Municípios ou as Regiões Administrativas²⁹³, possuindo um estatuto comum uniforme²⁹⁴, ainda que sejam uma espécie de descentralização, conforme acima mencionado, tendo em vista que Portugal é um Estado unitário. De qualquer forma, urge frisar que as autarquias portuguesas possuem autoadministração, porém não possuem autogoverno²⁹⁵, o que as diferenciam das regiões autônomas de Açores e Madeira e dos próprios municípios brasileiros²⁹⁶.

No mais, em Portugal, a Administração Indireta é composta por toda pessoa coletiva que recebe por força de lei ou ato fundamentado em lei uma atribuição originária do Estado²⁹⁷, incluindo, segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, as empresas públicas²⁹⁸. Desta feita, segundo JOSÉ CARLOS VIEIRA ANDRADE, a Administração Indireta em Portugal é composta pelas Administrações Indiretas Públicas, que se dividem em Institutos Públicos, em Fundos Públicos e em Entidades Públicas Empresariais²⁹⁹;

²⁸⁷Decreto-Lei Brasileiro: 200/67: Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

²⁸⁸OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.67.

²⁸⁹AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.323.

²⁹⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.143.

²⁹¹AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.407.

²⁹²ROCHA, Joaquim Freitas. Constituição, ordenamento e conflitos normativos - *Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.705.

²⁹³Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 235.º Autarquias locais 1. A organização democrática do Estado compreende a existência de autarquias locais 2. As autarquias locais são pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas. Artigo 236.º 1. No continente as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas.

²⁹⁴Lei Portuguesa 75/2013(Regime Jurídico das Autarquias Locais): Artigo 1.º: objeto: 1 - A presente lei aprova: a) O regime jurídico das autarquias locais; b) O estatuto das entidades intermunicipais; c) O regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, assim como da delegação de competências do Estado nas autarquias locais e nas entidades intermunicipais e dos municípios nas entidades intermunicipais e nas freguesias; d) O regime jurídico do associativismo autárquico. ticarr

²⁹⁵AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.414.

²⁹⁶O termo autarquia foi utilizado pela primeira vez na Itália no ano de 1897 por SANTI ROMANO querendo se referir ao descentramento administrativo das comunas e províncias existentes no Estado Unitário italiano. O termo autarquia foi o escolhido porque o prefixo "autós" significa próprio e "arquia" significa comando, as Autarquias seriam, desse modo, pessoas jurídicas possuidoras de autonomia e comando próprio. (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.538). Assim, tanto no Brasil como em Portugal o termo autarquia é usado conforme sua origem etimológica, a diferença se dá justamente pelo fato do Brasil ser um Estado Federado (Cf. SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 43ªed, Malheiros: São Paulo, 2020.p.101), sendo o termo autarquia utilizado para uma pessoa jurídica pública integrante da Administração Indireta e que presta um serviço público de forma especializada, diferentemente de Portugal, que é um Estado Unitário, onde o termo é usado para designar um ente de âmbito local.

²⁹⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.757,

²⁹⁸RAIMUNDO, Miguel Assis - *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007.p.66.

²⁹⁹ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.116.

pelas Administrações Indiretas Privadas³⁰⁰ e pelas Administrações Indiretas Independentes, que são as autoridades de supervisão e regulação da economia³⁰¹.

Visto quem integra a Administração Pública direta e indireta no Brasil e em Portugal e demonstrando a importância do tema estudado neste tópico para a presente tese, existem autores brasileiros defendendo também ser o caso de descentralização a delegação do serviço público para pessoas não integrantes da Administração Pública (nem direta nem indireta)³⁰², como seria o caso das concessionárias de serviços públicos, entendendo que elas integram a Administração Pública em seu aspecto funcional³⁰³. Já em Portugal, PEDRO GONÇALVES também inclui dentro do conceito de Administração Indireta as concessionárias de serviços públicos e de obras públicas, que não estariam institucionalmente dentro da Administração Pública, mas que, devido ao fato de exercerem funções públicas, poderiam ser designadas como Administração Pública delegada³⁰⁴ dentro de um sentido funcional³⁰⁵.

No entanto, nos casos mencionados nos parágrafos anteriores existe, diferentemente das outras realidades estudadas no presente tópico, uma relação contratual e que deve, como regra, ser antecedida de uma seleção pública tanto no Brasil como em Portugal dando igual oportunidade a todos os interessados, não sendo necessário, além disso, a existência de uma lei, decorrendo a delegação de um contrato público que é realizado entre o Poder Público e o ente privado que será responsável pela prestação do serviço público.

Ademais, tanto no caso do serviço público realizado pela Administração Pública Direta como no caso do serviço público prestado pela Administração Pública Indireta existe uma prestação direta pelo Poder Público, não havendo o que se falar na feitura de um contrato público, diferentemente do que acontece nas delegações.

Assim, passaremos a partir do tópico seguinte a estudar as formas de delegação de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro e português, bem como as peculiaridades inerentes a cada forma de delegação.

³⁰⁰ *Idem, ibidem*. p.118.

³⁰¹ *Idem, ibidem*. p.119.

³⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.96.

³⁰³ GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.440.

³⁰⁴ *Idem, ibidem*. p.62.

³⁰⁵ GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.289.

1.5.3 Formas de Delegação do serviço público

Se no tópico anterior abordamos a prestação direta do serviço público, no presente tópico estudaremos a prestação indireta, o que se dá por meio de um contrato público delegando uma atividade para um particular.

Delegar o serviço público para a iniciativa privada é um tema que gera grandes discussões ideológicas³⁰⁶ e que acabam muitas vezes ditando os discursos mais do que o próprio direito positivo³⁰⁷.

Desse modo, os mais progressistas, com um viés mais de esquerda, tendem a defender a permanência dos serviços públicos nas mãos do Estado, enquanto que os mais liberais na economia, com um viés mais de direita, tendem a defender a delegação da prestação do serviço público para a iniciativa privada, estando a dicotomia esquerda-direita sempre presente nas discussões que envolvem o tema, inclusive no especificamente respeitante as Parcerias-Público Privadas, não sendo por outra razão que normalmente são grandes empresas quem estimula o uso dessas últimas e são os sindicatos quem normalmente se opõe³⁰⁸.

PIERRE BOURDIEU lembra a existência de divergências dentro até mesmo do próprio campo administrativo, com entendimentos diferentes entre os representantes dos Ministérios das Finanças e os representantes do Ministérios dos Equipamentos, que seriam os ministérios de ordens técnicas³⁰⁹. De fato, os primeiros normalmente tendem a se voltar para a opção menos custosa, enquanto os segundos acabam se preocupando mais com a forma de melhor prestar o serviço público, que, muitas vezes, não vai ser a opção com um menor custo-financeiro para a Administração Pública.

No mais, é natural que o tema implique em discussões, pois na delegação de serviço público o particular é chamado para prestar um serviço que seria realizado pelo próprio Poder Público, colocando em causa, como afirma PEDRO GONÇALVES, alguns valores fundamentais de direito público³¹⁰, incutindo a dúvida de qual o porquê do próprio Estado não realizar o serviço público diretamente ou, ainda, do motivo que faz o administrador público optar por uma concessão e não diretamente pelo instituto da privatização.

Além disso, existe o receio de que a delegação implique na redução da qualidade do serviço público, preocupação que aumenta nos casos dos serviços mais delicados, tal como os serviços de saúde³¹¹.

³⁰⁶FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.797.

³⁰⁷GUIMARÃES, Bernardo Strobel - *Direito Privado na Administração Pública brasileira atual: algumas perspectivas*. In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo e Transformações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2014. pp. 207-226. p.207.

³⁰⁸GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.59.

³⁰⁹BOURDIEU, Pierre - *Sobre o Estado: curso no Collège France, (1989-92)*, Trad. Rosa Freira D'Águar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p.49

³¹⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.107.

³¹¹MÉNARD, Claude; SAUSSIER, Stéphane - *La d'el'égation de service public, un mode organisationnel efficace? Le cas de la distribution d'eau en France*, V, 12 (2006), pp. 99-129. Disponível em <http://journals.openedition.org/economiepublique/>360. p.104

De qualquer forma, independentemente de nossa ideologia política, nos parece que a discussão, principalmente no âmbito acadêmico, sobre se um serviço público deve ser ou não delegado para a iniciativa privada não pode ser pautado por questões de ordem política, mas sim sempre pela busca do interesse público primário e em consonância com o direito posto e com os parâmetros constitucionais, bem como se buscando evitar que interesse político prevaleça em relação ao interesse público³¹², evitando-se, dessa forma, a existência de mudanças nas políticas públicas a depender do governo que está no poder passíveis de gerar a descontinuidade da prestação do serviço, sendo necessário também que a escolha pela contratação privada por parte do Poder Público não seja realizada de forma arbitrária³¹³.

Assim, concordamos com BERNARDIN AKITOBY, RICHARD HEMMING e GERD SCHWARTZQUE quando os mesmos afirmam que a delegação para a iniciativa privada de um serviço público deve “partir de sólidos procedimientos de planificación de inversiones y evaluación de proyectos (por ejemplo, usando análisis de costo-beneficio)”³¹⁴.

No mais, os usuários do serviço público, em geral, não estão preocupados com quem presta o serviço, mas sim são exigentes com a prestação de um serviço público de qualidade e não estão dispostos a pagar muito³¹⁵, sendo o mais importante o balanceamento da expectativa criada pelos usuários e a percepção deles no momento da prestação do serviço³¹⁶.

Além disso, o Poder Público sempre deve agir por meio de uma atuação devidamente justificada e motivada, como forma de prestar um esclarecimento sobre a opção adotada, não dando margem para nulidades.

No mais, também não é o caso de escolher apenas a opção menos custosa, mas sim a que represente o melhor custo-benefício na linha do entendimento de AKITOBY, HEMMING e SCHWARTZQUE acima citado.

Nessa senda, J.J CANOTILHO afirma que passar uma atividade para a iniciativa privada não é um abandono das atividades estatais ou uma desconstrução do Estado Social em prol do mercado, mas sim uma forma de garantir a universalidade do serviço público por meio das estruturas privadas³¹⁷.

Desse modo, como defende JOHN D. DONAHUE, algumas atividades, principalmente as mais periféricas, devem ser repassadas para a iniciativa privada, permitindo que o Estado possa se

³¹²FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.364.

³¹³CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.p.555.

³¹⁴AKITOBY, Bernardin, HEMMIN, Richard e SCHWARTZP, Gerd - *Inversión pública y asociaciones público-privadas*, Washington: Fundo Monetário Internacional, 2007.p.12.

³¹⁵CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.85.

³¹⁶CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro *Et al* - A evolução do conceito de serviço público no contexto das mudanças de estado e concessões político-administrativas: uma visão aglutinadora, *Revista FAE*, V23, N1 (2020), pp.45-64. p.60.

³¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed, Coimbra: Almedina: 2003. p.354.

concentrar nas atividades que não permitem a delegação, como, por exemplo, a defesa da nação³¹⁸ e as outras atividades indelegáveis e que serão objeto de estudo na presente tese no tópico 1.5.3.2.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por outro lado, afirma que só os serviços privativos do Poder Público podem vir a ser repassados para a iniciativa privada³¹⁹. Não concordamos, no entanto, com o referido autor, pois entendemos que o critério para definir se um serviço público será ou não repassado para a iniciativa privada passa primeiramente pela necessidade de analisar se é um serviço público que deve ser necessariamente garantido pela Administração Pública e, em um segundo momento, deve ser realizado um juízo de valor da conveniência e oportunidade do Poder Público prestar diretamente ou indiretamente.

Assim, por exemplo, o serviço de saúde não é privativo do Estado, nem no Brasil nem em Portugal, mas ele deve ser garantido pela Administração Pública para todas as pessoas, cabendo ao agente público justificadamente decidir em cada caso concreto se a prestação do serviço público de saúde será realizada diretamente ou mediante uma delegação do serviço público para a iniciativa privada.

Nessa senda, o administrador público deve analisar minuciosamente e estudar quais serviços públicos devem ser realizados em colaboração com a iniciativa privada e tomar a cautela, tal como alerta CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, para que a sociedade não se torne refém de particulares possuidores apenas de interesses meramente lucrativos³²⁰.

O fato é que, com o aumento de atribuições do Estado, este último acabou ficando sobrecarregado, gerando, desse modo, um “déficit de capacidade”³²¹. Assim, tornou-se cada vez mais comum o Poder Público se utilizar de parcerias com a iniciativa privada para conseguir cumprir seu desiderato de prestar os serviços necessários para a população, é o que os autores portugueses e brasileiros comumente chamam de: “a fuga para o direito privado”³²², que é um caminho tomado pelo Poder Público devido ao fato do seu crescimento ser realizado, como afirma MARIA JOÃO ESTORNINHO, de forma desmesurada, o que acaba gerando ineficiência e burocratização na prestação do serviço público, tornando-se necessária uma reflexão sobre quais serviços devem efetivamente continuar sendo

³¹⁸DENAHUE, John D - *Privatização: fins públicos, meios privados*, Tradução de José Carlos Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992. p.252-253

³¹⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Aportamentos sobre concessão e o seu desempenho como exercício de uma função estatal, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Íthala, 2016. pp.263-270. p.263.

³²⁰ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996. p.16

³²¹KIM, Pan Suk -Desafios a la capacidad pública en la era de una administración pública en evolución y reforma del gobierno - *Revista Gestión polít. Pública*, V 16, N 2 (2007), pp.511-537. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13316208>. p.525.

³²²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.21.

prestados pelo Estado e quais devem ser delegados para a iniciativa privada³²³. Ademais, como lembra MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, é possível que o poder público opte pela delegação para a iniciativa privada não apenas porque não pode a realizar e sim porque a referida delegação pode vir a fortalecer a coesão da sociedade³²⁴.

No mais, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES frisa que, em verdade, o Poder Público não delega o próprio serviço público, mas sim a sua execução, pois a titularidade do serviço público continua sendo do ente delegante, assumindo a entidade delegada apenas o cunho meramente organizacional do serviço³²⁵, sendo por essa razão que a delegação do serviço público deverá ser sempre temporária, não se admitindo a delegação eterna ou por prazo indeterminado do serviço público³²⁶.

Ademais, quando uma empresa privada presta um serviço público, ela acaba se submetendo a um regime híbrido³²⁷, pois não deixa, na condição de pessoa jurídica de direito privado, de se submeter aos ramos de direito privado, como o Direito Civil, inclusive no que diz respeito aos requisitos para a sua criação, porém se submete também às regras de direito público, principalmente do que diz respeito à responsabilidade civil decorrente da sua atuação, diante do fato de passar a ser uma prestadora de serviço público para a população, podendo, em decorrência da delegação que receberam, firmarem contratos da Administração Pública³²⁸, ou que pelos menos estejam sujeitos aos princípios da Administração Pública.

Assim, por exemplo, caso uma empresa privada prestadora de um serviço público de transporte mediante delegação financie a compra de automóveis que serão utilizados na referida prestação do serviço, existirá um contrato de uma pessoa privada (a delegatária) com outra pessoa privada (o agente financiador) no caso do referido contrato de financiamento. Entretanto, caso a empresa que tenha financiado os carros não arque com os valores inerentes ao financiamento, não é razoável, tal como já exposto acima, entender que poderá ser determinada em sede de decisão cautelar em processo de execução a busca e apreensão dos veículos financiados, uma vez que os mesmos, ainda que sendo bem privados, estão afetados a uma finalidade pública, tal como expressamente prevê a legislação portuguesa³²⁹, devendo o agente financiador buscar outros

³²³ESTORNINHO, Maria João - *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1996.p.49.

³²⁴RAIMUNDO, Miguel Assis – Execução de contratos públicos e responsabilidade contratual: do contrato como res inter partes ao contrato como res publica, In GOMES, Carla Amado *Et al, III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.100-116. p.102.

³²⁵GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.69.

³²⁶FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.911.

³²⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.445.

³²⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.25.

³²⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 419.º Bens afetos à concessão. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se afetos à concessão todos os bens existentes à data de celebração do contrato, assim como os bens a criar, construir,

instrumentos jurídicos para garantir o pagamentos dos seus créditos que não impliquem na descontinuidade da prestação do serviço público, tendo em vista o princípio acima comentado da continuidade e também o da supremacia do interesse público sobre o particular.

Desse modo, pode-se dizer que o regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado que prestam um serviço público por delegação é um regime jurídico híbrido³³⁰, onde se conjugam regras de direito privado e de direito público quando do exercício das atividades públicas³³¹.

Outrossim, é possível que uma empresa privada preste ao mesmo tempo uma atividade pública mediante delegação e outras atividades estritamente privadas, situação na qual parte dos seus clientes será regida primordialmente pela legislação consumerista e outra parte será regida de forma primordial pelas normas de Direito Administrativo que protegem os usuários dos serviços públicos, uma vez que, conforme afirma ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, a relação entre uma pessoa privada prestando um serviço privado para outra pessoa privada não pode receber o mesmo tratamento da relação entre o Poder Público e o usuário de um serviço público³³².

1.5.3.1 Da Contratos Públicos de Concessão e de Permissão de Serviço Público

No Brasil, a concessão de serviço público seria a forma de delegação para situações complexas e na qual seja economicamente viável a realização pelos particulares sem que se faça necessária uma contraprestação por parte do Estado, seria o que no Peru se chama de “Asociaciones Público Privadas Autosostenibles”³³³.

Desse modo, no contrato de concessão no Brasil o Poder Público delega a execução do serviço público para que o particular o exerça em seu próprio nome e por sua própria conta e risco³³⁴ tal como também acontece em Portugal³³⁵, não havendo o que se falar em repartição dos riscos entre a concedente e a concessionária nesse caso, situação diferente, por exemplo, da França, onde o Poder Público delega a prestação do serviço público para a iniciativa privada, porém continua sendo responsável por ele³³⁶.

adquirir ou instalar pelo concessionário em cumprimento do mesmo, que sejam indispensáveis para o adequado desenvolvimento das atividades concedidas, independentemente de o direito de propriedade pertencer ao concedente, ao concessionário ou a terceiros

³³⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.23.

³³¹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.142.

³³²AMARAL, Antônio Carlos Cintra do - Distinção entre usuário de serviço público e consumidor, *Revista de Direito Administrativo*, V 225 (2001), pp.217-219. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/idx./inphp/rda/article/view/47574>. p.217.

³³³ECHECOPAR, Juan Carlos De Los Heros - Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro, *Revista de Derecho Derecho Administrativo da PUCP Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*, N 7 (2009), pp. 388-396. p.391.

³³⁴Lei Brasileira 8.987/95: 95Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Grifos Nossos).

³³⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.742.

³³⁶SOLDINI, David - La déléfation de servisse public, as fonction, ses critères, *Revue française de droit administratif*, V 6 (2010). pp.1114-1123. p.117.

Assim, no contrato de concessão de serviço público no Brasil o ente privado é remunerado, como regra, por valores pagos pelos usuários do serviço público ou ainda por outras verbas previstas no contrato público decorrentes da própria exploração realizada³³⁷, o que permite ao Poder Público viabilizar a prestação de um serviço público sem, no entanto, ter qualquer ônus de ordem financeira.

Desta feita, o contrato de concessão de serviço público no Brasil trabalha com dois aspectos: de um lado um serviço público que deve funcionar em prol do interesse público e com a presença, ainda que indireta, do Poder Público e do outro lado uma empresa capitalista buscando o máximo de lucro possível³³⁸, dicotomia cada vez mais em crise³³⁹ e que deverá ser harmonizada no contrato público e no decorrer da prestação do serviço público, conciliando-se os interesses existentes.

Ainda no Brasil, a concessão de serviço público é regida principalmente pela lei 8.987/95, que regulamenta o artigo 175 da Constituição Brasileira³⁴⁰, porém, conforme será estudado ainda neste primeiro capítulo, a lei brasileira 11.079/2004³⁴¹, que é o marco legal no Brasil das Parcerias Público-Privadas, trouxe duas novas espécies de concessões, quais sejam: a concessão patrocinada e a concessão administrativa e que serão devidamente estudadas no final do presente capítulo desta tese de doutoramento.

Diante da situação acima, os autores brasileiros comumente passaram a chamar a concessão prevista na lei 8.987/95 de concessão comum³⁴², com o objetivo de diferenciá-la das concessões decorrentes de uma Parceria Público-Privada, que seriam concessões especiais em decorrência de se submeterem a um regime jurídico diferenciado, principalmente, devido a existência de uma repartição dos riscos inerentes à prestação do serviço entre o parceiro público e o parceiro privado, bem como a outras peculiaridades típicas da referida forma de prestação de serviço público, conforme será aprofundado adiante³⁴³.

Em Portugal, a doutrina³⁴⁴ e a legislação³⁴⁵ também mencionam a existência do contrato de concessão de serviço público para as tarefas nas quais o Poder Público não consegue atender aos

³³⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019., p.119.

³³⁸*Idem, ibidem* p.139.

³³⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.142.

³⁴⁰Constituição Brasileira de 1988. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³⁴¹ Lei brasileira 11.079/2005: Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

³⁴²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.275.

³⁴³Desse modo, há na legislação brasileira a previsão das concessões comuns para situações mais simples e das concessões especiais, que são Parcerias Público-Privadas, para situações mais complexas. Além das hipóteses acima, existe, ainda, as permissões para situações ainda mais simples nas quais se utiliza as concessões comuns, conforme será estudado a seguir.

³⁴⁴GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.25.

³⁴⁵Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal) Artigo 407.º Noção. 2 -

anseios da sociedade³⁴⁶, inclusive por meio da transferência do risco tal como acontece no direito brasileiro³⁴⁷ e a elas são incluídas dentre as espécies de Parcerias Público- Privadas³⁴⁸, tal como faz PEDRO GONÇALVES quando afirma que as concessões estão inseridas dentro do conceito genérico de Parceria Público-Privada³⁴⁹. Desse modo, em Portugal as concessões efetivamente são Parcerias Público-Privadas, diferentemente do Brasil onde existem as concessões comuns e as que são Parcerias Público-Privadas.

A permissão de serviço público é uma forma de delegação prevista na legislação Brasileira, porém não prevista na legislação portuguesa. A principal diferença tradicionalmente trazida pelos autores brasileiros entre concessão de serviço público e permissão de serviço público seria a de que a primeira teria natureza jurídica de um contrato público e a segunda teria natureza jurídica de um ato administrativo³⁵⁰. Entretanto, a lei brasileira 8.987/95 trouxe a previsão de que a permissão de serviço público é realizada por meio de um contrato de adesão³⁵¹, que é uma espécie de contrato no qual não se discute as cláusulas contratuais, o que não se difere dos contratos realizados pelo Poder Público de um modo geral, uma vez que nos mesmos não existem as discussões das cláusulas contratuais com a mesma intensidade existente nos contratos realizados com as pessoas privadas. Assim, no Brasil a concessão de serviço público e a permissão se assemelharam bastante, a diferença entre elas acaba se resumindo a um regime jurídico um pouco diferente³⁵², bem como ao fato da permissão ser usada para situações com uma menor complexidade e que sejam transitórias ou, sendo permanentes, exijam constante modificações³⁵³.

Entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público.

³⁴⁶AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.584

³⁴⁷ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.269.

³⁴⁸Decreto Lei Português 111/2012: 4 - Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados: b) O contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público;

³⁴⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.1086.

³⁵⁰FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.448.

³⁵¹Lei Brasileira 8.987/95: Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

³⁵²Desse modo, apesar de tanto a permissões como a concessões brasileiras poderem ser realizadas com pessoas jurídicas, só a concessão pode ser realizada com um consórcio de empresas e só a permissão pode ser realizada com pessoas físicas. Da mesma forma, é por causa de uma maior complexidade dos casos em que se usa a concessão que se exige que ela sempre seja antecedida de licitação nas modalidades concorrência ou diálogo competitivo, enquanto a permissão, dentro dos critérios legais, admite qualquer espécie de licitação. (Cf. Lei Brasileira nº 8.987/95. Diário Oficial da União, *Seção I*. (14.2.1995) 1917.-) Além disso, ainda que realizadas por meio de um contrato, a permissão no Brasil, diferentemente da concessão, é precária, podendo, assim, ser revogada unilateralmente com mais facilidade (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.45), não havendo o que se falar, como regra, na existência de indenização em decorrência da extinção, diferentemente do que acontece com a concessão (FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1009), justamente pelo fato de a permissão envolver situações transitórias ou permanentes, mas que exijam constante modificação. Como exemplo para diferenciar a concessão da permissão no Brasil temos a questão do transporte de passageiros. Em se tratando de transporte público coletivo, a prestação do serviço é realizada pelas empresas de ônibus (pessoas jurídicas em consórcio ou não) por meio de uma concessão de serviço público; no caso de se tratar de um transporte público individual de passageiros, no qual a situação é menos complexa, a prestação do serviço do serviço é realizada pelos taxistas (pessoas físicas) por meio de uma permissão de serviço público.

³⁵³MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016.p.506.

1.5.3.2 Da Autorização do Serviço Público

No Brasil existem divergências doutrinárias se seria a autorização uma forma de delegação serviço público, existindo autores que defendem se tratar apenas de uma forma do exercício do poder de polícia³⁵⁴, chamando-a de autorização de polícia para diferenciá-la da autorização para uso de bem público³⁵⁵, que seria quando o Poder Público permite ao particular o uso de forma precária de um bem público para fins primordialmente privados.

De qualquer forma, ao menos no Brasil, a legislação expressamente prevê em algumas situações a autorização como forma de prestação de serviço público³⁵⁶, como, por exemplo, quando existe uma prevalência do interesse do próprio autorizatário; no caso de serviços emergenciais e quando não há limites de interessados³⁵⁷; sendo a autorização um ato unilateral, precário e discricionário³⁵⁸, só sendo admitido em situações “anômalas e transitórias”³⁵⁹.

Desse modo, no Brasil acaba existindo uma ampla e complexa gradação acerca das hipóteses de delegação de serviço público para a iniciativa privada: as concessões especiais para situações muito complexas; as concessões comuns para situações complexas, as permissões para situações simples e as autorizações para situações ainda mais simples na qual o interesse privado prevalece no caso concreto em relação ao interesse público³⁶⁰.

Em Portugal, por outro lado, a legislação local prevê algumas situações na qual haverá a necessidade de autorização para a prestação de um serviço público, tal como acontece em algumas atividades de televisão³⁶¹.

Por outro lado, o termo autorização em solo português também é utilizado como uma forma de afastar um impedimento legal para a prática de um ato³⁶², assemelhando-se, assim, a chamada autorização de polícia do direito brasileiro por se tratar justamente de uma limitação de um direito individual em prol da coletividade.

De qualquer forma, a legislação Portuguesa é menos complexa do que a brasileira quanto ao tema, o que entendemos ser salutar, pois a complexidade das possibilidades existentes no Brasil de delegação da prestação de serviço público acaba dando margem para dúvidas e burocratizações

³⁵⁴OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.333.

³⁵⁵CARVALHO, Matheus - *Manual de Direito Administrativo*, 7ªed, Salvador: Juspodivm, 2020. p.714.

³⁵⁶ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996. p.175.

³⁵⁷ARAÇÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 461.

³⁵⁸SANTO, Leonardo Motta Espírito; SOARES, Cláudia Ribeiro - Serviço Público. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.133-207. p.191.

³⁵⁹FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.879.

³⁶⁰De qualquer forma, a classificação sugerida não é expressamente realizada pela lei nem também pela própria doutrina administrativista brasileira, a definição por uma outra forma de delegação vai acabar dependendo da discricionariedade do administrador público, atendendo, logicamente, as balizas mínimas previstas na lei para cada uma dessas espécies mencionadas, bem como respeitando a obrigatoriedade de motivar a escolha realizada.

³⁶¹Lei Portuguesa 27/2007(Lei Da Televisão E Dos Serviços Audiovisuais A Pedido.) Art.13º Modalidades de Acesso. 4 - A actividade de televisão está sujeita a autorização, a requerimento dos interessados, quando consista na organização de serviços de programas televisivos que: (...).

³⁶²ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.177

desnecessárias, o que não atende aos anseios da sociedade, acabando a legislação lusitana por respeitar, assim, o previsto na Constituição Portuguesa quando a mesma aborda a estrutura da Administração Portuguesa e expressamente afirma que essa última deve ser realizada de forma a evitar a burocratização e a aproximar os serviços públicos da sociedade³⁶³. Outrossim, diversas formas de delegação também acabam gerando diversos regimes jurídicos para a mesma situação, no caso, a delegação de um serviço público, o que é algo passível de dificultar a própria prestação desse último.

1.5.3.3 Da delegação de serviço público para empresas estatais

Existe a possibilidade da delegação do serviço público para entidades privadas se dar para empresas estatais, ou seja, as empresas que integram a própria Administração Pública, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas no Direito brasileiro, ou as também chamadas empresas públicas em Portugal, que são pessoas jurídicas de capital majoritariamente público criado com fins lucrativos, nas quais é exercida uma influência dominante³⁶⁴, mas com autonomia tanto administrativa como financeira³⁶⁵. Assim, no presente caso o serviço público deixaria de ser prestado por uma pessoa jurídica de Direito Público, mas continuaria no âmbito da Administração Pública, no caso, da Administração Pública Indireta, não sendo, desse modo, uma prestação indireta do serviço público.

Acontece que, conforme mencionado acima, a relação do Poder Público com as empresas estatais é diferente da relação do Poder Público com as entidades estritamente privadas, pois com essas últimas existe no Brasil uma relação meramente contratual, enquanto com as empresas estatais a relação é de tutela³⁶⁶, tendo em vista que as referidas empresas integram a Administração Pública Indireta³⁶⁷. Em Portugal, da mesma forma, a Administração Pública não inclui apenas pessoas jurídicas de direito público, mas também entidades privadas que são controladas pelo próprio Poder Público³⁶⁸, também existindo essa relação de tutela na qual alguns administrativistas afirmam poder a mesma de legalidade ou de mérito³⁶⁹. Além disso, tal como foi mencionado no tópico 1.5.2, em Portugal também

³⁶³Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 267^o: Estrutura da Administração. 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

³⁶⁴AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.335.

³⁶⁵SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.59.

³⁶⁶Dentro desse contexto, a doutrina brasileira fala em delegação legal, quando ela é realizada para uma pessoa jurídica dentro da própria Administração Pública e delegação negocial, quando a mesma se dá para a iniciativa privada (Cf. FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.367), tendo em vista que no primeiro caso a delegação se daria por meio de lei e no segundo caso ela se daria por meio de um contrato público.

³⁶⁷DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella - Participação popular na Administração Pública, *Revista de Direito Administrativo*, N 191 (1993), pp. 26-39. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v191.1993.45639>. p.29.

³⁶⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.137.

³⁶⁹OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.81.

existe, em relação às integrantes da Administração Indireta, uma relação de superintendência, com de definição dos objetivos das entidades sob dependência do Estado³⁷⁰.

Outrossim, tratando-se de uma delegação de um serviço público para um ente da Administração Indireta, não se faz necessária a existência de uma licitação no Brasil ou de um procedimento adjudicatório em Portugal, tal como deve acontecer, como regra, quando o serviço é delegado para entidades do setor privado, onde se faz necessário dar igual oportunidades a todos os interessados.

Quanto ao tema, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES traz uma situação interessante ocorrida no Brasil, qual seja: as empresas estatais que realizam atividade econômica participarem, conjuntamente com as empresas privadas não estatais, das licitações envolvendo uma concessão de serviço público. Entretanto, o mesmo autor afirma que nesses casos existiria uma ofensa ao artigo 173 da Constituição da República do Brasil³⁷¹, que expressamente afirma que a Administração Pública só pode prestar atividade econômica nos casos de “imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo”³⁷².

Outrossim, não podemos confundir empresas estatais com entidades paraestatais³⁷³, pois as primeiras são empresas que efetivamente integram a Administração Pública, no caso, a Administração Pública Indireta, enquanto que as entidades paraestatais são entidades paralelas ao Poder Público, não integrantes da Administração Pública nem direta nem indireta, mas que, apesar de, como regra, não prestarem serviço público, prestam serviços de interesse público em colaboração com o Estado³⁷⁴, integrando, dessa forma, o terceiro setor da economia. Podemos citar como exemplo em Portugal as pessoas coletivas de utilidade públicas³⁷⁵. As entidades paraestatais só poderão vir a efetivamente prestarem um serviço público no caso de receberem uma delegação para tal mister como qualquer outra pessoa jurídica privada não estatal, podendo as mesmas, sem qualquer impedimento de ordem jurídica, participar das licitações ou dos concursos públicos envolvendo a concessão de serviço público.

³⁷⁰AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.744.

³⁷¹GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.170.

³⁷²Constituição da República Brasileira: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

³⁷³Utilizamos o termo “paraestatal” comumente usado pelos autores de Direito Administrativo, mas é importante frisar a posição de Maria Tereza Fonseca Dias de que o termo não é o mais adequado em face da pluralidade de entidades existentes. Assim, a referida autora prefere para as entidades do terceiro setor o uso do termo “entes de cooperação”. Cf: DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.233/234.

³⁷⁴FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.588.

³⁷⁵AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.611.

1.5.3.4 Das atividades indelegáveis por meio de um contrato público

Algumas atividades públicas não são, em virtude da sua natureza, passíveis de delegação para a iniciativa privada por meio de um contrato público, como, por exemplo, as que exigem a necessidade do uso da força, ou, ainda, como já afirmava JEAN JACQUES ROUSSEAU, os atos de soberania³⁷⁶, bem como, tal como afirma JACQUES CHEVALLIER, “os organismos de enquadramento das profissões”³⁷⁷.

Desse modo, não é possível, por exemplo, o Poder Legislativo delegar sua atribuição de legislar e de fiscalizar, o Poder Executivo delegar sua função de criar as políticas públicas e o Poder Judiciário delegar a sua função de julgar os litígios entre as pessoas de forma definitiva e obrigatória, sendo por essa razão, inclusive, que a arbitragem é uma opção das partes envolvidas no litígio e não uma iniciativa do próprio Poder Judiciário³⁷⁸.

No mais, alguns autores afirmam que a conclusão acerca de um serviço público ser ou não delegável passa pela análise se o serviço é ou não essencial. Entretanto, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO afirma que o fato de ser essencial apenas traz a necessidade do mesmo ser prestado, seja diretamente ou indiretamente pelo Estado, não impedindo, assim, a sua delegação³⁷⁹.

Concordamos com o entendimento mencionado no final do parágrafo anterior. Ainda que prestado pela iniciativa privada, o importante é que a essencialidade de determinado serviço público seja preservada com a sua colocação à disposição da sociedade, não podendo se confundir o conceito de essencialidade com o conceito de exclusividade.

No mais, existem autores afirmando que as atividades-fim da Administração Pública não podem ser delegadas, porém concordamos com o posicionamento adotado por FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES no sentido de que elas são perfeitamente delegáveis desde que “desvinculadas diretamente com o manejo e exercício do poder estatal”³⁸⁰. Inclusive, são ordinariamente as atividades-fim que a Administração Pública delega a execução para a iniciativa privada, mantendo, no entanto, a titularidade do serviço prestado.

O que não se pode é privatizar a atividade-fim, devido ao caráter de definitividade que acompanha a privatização, mas não há qualquer impedimento para que seja repassado por tempo

³⁷⁶ROUSSEAU, Jean-Jacques - *O contrato social*, Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&M, 2008.p.42.

³⁷⁷CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins, Belo Horizonte, 2017.p.83.

³⁷⁸Especificamente do que diz respeito ao uso da força, apesar da arbitragem, também objeto dessa tese, não ser exatamente uma delegação de uma atribuição do Poder Público, pois são as partes interessadas que optam pelo procedimento arbitral ao invés de optarem pelo Poder Judiciário, é importante mencionar, conforme será aprofundado no capítulo II desta tese de doutoramento, que o processo arbitral é um processo de conhecimento e não de execução. Assim, não havendo o cumprimento espontâneo, a parte interessada deverá recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo possa, caso necessário, se utilizar da força para cumprir o julgado, uma vez que o uso da força é uma atribuição exclusiva do Estado, não podendo ser repassado, nem mesmo pelas partes envolvidas, para uma pessoa física ou uma para uma pessoa jurídica de direito privado, sendo por isso que a questão do uso da força será novamente abordada no presente estudo quando se for aprofundada a questão da arbitragem.

³⁷⁹FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.34.

³⁸⁰GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.p.192.

determinado a prestação do serviço público para a iniciativa privada quando assim for mais conveniente e oportuno.

Nesse diapasão, a principal discussão sobre o presente ponto se dá em relação a delegabilidade ou não do Poder de Polícia, que seria a limitação do direito individual em prol de toda a coletividade, ou seja, a possibilidade de o Poder Público limitar, restringir e condicionar as atividades, os direitos e os gozos dos bens dos particulares em benefício do interesse público primário, do interesse da coletividade³⁸¹ ou, como afirmava HELY LOPES MEIRELLES, o mecanismo que a Administração Pública possui para frear eventuais abusos que possam vir a ser cometidos pelos particulares³⁸².

Parte da doutrina portuguesa afirma que a delegação do Poder de Polícia aos entes privados só pode ser realizada por meio de autorização legal, bem como de forma limitada e excepcional³⁸³.

A doutrina brasileira, por outro lado, com fulcro no entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, ordinariamente afirma que o Poder de Polícia não pode ser delegado para a iniciativa privada, salvo em situações excepcionalíssimas, quando a pessoa jurídica de direito privado for integrante da Administração Pública indireta³⁸⁴, o que só pode acontecer mediante prévia autorização legislativa, uma vez a referida delegação não poderia ser realizada para uma pessoa privada sem qualquer vínculo oficial com o Poder Público³⁸⁵. Nesse sentido, recentemente o STF decidiu ser constitucional lei estadual prevendo a delegação do Poder de Polícia para pessoas jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta e que não esteja em regime concorrencial³⁸⁶.

No mais, em divisão considerada clássica, DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO divide o Poder de Polícia em quatro elementos, quais sejam: a ordem de polícia, que seriam as normais gerais e abstratas prevendo o mesmo; o consentimento de polícia, que seria o ato de dar um direito para uma pessoa que preenche os requisitos legais; a fiscalizações de polícia, que seria a averiguação se a pessoa está cumprindo os ditames legais e, por fim, a sanção de polícia, que seria o ato de punir quem desrespeita os ditames legais previamente estipulados. Esses quatro elementos formariam os chamados “Ciclos do Poder de Polícia”³⁸⁷. Realizada essa divisão do Poder de Polícia, conclui-se que a mera fiscalização e o mero consentimento com base na legislação posta podem ser delegados, porém a ordem de polícia de polícia e a sanção de polícia seriam atribuições próprias do Poder Público e que não estariam sujeitas à possibilidade de delegação para pessoas jurídicas de Direito Privado.

³⁸¹MARINELA, Fernanda - *Direito Administrativo*, 12ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.304.

³⁸²MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016. p.153.

³⁸³ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.89.

³⁸⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 197.

³⁸⁵FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.84

³⁸⁶ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal, Tema 532, Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4005451&numeroProcesso=633782&classeProcesso=RE&numeroTema=532#>

³⁸⁷NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.534.

Desse modo, não poderia ser delegado para a iniciativa privada todos os aspectos do Poder de Polícia, mas seria possível a delegação de partes do referido poder da Administração Pública dentro das balizas mencionadas pela doutrina portuguesa e pela doutrina brasileira conforme acima abordado.

Existe, ainda, os autores de Direito Administrativo que afirmam ser possível a delegação de atos meramente materiais, preparatórios ou sucessivos do poder de polícia, como, por exemplo, um registro fotográfico em um aparelho eletrônico para fins de aplicação de uma multa pelo Poder Público³⁸⁸, pois seria o caso de uma mera constatação de fatos³⁸⁹, o que ordinariamente é realizado por empresas privadas tanto no Brasil como em Portugal, o que seria, dentro dos ciclos do poder de polícia de MOREIRA NETO, um ato meramente fiscalizatório ou, como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO, um ato meramente secundário³⁹⁰.

No último caso, constatada alguma infração por parte dos referidos aparelhos eletrônicos, caberá ao próprio Poder Público, mediante ato indelegável, realizar a punição dos responsáveis por meio dos procedimentos previstos em lei, assegurando o contraditório e ampla defesa.

Outrossim, ao que parece, a questão em testilha passa pela tradicional diferenciação dos chamados atos de gestão para os chamados atos de império, sendo só os primeiros passíveis de delegação, diferentemente dos segundos, que não permitem tal possibilidade.

Sendo os atos de impérios aqueles nos quais a Administração Pública se utiliza de sua supremacia perante os particulares, como, por exemplo, faz nas desapropriações e os atos de gestão são aqueles nos quais o Poder Público age sem utilizar as prerrogativas estatais, como o faz nos atos meramente de administração de seus bens³⁹¹, uma vez que nos primeiros o Poder Público está em uma relação de poder, enquanto nos segundos existe uma relação mais igualitária³⁹².

Por fim, não podemos confundir o Poder de Polícia, agora comentado, realizado por toda a Administração Pública quando necessário para o exercício das suas atividades, com o Poder da Polícia responsável pela segurança pública dos cidadãos³⁹³, tendo em vista que o termo “polícia”, que é derivado do grego “πολιτεια (politeia)”, é uma expressão polissêmica, que pode ter mais de um significado³⁹⁴, podendo a referida terminologia ser utilizada ou como uma forma de agir da

³⁸⁸NOHARA, Irene Patrícia - *Direito administrativo*, 9ªed, São Paulo: Atlas, 2019. p.79

³⁸⁹FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.86.

³⁹⁰FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.686.

³⁹¹MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016.p.190/191.

³⁹²PANIAGUA, Enrique Lide - *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid: UNED, 2009. p.54

³⁹³MAZZA, Alexandre - *Manual de Direito de Direito Administrativo*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2015. p.347.

³⁹⁴CLEMENTE, Pedro - Polícia e segurança: breves notas - Política Internacional e Segurança, *Repositório da Universidade Lusíada*, (2010), pp. 139/169. Disponível em <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/1067/1005>. p.148.

Administração Pública de um modo geral quando exerce um poder administrativo ou como forma de garantir a ordem pública e o cumprimento da lei³⁹⁵.

Nesse último caso, a polícia se divide em Polícia Judiciária³⁹⁶, que DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO chama de “Polícia Administrativa de Segurança Pública”³⁹⁷, responsável por investigar os crimes; e polícia ostensiva, que MOREIRA NETO chama de “Repressão Policial da Segurança Pública”³⁹⁸, que efetivamente reprime os crimes cometidos, ambas previstas tanto na Constituição Brasileira³⁹⁹ como na Constituição Portuguesa⁴⁰⁰ como carreiras típicas de Estado, sendo as mesmas as instituições que servem como referência de proteção e elucidação de crimes tanto para a população portuguesa como para a população brasileira.

Garantir a segurança da população é um serviço público de extrema relevância para a nação e que, naturalmente, não pode ser delegado para a iniciativa privada por ser uma atividade genuína do Estado⁴⁰¹, sob pena do risco da criação de milícias, o que é algo absolutamente perigoso e condenável, tal como já alertada MAQUIAVEL, que afirmava que os príncipes prudentes deveriam evitar tais forças milicianas e buscar sempre recorrer aos seus próprios exércitos, sendo preferível perder com esses últimos do que ganhar uma batalha com forças estranhas, uma vez que essas poderiam, em um segundo momento, acabar se voltando contra o próprio governo que contou com o auxílio das mesmas, colocando em risco não só a governabilidade como a própria segurança da sociedade⁴⁰².

No mais, ainda que as milícias sejam uma realidade ainda na atualidade, até mesmo no Brasil, onde, como é público e notório, as mesmas comandam algumas comunidades na cidade do Rio de Janeiro, antiga capital da República, inclusive com a participação e com o fomento de agentes estatais⁴⁰³, a existência das mesmas ocorre à margem da sociedade, sem qualquer respaldo oficial dos governos, não existindo, assim, qualquer delegação da atividade policial para a realização das suas atividades, sendo, em verdade, as milícias brasileiras uma decorrência da falência do modelo estatal de segurança pública brasileiro.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*. p.148.

³⁹⁶ GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020.p.1055.

³⁹⁷ NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.556.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*. p.556.

³⁹⁹ Constituição Brasileira de 1988: Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

⁴⁰⁰ Portuguesa de 1976: Artigo 272.º Polícia 1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.

⁴⁰¹ GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008. p.242./243.

⁴⁰² MAQUIAVEL, Nicolau - *O príncipe*, Trad. De Antônio Carucio-Caporale. Porto Alegre: L&M, 2011. p.82.

⁴⁰³ MANSO, Bruno Paes - *A República das milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro*, São Paulo: Todavia, 2021.p.58.

Desse modo, seguindo o mesmo raciocínio, as atribuições policiais devem ser prestadas efetivamente por carreiras compostas por agentes estatais e não por entes privados mediante delegação, até mesmo porque os atos praticados pelas polícias, principalmente a Judiciária, irão gerar elementos de prova que serão utilizados pelo Poder Judiciário nos processos judiciais, sendo importante a presunção de legitimidade dos referidos atos, o que só pode acontecer nas atividades realizadas por agentes integrantes do Estado.

Nesse sentido, MARIANA MAZZUCATO traz um exemplo que aconteceu durante as Olimpíadas de Londres em 2012, ocasião na qual, tendo em vista os jogos olímpicos serem um evento privado, houve a opção de se terceirizar o serviço de segurança dos mesmos para uma empresa privada, porém essa última acabou não cumprindo o contrato a contento, tornando-se necessário o chamamento do Exército Britânico às pressas para garantir a segurança das competições⁴⁰⁴, tendo em vista que as pessoas não poderiam simplesmente ficarem desprotegidas, principalmente diante de um evento de tamanha magnitude e com histórico até mesmo de atentados terroristas.

Desta feita, o exemplo supramencionado bem demonstra o perigo de se terceirizar a atividade de proteção do cidadão para a iniciativa privada, o que corrobora nosso entendimento acerca da impossibilidade da dita delegação⁴⁰⁵.

Nesse sentido, THIAGO LIMA BREUS menciona o exemplo da cidade americana de Sandy Springs, conhecida por adotar uma política pública desde 2005 de terceirização radical das atividades realizadas pela Administração Pública, onde quase todas as atividades administrativas são repassadas para a iniciativa privada, salvo justamente a da polícia e a dos bombeiros, que são necessariamente prestadas por agentes públicos⁴⁰⁶, o que corrobora com o entendimento cá defendido. Na Itália, por outro lado, a jurisprudência firmou o posicionamento de que as chamadas guardas particulares deveriam prestar apenas uma função de auxiliar ou assistir as autoridades de segurança pública e não um efetivo exercício de uma autoridade pública⁴⁰⁷.

De qualquer forma, ainda que não estejamos de acordo com a delegação das atividades típicas da polícia para a iniciativa privada, vislumbramos a possibilidade da existência de um caminho inverso,

⁴⁰⁴MAZZUCATO, Mariana - *O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs.setor privado*, Trad. Elvira Serapicos, São Paulo: Porfolio-Penguin, 2014. p.42.

⁴⁰⁵Ricardo César Ferreira Duarte Junior, em tese de doutoramento pela Universidade de Lisboa investigando a privatização da atividade de segurança pública, afirma que o fato do Estado possuir o monopólio do uso da força não retira o direito dos particulares de contratarem seguranças privados na busca da autodefesa. (Cf: JUNIOR, Ricardo César Ferreira Duarte Junior - *A desestadualização na busca pela concretização do direito fundamental à segurança: uma análise a partir da privatização das tarefas da administração pública*, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, 2020. p.280.) Entretanto, no caso mencionado não existe uma privatização nem uma delegação do Poder Público, mas apenas a efetivação do direito do cidadão se autodefender, o que entendemos poder ser feito, dentro dos limites legais, por meio da contratação de terceiros, existindo em Portugal, inclusive, uma lei reculamentando a dita possibilidade, qual seja: a Lei 34/2013.

⁴⁰⁶BREUS, Thiago Lima - *Contratação Pública Estratégica: o contrato como instrumento de governo e implementação de políticas públicas*, São Paulo: Almedina, 2020.p.36.

⁴⁰⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.95.

permitindo a polícia realizar atribuições hoje comumente realizadas por outras entidades públicas ou privadas, inclusive e principalmente a atuação policial na resolução extrajudicial de conflitos, tal como se estuda na presente tese doutoral, pois, ainda que a atividade-fim da polícia seja a repressão e a investigação criminal, concordamos com PAZ LLORIA GARCÍA quando a mesma afirma que a polícia deve, na medida em que assim for possível, buscar a aproximação com a população por meio da prestação de serviços assistenciais, como, por exemplo, a mediação entre as pessoas⁴⁰⁸.

No mais, as atividades realizadas pela polícia judiciária e ostensiva, seja em Portugal seja no Brasil, geram implicações que fogem do estudo do Direito Administrativo e dos objetivos da presente tese, gerando consequências, principalmente, no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sendo por essa razão que não serão cá aprofundadas.

Feitas essas considerações acerca do serviço público, essenciais para aprofundar o estudo da arbitragem nas Parcerias Público-Privada, urge a necessidade de se aprofundar outra atividade administrativa passível ser objeto de uma PPP, qual seja: a realização de obras públicas.

1.6 Dos contratos públicos de Obras Públicas

Conforme já mencionado anteriormente, a presente tese de doutoramento tem como objeto de estudo a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privada, acontece que esse último instituto pode vir a ser realizado para prestação de um serviço público ou para a realização de uma obra pública ou, ainda, para as duas situações.

Além disso, como alerta ISABEL CELESTE M. FONSECA, a arbitragem vem sendo comumente utilizada, até mesmo de forma exagerada na ótica da referida autora, para dirimir os conflitos entre empreiteiros e os donos das obras em contratações públicas⁴⁰⁹, sendo o referido instituto de resolução extrajudicial de conflitos uma forma de diminuir o risco e, em consequência, os custos das obras de infraestrutura⁴¹⁰.

No mais, a arbitragem está prevista como forma de resolução de conflitos nas empreitadas públicas em Portugal, conforme estudo de JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, desde 1918, por meio de previsão no Regulamento para Execução e Contabilidade das Obras Públicas vigente à época⁴¹¹.

⁴⁰⁸GARCÍA, Paz Lloria - Las competencias policíacas y el concepto de espacio urbano – Especial referência a las policíacas locales. In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp. 177/179. p.178.

⁴⁰⁹FONSECA, Isabel Celeste - Das (im)possibilidades da mediação administrativa: dare to fly higher. In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.81-92. p.82.

⁴¹⁰SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.p.14.

⁴¹¹DUQUE, José Paulo Vieira - Resolução Alternativa de Litígios e contrato de empreitada de Obras Públicas, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp. 263-310. p.271.

Outrossim, é natural que sempre existam litígios em obras públicas, pois normalmente muitas renegociações em contratos públicos surgem ainda na fase de construção, logo após a adjudicação ao vencedor da seleção pública antecedente⁴¹². A título de exemplo, na Colômbia foi criado a “La Interventoría”, que era a figura de um interventor acompanhando as obras públicas colombianas e que tinha como fito melhorar a qualidade das referidas obras e de se evitar litígios, porém não houve sucesso em tal intento conforme estudo investigativo realizado por YURI GORBANEFF, JUAN MANUEL GONZÁLEZ e LEONARDO BARÓN, onde se constatou só no ano de 2001 a existência de 2.449 processos judiciais ativos contra a INVIAS, entidade pública responsável pela realização de obras públicas na Colômbia e 3.300 processos judiciais ativos contra o Ministério dos Transportes Colombiano⁴¹³.

Desse modo, claro está a importância de estudar os contratos públicos de obras públicas em um trabalho de investigação envolvendo meios de resolução extrajudicial de conflitos com a presença do Poder Público tal como se faz na presente tese de doutoramento.

Outrossim, conforme será visto ainda neste capítulo, o uso do instituto das Parcerias Público-Privadas ganhou força, tanto no Brasil como em Portugal, justamente para viabilizar as infraestruturas e a própria lei de Obras Públicas de Portugal prevê o uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas que envolvam obras públicas.

Desse modo, toda discussão realizada nesta tese de doutoramento, principalmente no seu capítulo III, sobre a viabilidade da realização de arbitragem nas relações com a presença do Poder Público são aplicáveis todas as vezes em que o Estado repassa para a iniciativa privada a atribuição de realizar uma obra pública, não sendo por outra razão que a Presidência da República do Brasil publicou em 23 de setembro de 2019 um decreto regulamentando o uso da arbitragem na áreas portuária, de transporte rodoviário, de transporte ferroviário, de transporte aquaviário e de transporte aeroportuário⁴¹⁴. A referida regulamentação por meio de decreto do chefe do Poder Executivo demonstra que a opção pela resolução extrajudicial de conflitos está dentro das políticas públicas atualmente vigentes.

Desta feita, da mesma forma que se fez necessário tratar das especificidades inerentes aos contratos públicos de serviço público, urge a necessidade também de se abordar as questões

⁴¹²ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander - Soft budgets and renegotiations in public-private partnerships, *National bureau of economic research*. (2009), pp.1-35. Disponível em <https://www.nber.org/papers/w15300.pdf>. p.4.

⁴¹³GORBANEFF, Yuri; GONZÁLEZ, Juan Manuel; BARÓN, Leonardo - ¿Para qué sirve la interventoría de las obras públicas en Colombia? *Revista de Economía Institucional*, V 13, N 24 (2011), pp.413-428. Disponível em <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2857>. p.413.

⁴¹⁴Decreto Presidencial 10.025/2019: Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

pertinentes aos contratos públicos de obras públicas, uma vez que esses últimos possuem peculiaridades jurídicas próprias, conforme serão analisados nos tópicos subsequentes.

1.6.1 Conceito de obra pública no Brasil e em Portugal

Inicialmente, importante fazer a diferenciação entre obras pública e serviço público. Como lembra MATHEUS CARVALHO, as referidas atividades administrativas não se confundem, pois não é possível, no exemplo mencionado pelo referido autor, confundir a obra pública de um hospital com a prestação do serviço de saúde⁴¹⁵, no mesmo sentido a Diretiva 2014/24/EU afirma que os contratos de serviços públicos são justamente aqueles que tenham como objeto serviços diferentes dos contratos de empreitadas de obras públicas⁴¹⁶.

Assim, DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO diferencia o serviço público da obra pública afirmando que essa última não é permanente, não atende de forma direta e singular o indivíduo e não é passível de delegação⁴¹⁷.

De fato, a obra pública não é permanente, o que perdura no tempo é o seu resultado, da mesma forma que, como regra, a obra pública não é utilizada diretamente pelas pessoas de forma individualizada, sendo essa uma das importâncias das obras pública mencionadas por RANDALL W. BERTS ao afirmar que as infraestruturas são uma espécie de “serviço não excludente”⁴¹⁸ devido ao fato do seu uso poder ser compartilhado, ou seja, poder ser repartido entre as pessoas sem diminuição dos benefícios de cada usuário⁴¹⁹.

Entretanto, conforme será visto, discordamos do entendimento de MOREIRA NETO mencionado no segundo parágrafo do presente tópico quando ele afirma que a obra não pode ser delegada, pois, conforme será visto adiante, essa possibilidade existe tanto no Brasil como em Portugal ainda que em conjunto com a prestação de um serviço público a ser realizado após o fim da obra.

MARIO LINARES JARA, por seu turno, conceitua a obra pública como uma “actividades materiales, trabajos de construcción, reparación u otros, es decir, como una actividad humana”⁴²⁰. O ponto interessante do referido conceito é lembrar justamente que a obra pública é uma atividade realizadas por pessoas, ainda que se utilizando cada vez mais da tecnologia. Por outro lado, o mesmo autor ainda

⁴¹⁵CARVALHO, Matheus - *Manual de Direito Administrativo*, 7ªed, Salvador: Juspodivm, 2020.p.665.

⁴¹⁶Diretiva 2014/24/EU: 6) «Contratos de empreitada de obras públicas», contratos públicos que tenham por objeto: (...) 9) Contratos públicos de serviços», contratos públicos que tenham por objeto a prestação de serviços **distintos daqueles a que se refere o ponto 6;** (grifos nossos). Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>.

⁴¹⁷NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.591.

⁴¹⁸BERTS, Randall W - Public Infrastructure and Regional Economic Development. *Economic Review*, V 13, N 24 (1990), pp.15-2. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/6230055.pdf>. p.16.

⁴¹⁹*idem, ibidem*.p.16.

⁴²⁰JARA, Mário Linares - Adicionales de Obra Pública - Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa, *Círculo de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Administrativo*, V 13, N 24 (2009), pp. 175-189. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechadministrativo/article/view/14020/14642>.p.176.

frisa que uma das principais características das obras públicas, tal como das obras de um modo geral, é a sua artificialidade, o que implica na necessidade da existência de mecanismos para as viabilizar⁴²¹, tal como as Parcerias Público-Privadas estudada na presente tese de doutoramento.

No mais, é importante conceituar a obra pública, diferenciando-se de uma obra meramente privada, uma vez que ambas terão regimes jurídicos diferentes, sendo a primeira regulada primordialmente pelo Direito Administrativo, enquanto que a segunda é regida de forma primordial por normas de direito privado, ainda que necessite obedecer algumas delimitações do Poder Público, como, por exemplo, preservar as fachadas para atender, como afirma SANDRA M. G. PINTO, “os aspetos estéticos do ambiente urbano”⁴²², bem como atender os requisitos para o recebimento do alvará de construção antes do início da realização da obra, além de precisar respeitar as limitações administrativas impostas em lei, como a proibição de construir acima de determinado pavimento, obrigação também conhecida como o gabaritos de prédios⁴²³, muitas vezes utilizada como forma de preservar as características históricas, culturais e naturais de determinadas localidades⁴²⁴.

Enfim, tanto a obra privada como a obra pública devem receber a atenção e a fiscalização do Poder Público, porém nas obras públicas o regime de direito público incide antes mesmo do seu início, quando se decide quem vai ser responsável pela realização ela e perdura no decorrer de toda a sua execução, diferentemente das obras privadas cujas regras que definem pela realização das mesmas são de ordens privadas e comerciais.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a “obra pública seria a construção, edificação ou ampliação de um imóvel pertencente ou incorporado ao patrimônio público”⁴²⁵. Desse modo, para o referido autor, a grande diferença entre uma obra pública e uma obra privada seria fato da primeira ser realizada em um bem público ou em um bem que vai se incorporar ao patrimônio público.

Entretanto, discordamos parcialmente do autor acima, pois, conforme será visto em seguida, a obra também pode vir a ser considerada pública em casos em que os bens não ficam na propriedade do Poder Público, mas são destinados para pessoas que preencham determinados requisitos objetivos previamente estabelecidos em lei ou em regulamentos administrativos, atingindo, assim, o interesse público primário mesmo que não sejam incorporados ao patrimônio da Administração Pública, não

⁴²¹ *Idem, ibidem*. p.178.

⁴²² PINTO, Sandra M.G. - A regulação jurídica das fachadas em Portugal (séc. XIV-XIX). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Sección historia del derecho europeo*, N XXXVIII (2016), pp.149-177. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n38/a06.pdf>. p.174

⁴²³ FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.867.

⁴²⁴ Desse modo, os gabaritos de prédios servem para evitar que os interesses privados meramente egoísticos das incorporadoras e de alguns privilegiados que possam adquirir bens em áreas consideradas nobres prevaleçam em relação ao interesse público primário.

⁴²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009. p.890.

devendo ser confundido o conceito de obra pública com o conceito de bem público, conforme também será melhor explicado no tópico 1.6.2.

Desse modo, a diferenciação de obra pública para obra privada realizada por MÁRIO LINARES JARA nos parece mais acertada, pois o autor em testilha afirma que as obras privadas seriam as sujeitas, de forma primordial, ao Direito Civil, ramo do direito privado, enquanto as obras públicas seriam as sujeitas a um regime primordialmente de direito público⁴²⁶.

HELY LOPES MEIRELLES, por sua vez, trazia quatro espécies de obras públicas, quais sejam: a construção de equipamento urbano, como, por exemplo, a das ruas, dos parques e das praças; a construção de empreendimentos de utilidade pública, como as das ferrovias e das rodovias; a construção dos empreendimentos administrativos, como a das instalações administrativas de um modo geral e, por derradeiro, a construção dos edifícios públicos, que seriam a construção das sedes administrativas do Poder Público⁴²⁷.

Também discordamos em parte da classificação acima porque não conseguimos diferenciar a construção de empreendimentos administrativos da construção dos edifícios públicos, pois consideramos que as construções dos edifícios públicos também são obras de instalações administrativas de um modo geral. Desse modo, colocaríamos apenas três classificações ao invés de quatro.

Além disso, em algumas situações a linha entre o que é a construção de um equipamento urbano e o que a construção de um empreendimento de utilidade pública vai ser muito tênue, como, por exemplo, pode acontecer em relação a construção de uma grande avenida, que, ao final da obra, pode ser utilizada pelos populares tal como uma rua ou tal como uma rodovia, até mesmo porque definir se determinado logradouro é uma rua, uma avenida ou uma rodovia é uma escolha que está dentro da margem de discricionariedade do próprio Poder Público, muitas vezes não existindo critérios pré-determinados para tal mister nem nas leis nem nos atos normativos secundários do Poder Público.

De qualquer forma, não podemos deixar de mencionar que a classificação de LOPES MEIRELLES é importante devido ao fato de deixar bem claro que existem algumas obras públicas que servirão para o uso direto e indireto do próprio Poder Público e outras que serão utilizadas pelos particulares e, nesse último caso, é possível haver a cobrança de tarifa dos usuários, questão relevante no que diz respeito à contraprestação por uma obra pública realizada por um particular, o que vai influenciar na

⁴²⁶JARA, Mário Linares - Adicionales de Obra Pública - Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa, Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*, V 13, N 24 (2009), pp. 175-189. Disponível em: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechadmsitrativo/article/view/14020/14642. p.179.

⁴²⁷MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016. p.286.

espécie de delegação a ser utilizada, bem como na forma como se dará o financiamento da obra pública⁴²⁸.

Assim, o que caracteriza como obra no Brasil é se tratar de um serviço de engenharia, simples ou complexo, e o que a caracteriza como pública será o fato se tratar da construção ou reforma de um bem público, ou de um bem que vai vir a ser incorporado ao patrimônio público ou, ainda, um bem privado, mas que esteja ou venha a ser afetado para uma finalidade pública, envolvendo a obra bens de uso administrativo, direto e indireto, ou de uso coletivo⁴²⁹.

Em Portugal, a lei 41/2015, que regula as construções portuguesas, prevê inicialmente o conceito de obra ao afirmar, na alínea “k” do seu artigo terceiro, que obra é: “a atividade e o resultado de trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reabilitação, reparação, restauro, conservação e demolição de bens imóveis”⁴³⁰.

Em seguida, a mesma lei afirma na alínea “m” do mesmo artigo que obra pública seria a atividade que nos termos da menciona alínea “k” tenha a sua adjudicação regulada pelo Código dos Contratos Públicos de Portugal. No mesmo sentido a Diretiva 2014/24/UE afirma que obra é “o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica”⁴³¹.

O Código dos Contratos Públicos de Portugal, por seu turno, traz o mesmo conceito de obra acima mencionado e acrescenta que ela é pública quando executada “por conta de um contraente público”⁴³², ou seja, quando é contratada pelo Poder Público.

Desse modo, a obra pública não é, diferentemente do serviço público e tal como afirmado alhures, uma atividade continua realizada para a população, pois, quando ela termina, a função de quem a construiu, caso seja um ente privado, é encerrada, salvo se a pessoa que construiu também for responsável por prestar um serviço público a ser realizado no bem resultado da obra.

Assim sendo, a obra pública se divide em construção, reforma e ampliação, sendo a construção a execução de um projeto previamente existente começando do zero, a reforma a melhoria de um bem já existente e a ampliação o aumento das dimensões de um bem⁴³³.

⁴²⁸Em verdade, os usuários não utilizarão a obra propriamente dita, mas sim o seu resultado, no caso, o objeto que está sendo construído ou reformado.

⁴²⁹FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.190.

⁴³⁰Lei Portuguesa 41/2015: Artigo 3.º Definições Para efeitos da presente lei, entende-se por: k) «Obra» a atividade e o resultado de trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reabilitação, reparação, restauro, conservação e demolição de bens imóveis;

⁴³¹Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>.

⁴³²Lei Portuguesa 41/2015. Art. 343.º: 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.

⁴³³NETO, Walmor Francisco Molin - Responsabilidade Civil e execução de obra pública, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.267-280. Disponível em www.enlaw.com.br/revista/393. p.273.

A obra pública quando é feita de forma indireta é realizada por meio de um contrato público, sujeitando-se às regras gerais atinentes a quaisquer contratos, como, por exemplo, a obrigatoriedade, como regra, de cumprimento nos termos em que foi pactuado, porém também se submete às regras típicas do direito público, com fito de se alinhar ao interesse público⁴³⁴, sendo possível a sua extinção unilateral devidamente fundamentada pelo próprio Estado com base em um fato superveniente e em prol do interesse público primário.

No mais, DIÓGENES GASPARINI ainda lembra que toda obra pública deve ser realizada por uma pessoa ou uma empresa da área de engenharia e que seja devidamente registrada no conselho profissional competente⁴³⁵, entendimento no qual, naturalmente, concordamos, uma vez que as obras públicas devem possuir os mesmos requisitos de natureza técnica e de segurança das obras privadas, sendo esse também o entendimento de LIE UEMA DO CARMO, que frisa, ainda, a importância da contratação em toda obra de um profissional da área de arquitetura⁴³⁶.

Ainda no respeitante a diferença entre construção e reforma, GILMAR RIBEIRO MELLO e VALMOR SLOMSKI lembram que no primeiro caso haverá uma despesa de capital, pois haverá, como regra, a feitura de um novo bem para o Poder Público e no segundo caso haverá uma despesa corrente⁴³⁷, pois existirá um melhoramento de um bem já existente, questões extremamente relevantes para o Direito Financeiro.

Além dessas situações, conforme foi dito acima e será aprofundado em seguida, existe a possibilidade de a obra ser considerada pública quando seu destino não é exatamente público, mas sim de interesse social.

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, por sua vez, afirma que “as obras públicas são, por vezes, condição de fato necessária para a prestação de serviços públicos e, por isso, em alguns casos, deverão ser contratadas conjuntamente”⁴³⁸.

Assim, seguindo a linha adotada pelo autor acima exposto, que muito se assemelha ao entendimento também já mencionado de BANDEIRA DE MELLO, a obra pública seria, em verdade, uma condição necessária para a prestação de um serviço público, seja de forma direta pelo próprio Poder Público seja de forma indireta pela própria pessoa responsável por realizar a obra ou, ainda, por uma terceira pessoa, uma vez que uma pessoa privada pode receber a atribuição de realizar a obra e outra pode ficar responsável por explorar a mesma.

⁴³⁴FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.190.

⁴³⁵GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*,17ªed, São Paulo: Saraiva, 2012. p.994.

⁴³⁶CARMO, Lie Uema - *Contratos de Construção de Grandes Obras*, São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p.180.

⁴³⁷MELLO, Gilmar Ribeiro; SLOMSKI, Valmor - Parcerias Público-Privadas no Setor Rodoviário, *Brazilian Business Review-BB*, V 6, N 3 (2009) pp. 264-281. p.276.

⁴³⁸NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.591.

Entretanto, também discordamos parcialmente de MOREIRA NETO no referido ponto, pelo mesmo motivo que discordamos de BANDEIRA DE MELLO, devido ao fato de que não necessariamente a obra pública será utilizada para a prestação de um serviço público, pois é possível, por exemplo, que a obra pública se dê para a construção de casas populares para pessoas comprovadamente necessitadas como forma de garantir o direito à moradia, que é um direito fundamental constitucional tanto em Portugal⁴³⁹ como no Brasil⁴⁴⁰, sendo essa justamente a hipótese acima mencionada de situação na qual o resultado da obra pública não terá um destino público e sim um destino social, que, naturalmente, atinge o interesse público primário, uma vez que o direito constitucional à moradia tem duas facetas: o respeito à residência da pessoa e a garantia, na medida em que assim for possível, de uma moradia para todo cidadão. O referido direito pode ser garantido tanto por meio de uma construção (que pode ser por meio de uma Parceria Público-Privada⁴⁴¹) como por meio da desapropriação de um bem particular já construído⁴⁴², incluindo a possibilidade de reabilitação de locais abandonados com fito de alojar famílias, tal como aconteceu em Portugal no começo do presente século por meio do Programa de financiamento para acesso à Habitação (PrOHaBita)⁴⁴³. Nesse sentido, a Proposta de Lei Portuguesa n.º 41/XIV/1.^a, que se consolidou na Lei Portuguesa 30/2021, tinha como uma de suas preocupações viabilizar uma habitação condigna aos mais vulneráveis⁴⁴⁴.

Nessas situações de construções mencionadas no parágrafo anterior, caso a obra seja realizada por uma pessoa jurídica de direito privado, essa última irá apenas realizar a obra pública para o Poder Público para que esse último, em um segundo momento, repasse a mesma para os particulares que preencham os requisitos legais e conforme os critérios objetivos e impessoais estabelecidos em lei ou em atos normativos secundários editados pelo próprio Poder Público, bem como em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, em especial o princípio da igualdade em seu aspecto material, uma vez que, naturalmente, em face de limitações orçamentárias, o Poder Público só irá providenciar moradia para uma parcela específica da população.

⁴³⁹Constituição da República Portuguesa de 1976: art.65. 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais.

⁴⁴⁰Constituição Brasileira de 1988: artigo 5º. XXII - é garantido o direito de propriedade.

⁴⁴¹FAJARDO, Gabriel Ribeiro. – Parcerias da Administração Pública com o Setor Privado para a efetivação do Direito Social à moradia, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.55-77. p.69.

⁴⁴²FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.889.

⁴⁴³MENDES, Luis - Nova geração de políticas de habitação em Portugal: contradições entre o discurso e as práticas no direito à habitação, *Finisterra*. LV, N 114 (2020), pp.77-104. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/fin/n114/n114a06.pdf>. p.80.

⁴⁴⁴Trecho da Exposição de Motivos da Proposta de Lei Portuguesa n.º 41/XIV/1.^a: “Quanto às matérias consideradas, em especial, de intervenção prioritária, destacam-se as da habitação pública ou de custos controlados, conforme reconhecido pelo XXII Governo Constitucional no seu Programa. No enalço de que todos possam aceder a uma habitação condigna, assume especial premência a atuação em relação a grupos mais vulneráveis, com rendimentos agregados mais baixos que os privam de um acesso em condições de igualdade ao mercado habitacional, pretendendo-se que a escassez de oferta e a existência de disfuncionalidades no mercado da habitação seja combatida com um reforço das políticas levadas a cabo até ao momento. A criação de medidas de simplificação e agilização de procedimentos de contratação pública no domínio da formação de contratos que tenham como objeto a habitação pública ou de custos controlados concorre para tal fim”.

Assim, entendemos ser possível a realização de uma obra pública desvinculada da prestação de um serviço público, ainda que essa não seja a regra, uma vez que é extremamente mais comum, tanto no Brasil como em Portugal, a construção de obras públicas para o exercício de atividades administrativas ou para a prestação de serviços públicos do que para o repasse aos particulares, tendo em vista que, ordinariamente, os serviços públicos exigem uma estrutura prévia antes do início das atividades.

De qualquer forma, não podemos confundir os conceitos de bens públicos com o conceito de obra pública, sendo por esse motivo que urge a necessidade de se fazer um pequeno estudo sobre o último conceito.

1.6.2 Bem público versus obra pública

Existem dois grandes critérios para definir se um bem é considerado público ou não, quais sejam: o critério da titularidade e o critério da destinação. Pelo primeiro critério são públicos os bens de propriedade do Poder Público e pelo segundo critério são públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado e que estejam afetados para uma finalidade pública, o que normalmente acontece no caso das pessoas jurídicas de direito Privado integrantes da Administração Pública. Assim, ambos os conceitos andam lado a lado, podendo o bem ser público em uma ou em outra situação.

Desta feita, existem três grandes espécies de bens públicos mencionados pela doutrina⁴⁴⁵ e que estão expressamente previstos na legislação brasileira⁴⁴⁶, quais sejam: os bens de uso comum do povo, como os rios e mares; os bens de uso especial, que são as repartições públicas de um modo geral e os bens dominicais ou domaniais, que são aqueles de propriedade do Poder Público, mas que não estão afetados para nenhuma finalidade.

No primeiro caso mencionado no parágrafo anterior os bens são públicos tanto pelo critério da titularidade como pelo critério da afetação, no segundo caso eles são públicos também pelos dois critérios ou só pelo critério da afetação e no último caso eles são públicos exclusivamente pelo critério da titularidade, ou seja, pelo simples fato de pertencerem ao Poder Público.

Em Portugal, a Constituição prevê alguns bens que necessariamente serão de domínio público⁴⁴⁷ e afirma que os demais bens públicos serão aqueles expressamente previstos em leis para os

⁴⁴⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.870.

⁴⁴⁶Lei Brasileira 10.406/2020 (Código Civil Brasileiro). Art.99: Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

⁴⁴⁷Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 84.º1. Pertencem ao domínio público: a) As águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respetivos leitos; b) As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário; c) Os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais

Estado, Regiões Autônomas e para as Autarquias Locais⁴⁴⁸, não existindo uma previsão geral sobre o domínio público tal como acontece no Brasil, porém a doutrina portuguesa divide os bens portugueses em reservados, que são os bens considerados públicos por força de lei e na qual a margem de liberdade do Poder Público é limitada e bens de destinação pública, que servem como suporte indispensável para a prestação de serviços públicos⁴⁴⁹, o que permite a existência de bens públicos para as pessoas coletivas públicas⁴⁵⁰.

Desse modo, em um primeiro momento podemos raciocinar que haverá uma obra pública sempre que o seu objeto for a construção ou a reforma de um bem público, ou, no caso específico de Portugal, de um bem previsto na lei como sendo de domínio público. No mais, também é possível afirmar de imediato ser pública a obra em uma propriedade de uma pessoa privada, mas que vai ser destinada para uma finalidade pública.

Entretanto, no caso de um bem que está sendo construído pelo próprio Poder Público, ou por uma empresa privada por meio de uma delegação da Administração Pública, mas cujo resultado será repassado para terceiros com fins sociais, conforme mencionado alhures, teremos também uma obra pública, porém o seu resultado não será um bem público.

Desse modo, não podemos afirmar que toda obra pública implicará na construção de um bem público, da mesma forma que não podemos afirmar que todo bem público decorreu de uma obra pública, pois existe a hipótese de um bem privado ser afetado para uma finalidade pública apenas após a sua construção.

Desta feita, quando o Poder Público precisa de um bem para iniciar ou dar continuidade à prestação de determinado serviço público, ele tem duas opções: ou se utilizar de um bem de um particular ou realizar uma construção.

Caso opte por se utilizar do bem do particular, o Poder Público poderá realizar um contrato de aluguel ou fazer uma expropriação⁴⁵¹ com o pagamento de uma indenização compensatória ou, ainda, utilizar-se dos meios aquisitivos do Direito Civil de um modo geral, como a troca, o recebimento de uma doação, o recebimento de uma herança ou a realização de um contrato de compra e venda⁴⁵², situação na qual o bem particular será efetivamente incorporado ao patrimônio público e passará a partir de então ser considerado o bem público.

subterrâneas existentes no subsolo, com exceção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção; d) As estradas; e) As linhas férreas nacionais;

⁴⁴⁸Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 84.º. 1.f) outros bens como tal classificados por lei. Domínio público. 2. A lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites.

⁴⁴⁹OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.334.

⁴⁵⁰AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.623.

⁴⁵¹GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.1091.

⁴⁵²OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.327.

No entanto, caso a opção do Poder Público seja por uma construção, será o caso de realização de uma obra pública.

Além disso, existe a possibilidade do Poder Público expropriar, comprar ou alugar um bem e, sem seguida, reformá-lo com fito de o adaptar às necessidades públicas inerentes aos serviços públicos que serão realizados no mesmo, situação na qual também haverá uma obra pública, ainda que o bem continue sendo particular em sua propriedade quando se tratar de um contrato de aluguel, só sendo público em relação ao seu uso, devendo o valor das benfeitorias realizadas ser levado em consideração no momento de fixar o preço do aluguel a ser pago para que não exista um enriquecimento sem causa do proprietário.

1.6.3 Da importância das obras públicas

A realização de obras públicas é uma questão extremamente relevante para as sociedades brasileiras e portuguesas, pois o melhoramento da condição de vida da população passa justamente pela existência de uma melhor infraestrutura, o que influencia em diversas questões da vida em sociedade, como em uma melhor mobilidade, uma melhor qualidade de vida, uma melhor prestação dos serviços públicos de um modo geral por meio de imóveis e equipamentos condizentes com as necessidades sociais, existindo, como afirma PEDRO GONÇALVES, uma verdadeira “missão de Administração de Infraestrutura”⁴⁵³.

No mais, a feitura de obras públicas propicia um ambiente facilitador da produção da iniciativa privada, tal como afirmam ERNST R. BERNDT e BENGT HANSSONE, em estudo sobre a importância da estrutura pública na Suécia⁴⁵⁴, tornando a realização das referidas obras essenciais, tal como será cá aprofundado, para o desenvolvimento das nações.

Nesse sentido, em investigação sobre o uso das Parcerias Público-Privadas na Índia, HARISANKAR K. SATHYAPALAN e SREEPARVATHY G afirmam que para o referido país crescer economicamente, tal como se almeja, mais do que a China, urge a necessidade da criação de uma infraestrutura pública de classe mundial⁴⁵⁵.

Em Portugal, por seu turno, a consagração legislativa e doutrinária das concessões de obras públicas em Portugal e no exterior existem desde o século passado⁴⁵⁶.

⁴⁵³GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.1090.

⁴⁵⁴BERNDT, ERNST R.; HANSSONE, BENGT - Measuring the contribution of public infrastructure capital in Sweden, Trabalho apresentado no Instituto de Pesquisa Socioeconômica e social (IUI), *National Bureau Of Economic Research*, V94 (1991), pp. 151-168. p.152.

⁴⁵⁵SATHYAPALAN, Harisankar; G, Sreeparvathy - Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India, *Journal of Infrastructure Development*, V 5, N 1 (2013). pp.21-32. p.21.

⁴⁵⁶AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.110

LUCAS MENDES CASSIANO SANT´ANNA afirma que o termo infraestrutura possui vários significados nas mais diversas áreas do conhecimento, como na engenharia, na filosofia e na economia, mas que em todas elas existe o elemento comum de que “a infraestrutura é o substrato necessário ao desenvolvimento das atividades produtivas e ao bem-estar da população”⁴⁵⁷.

No mais, muitas vezes o impacto de uma obra pública, como afirmam CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, não pode ser medido em Euros, como, por exemplo, acontece com a construção de uma estrada, que diminui o tempo de deslocamento das pessoas e dos bens ao mesmo tempo em que diminui a sinistralidade, melhorando, assim, a qualidade de vida dos usuários da referida via, mas sem gerar um impacto financeiro passível de ser medido⁴⁵⁸, até mesmo porque as pessoas efetivamente precisam se descolar por uma série de razões, como, por exemplo, “trabalho, estudo, saúde, familiar e lazer”⁴⁵⁹.

Outrossim, a feitura de obras públicas pode vir a colaborar com o desenvolvimento de determinada localidade, conforme estudo realizado por NOÉ ARÓN FUENTES FLORES e JORGE EDUARDO MENDOZA COTA que demonstrou o quanto a realização de obras de infraestrutura no México entre os anos de 1980 e 1998 contribuiu com o desenvolvimento nacional, até mesmo aumentando a desigualdade entre determinadas regiões⁴⁶⁰, o que demonstra a importância de se ter cautela e responsabilidade no momento de definir quais localidades serão beneficiadas com a construção de obras públicas de melhoramento da infraestrutura, devendo se procurar dar prioridade para as regiões mais necessitadas.

No mesmo sentido, PAULA OSÓRIO e LUÍS TODO BOM defendem a necessidade, inclusive por meio de Parcerias Público-Privadas, da realização de obras em Angola melhorando os portos locais, pois o déficit desses últimos vem atrapalhando o desenvolvimento econômico em face da ausência da entrada de matérias-primas essenciais, tais como “cimento, materiais de construção e equipamentos”⁴⁶¹.

RANDALL W. BERTS menciona o fato de as obras públicas possuírem papel decisivo em políticas migratórias, pois a permanência de uma família em determinada localidade tem um forte vínculo com a estrutura existente⁴⁶².

A importância das obras públicas já era reconhecida até mesmo na Grécia Antiga, quando, a título de exemplo, o imperador PÉRICLES, dentre outras obras relevantes para reconstruir Atenas após

⁴⁵⁷SANT´ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p.13.

⁴⁵⁸CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.36.

⁴⁵⁹INEGUES, Vanessa; PAMBOUKIAN, Sérgio Vicente Denser - Análise comparativa da rede ferroviária de Portugal e do estado de São Paulo, *Revista Mackenzie de Engenharia e Computação*, V 19, N 1. (2019). pp.125-145. p.127.

⁴⁶⁰FLORES, Noé Áron Fuentes; COTA, Jorge Eduardo Mendoza - *Infraestructura pública y convergencia regional en México, 1980-1998. Comercio Exterior*, V.53, N 2 (2003), pp178-187. Disponível em <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/15/8/RCE.pdf> .p.179.

⁴⁶¹OSÓRIO, Paula; BOM, Luis Todo - Parcerias Público-Privadas em Angola, *Revista de Economia Global e Gestão*, V 13, N 2 (2008). pp.27-41. p.37.

⁴⁶²BERTS, Randall W - Public Infrastructure and Regional Economic Development. *Economic Review*, V 13, N 24, (1990), pp.15-2. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/6230055.pdf>. p.25.

o ataque dos persas, construiu o Parthenon para reverenciar a deusa Atena e que, além do aspecto religioso, representava o triunfo dos gregos contra os persas⁴⁶³.

No mais, as atividades dos servidores públicos devem ser realizadas em prédios públicos adequados às necessidades dos serviços que serão oferecidos à população, pois não existe efeito prático em o Poder Público possuir material humano adequado se os agentes públicos não possuírem a estrutura devida para a melhor realização de suas atividades, tornando-se as reformas em prédios públicos uma necessidade constante, tendo em vista a natural depreciação deles com o passar do tempo⁴⁶⁴.

Desse modo, urge a necessidade da realização de obras públicas tanto para manter a utilidade dos prédios públicos como para os adaptar às novas realidades e necessidades sociais, uma vez que uma repartição pública pode ter instalações adequadas para determinado contexto histórico, porém não ser condizente com uma nova realidade instaurada no decorrer do tempo.

Assim, por exemplo, uma estação hidroviária pode ser essencial para viabilizar o transporte entre duas cidades separadas por um rio, porém pode se tornar absolutamente desnecessária caso seja construída uma ponte ligando as duas localidades, tornando-se necessário, por exemplo, a transformação da estação em ponto de cobrança de pedágios para o uso da ponte em questão⁴⁶⁵.

Além disso, as obras públicas também são importantes para adequar os prédios públicos a mudanças na legislação, como, por exemplo, a obrigatoriedade de tornar as repartições públicas acessíveis para as pessoas com deficiência, tal como aconteceu em diversos Estados com a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, convenção essa que expressamente prevê a obrigatoriedade de que os edifícios sejam acessível às pessoas com deficiência⁴⁶⁶, o que, naturalmente, gerou uma série de obras públicas para se adaptar à nova legislação em vigor, como, por exemplo, para a instalação de rampas e

⁴⁶³LAGE, Celina Figueireido; EV, Guilherme da Silveira - As transformações da Acrópole de Atenas, a monumentalidade emblemática do Paternon e das suas culturas, *Revista Eletrônica de Antiguidade*, V. XII, N II (2019), pp.49-68. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/nearco/article/view/49484/pdf.p.50-51>.

⁴⁶⁴GORNIG, Martin; MICHELSEN, Claus; DEUVERDEN, Kristina Van - Kommunale Infrastruktur fährt auf Verschleiß. *Diw Wochenbericht, Repec*, V 21 (2015), pp. 1022/1030. Disponível em <https://ideas.repec.org/a/diw/diwwob/82-43-3.html>. p.1028.

⁴⁶⁵Situação similar aconteceu no município de Aracaju, localizado no estado brasileiro de Sergipe, onde o Terminal Hidroviário Jackson de Figueiredo foi desativado em dezembro de 2006 em virtude da construção no mesmo ano de uma ponte ligando Aracaju à Barra dos Coqueiros. O terminal acabou se tornando um centro cultural. Fonte: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=441255&view=detalhes>

⁴⁶⁶CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: Art.9. Acessibilidade: 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

elevadores nas repartições públicas para facilitar o deslocamento das pessoas com problemas de locomoção.

Além do mais, conforme abordado no tópico anterior, a obra pública pode ter como objetivo viabilizar o direito fundamental à moradia para as pessoas desprovidas de recursos ou até mesmo para ser repassada para a iniciativa privada para outros fins também de interesse público, como o funcionamento de uma escola, de um hospital ou de quadra para a realização de atividades esportivas, podendo o objeto de uma obra pública servir como base para o usufruto de diversos direitos fundamentais, como a saúde, a educação, a deslocação, dentre outros que exijam uma estrutura, ainda que mínima, para o seu melhor funcionamento.

Nessa senda, PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO lembra que o aumento das relações comerciais e a migração para o meio urbano no século XVI na Europa trouxe a necessidade obras de infraestrutura no referido período⁴⁶⁷.

JOSIANNE FRANCIA CERASOLI, por sua vez, em estudo sobre as tensões sociais decorrentes de obras pública existentes entre os séculos XIX e XX no município de São Paulo, maior cidade do Brasil, trouxe a existência na referida época de uma cobrança intensa da sociedade para que fossem realizadas obras garantido o abastecimento de água a todos, em especial, ao menos favorecidos⁴⁶⁸, bem como a necessidade de obras de saneamento⁴⁶⁹, o que é uma questão até mesmo de saúde pública para toda a população e não só para os moradores do local saneado, pois evita o despejo de dejetos nas vias públicas, o que impede alagamentos em períodos de fortes chuvas, bem como garante uma melhor qualidade da água consumida pelas pessoas⁴⁷⁰.

Já naquela época essas obras eram consideradas essenciais para garantir a dignidade da população brasileira, tal como acontece nos dias atuais, não sendo por outra razão que no de 2007, durante o início do segundo mandato do ex-presidente brasileiro LUÍS INÁCIO DA SILVA, o LULA, que era considerado um presidente extremamente populista, foi criado o PAC-Programa de Aceleração do Crescimento, que previa um recurso de mais de R\$509.000.000.000(quinhetos e nove bilhões de reais), de investimento em infraestrutura⁴⁷¹, o que demonstra o quanto o uso das obras públicas pode ser um instrumento para aumentar a popularidade dos governantes⁴⁷².

⁴⁶⁷NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p.8.

⁴⁶⁸CERASOLI, Josianne Francia - *Modernização no Plural: obras pública, tensões sociais e cidadania em São Paulo na passagem dos séculos XIX para XX*, Tese de doutoramento, Universidade estadual de Campinas, 2004. p.115.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*. p.116

⁴⁷⁰MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patricia Campos - Revisitando o Conceito de Saneamento Básico no Brasil e em Portugal, *Revista do Instituto Politécnico da Bahia*, N 20 (2014), pp.5-11. p.6.

⁴⁷¹ABREU, Cilair Rodrigues de - *Orçamento Público: uma análise das transformações dos instrumentos para a formulação de políticas públicas de investimento em infraestrutura*, Tese de doutoramento. Universidade Brasília: Brasília, 2014.p.93.

⁴⁷²É por essa razão que no Brasil a inauguração de uma obra pública, principalmente nas cidades menores, é considerada um evento festivo, com a participação da população e das autoridades locais, ainda que o referido costume não esteja em consonância com o princípio da impessoalidade.

Em Portugal, por outro lado, logo após o golpe de 1851, no período chamado de Regeneração, foi criado, mais especificamente em 1852, o Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria (MOPCI)⁴⁷³. O Ministério em questão visava impulsionar o desenvolvimento do Estado Português e, em consequência, aproximar o governo do regime então estabelecido e as forças que o sustentavam da população, principalmente da parte menos favorecida, por meio da realização de obras públicas que atendessem os anseios mais imediatos da sociedade. O fato de se tratar de um governo imposto e não eleito não diminui a necessidade de aproximação com a população como forma de obter apoio e, em consequência, legitimidade para os atos praticados pelos governantes, sendo por essa razão que uma das bandeiras do governo no Período da Regeneração era a busca pelo progresso⁴⁷⁴.

No referido período o Poder Público Português se encontrava descapitalizado, sendo a realização de obras públicas um meio encontrado para promover o melhoramento da situação dos administrados. Assim, o Estado anunciava a realização da obra e repassava a sua execução para a iniciativa privada realizar por sua conta e risco mediante compensação a ser realizada por meio da exploração do bem resultado da obra⁴⁷⁵.

Entretanto, o ministério supracitado acabou vindo a ser extinto com o tempo por questões políticas, porém, mais recentemente, no ano de 2015, foi criado em Portugal um ministério para tratar especificamente do tema. O Ministério português atual, denominado de Ministério do Planeamento e das Infraestruturas em Portugal, tem a seguinte função:

Formular, conduzir, executar e avaliar as políticas de desenvolvimento e coesão, incluindo o desenvolvimento regional, bem como a definição de políticas de infraestruturas, nas áreas da construção, do imobiliário, dos transportes e das comunicações, incluindo a regulação dos contratos públicos⁴⁷⁶.

Desse modo, o governo português, em consonância com princípio da especialidade, resolveu criar um ministério para garantir que a realização de empreendimentos de infraestrutura seja tratada de forma prioritária por meio de políticas pública, o que acaba vindo por ajudar na realização, na continuidade e na própria finalização das obras públicas. Como consequência dessa opção governamental, foi criado em Portugal o programa nacional de reformas, que buscou definir estratégias para permitir que fossem realizadas em Portugal até o final do ano de 2020 um conjunto de reformas

⁴⁷³PEREIRA, Hugo Silveira - Ministério das Obras Públicas, Parlamento e Associação dos Engenheiros Cívicos Portugueses. *CEM-Cultura, Espaço e Memória*, N 5. pp.291-310. Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12854.pdf>. p.292.

⁴⁷⁴PEREIRA, Hugo Silveira - Caminhos de ferro portugueses na década de 1890: entre crença no progresso e pessimismo tecnológico, *Revista Portuguesa de História T.L.*, (2019), pp.107-127. Disponível em <https://impactum-journals.uc.pt/rph/article/view/6277/5680>. p.111.

⁴⁷⁵AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.582.

⁴⁷⁶Fonte:<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/area-de-governo/planeamento-e-infraestruturas/acerca>.

estruturais com fito de garantir a sustentabilidade das finanças públicas sem prejuízo da conclusão de obras públicas⁴⁷⁷.

No Brasil, como forma de estimular e organizar a realização de grandes infraestruturas em parceria com a iniciativa privada, foi editada no ano de 2016 a lei brasileira 13.334/16, que visa incentivar e organizar a relação do Poder Público com a iniciativa privada⁴⁷⁸, permitindo uma maior eficiência nas decisões e no acompanhamento das concessões de obras pública, de forma a garantir um ambiente mais propício para o desenvolvimento econômico⁴⁷⁹, bem como para inibir o histórico brasileiros de obras inacabadas⁴⁸⁰, o que muitas vezes acontece em virtude de grandes escândalos de corrupção, principalmente após a controversa operação “Lava Jato”⁴⁸¹. Apesar da politização da referida operação, nela foi escancarada um problema sempre existente no Brasil, que é a prática de crimes de corrupção realizados pelos agentes públicos em conluio com grandes empreiteiros⁴⁸², tendo em vista que, conforme afirma MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, as obras públicas são “uma oportunidade ímpar”⁴⁸³ de corrupção, pois podem rapidamente enriquecer alguém em virtude dos altos valores ordinariamente envolvidos⁴⁸⁴.

A corrupção é em dos maiores males da sociedade, inclusive a sua origem etimológica vem da expressão em latim “*corruptio*”, que significa, nas palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a “explosão do âmago de um fruto, em razão da sua podridão interna”⁴⁸⁵.

Nesse sentido, PIERRE BOURDIEU afirma que a lógica de uma delegação acaba aumentando as chances de corrupção, pois o rei delegante pode querer algo para si no qual o delegado também pode ter o mesmo interesse, formando-se, assim, uma sucessão de desvios⁴⁸⁶.

De fato, quanto maior for os valores envolvidos em uma contratação pública e quanto maior for a quantidade de pessoas envolvidas, maior vai ser a chance de ser praticado um ato de corrupção.

⁴⁷⁷Fonte: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/area-de-governo/planeamento-e-infraestruturas/acerca>.

⁴⁷⁸Lei Brasileira 13.334/2016: Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

⁴⁷⁹NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.111.

⁴⁸⁰A situação no Brasil quanto presente tema é tão grave que o Senado Federal Brasileiro criou uma Comissão Especial de Obras Inacabadas no ano de 2016, onde foi feito um relatório de 35 páginas de obras federais inacabadas e que estavam orçadas em milhões de reais. Fonte: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?1&codcol=2061>.

⁴⁸¹MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabold; COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira - Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do estado de São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, V II, N (2019), pp.157-182.89. p.163

⁴⁸²FERREIRA, Ana Carla Anuniação; FERREIRA, Bianca Anuniação; BRITO, Renato da Silva. Obras públicas inacabadas: as principais causas que resultam em desperdício de dinheiro público. *UFF*. Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6351/1/Ana%20Carla%dos%20Santos%20-%20Bianca%20dos%20Santos%20-%20Renato%20da%20Silva.pdf>. p.10

⁴⁸³FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira - Corrupção e Democracia, *Revista de Direito Administrativo*, V 226, (2001), pp. 213-218. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47241> . p.218.

⁴⁸⁴*Idem, ibidem*. p.218.

⁴⁸⁵*Idem, ibidem*. p.213.

⁴⁸⁶BOURDIEU, Pierre - *Sobre o Estado: curso no Collège France. (1989-92)*, Trad. Rosa Freira D´ Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p.361.

Assim, devem ser buscados mecanismos não apenas para punir o referido mal, como também para evitar que ele aconteça, tal como faz o Programa de Parcerias de Investimentos brasileiro ao dar um olhar diferenciado para os atrasos nas obras de infraestrutura, o mesmo acontecendo com a própria obrigatoriedade de licitação ou de procedimento adjudicatório, que também são formas de diminuir a margem de corrupção na realização de obras públicas⁴⁸⁷.

Frise-se que o combate à corrupção é uma preocupação também dos legisladores portugueses e que agora está expressamente prevista no Código de Contratos Públicos Português em virtude de alteração realizada pela Lei Portuguesa Número 30/2021⁴⁸⁸, tendo em vista que um alto percentual da população portuguesa considera a corrupção um “fenômeno generalizado”⁴⁸⁹.

No mais, no Brasil o atual Presidente da República, representante da extrema-direita, foi eleito com um discurso de, em nome do Estado Mínimo, reduzir a máquina pública, o que fez o número de ministérios, em um primeiro momento do governo, ser reduzido de 29 para 22⁴⁹⁰, com a extinção de alguns ministérios considerados até então de grande relevância nacional, como, por exemplo, foi o caso do Ministério do Trabalho.

Entretanto, mesmo com a referida redução, continuou existindo um Ministério da Infraestrutura no Brasil, que tem como uns dos objetivos na atualidade diminuir a burocracia para o setor privado participar de novos empreendimentos⁴⁹¹.

Dentro dessa realidade, tanto o governo brasileiro atual como o governo anterior tinham o referido ministério em sua estrutura, o que vem acontecendo no Brasil, ainda que com mudanças de nomes ou junções com outros ministérios, desde 1861, ano no qual foi criado o Ministério da Viação e Obras Públicas por meio do decreto legislativo número 1.067, de 28 de julho de 1860, editado ainda antes da Proclamação da República Brasileira⁴⁹², que só se deu no ano de 1889.

Assim, atualmente, tanto o Brasil como Portugal estão tratando as obras públicas como prioridade, o que é uma forma de dar dignidade para a população, bem como de aproximar os governos da sociedade, o que independe, inclusive, do viés ideológico de cada governante, tendo em vista que o Brasil tem, conforme dito acima, um presidente de extrema-direita, enquanto Portugal possui um presidente com um viés mais moderado.

⁴⁸⁷FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Corrupção e Democracia, *Revista de Direito Administrativo*, V 226. (2001), pp.213-218. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47241>. p.217.

⁴⁸⁸Decreto-Lei 18/2008 (Código do Contratos Públicos de Portugal): Artigo 1.º-A [...] 1 - [...]. 2 - As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental, de igualdade de género e **de prevenção e combate à corrupção**, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional. (Grifos Nossos).

⁴⁸⁹FONSECA, Isabel Celeste - Das modas da contratação pública, códigos de ética e pactos de integridade: um *must have* contra a corrupção, In: FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.51-65. p.57.

⁴⁹⁰Fonte:<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=7904538&ts=1549894140910&disposition=inline>.

⁴⁹¹Fonte:http://www2.planalto.gov.br/conheca-a-presidencia/ministros/ministerioda_infraestrutura.

⁴⁹²Decreto Legislativo Brasileiro 1067/1860. Coleção de Leis do Brasil - 1860, Vol. 1 (28.07.1860), 15-

Desse modo, a discussão sobre as formas de realização de obras públicas sempre foi um tema de extrema relevância para a sociedade brasileira e para a sociedade portuguesa, uma vez que as obras públicas sempre foram utilizadas para atender os anseios da população e para aproximar os governos eleitos, ou até mesmo os governos impostos, das pessoas, o que continua acontecendo até a presente data por meio da realização das várias espécies de obras públicas tanto em Portugal como no Brasil, tal como acontece no mundo inteiro.

Além disso, a realização de obras públicas, inclusive por meio de Parcerias Público-Privadas, acaba também sendo um instrumento para que os Estados, incluindo Portugal e Brasil, possam retornar ao almejado crescimento econômico e também o crescimento social⁴⁹³, sendo por essa razão que já em 1990 RANDALL W. BERTS afirmava que as infraestruturas públicas fornecem a base para a política econômica⁴⁹⁴, bem como, em estudo preocupado com as infraestruturas municipais na Alemanha, MARTIN GORNIG, CLAUS MICHELSEN e KRISTINA VAN DEUVERDEN afirmam que investir em infraestrutura é um pré-requisito essencial para garantir a competitividade das nações e, em consequência, criar potencial de crescimento para os Estados⁴⁹⁵.

Por outro lado, KATJA RIETZLER lembra que a deterioração da estrutura pública pode afetar seriamente a prosperidade e economia de uma sociedade⁴⁹⁶, o que torna necessária a realização constante de obras de manutenção.

Outra importância da realização de obras públicas, especificamente no tangente a realização de infraestruturas de transporte, se dá para melhorar a relação transnacional entre Estados⁴⁹⁷, o que acaba sendo extremamente importante para Portugal, integrante da União Europeia e para o Brasil, integrante do Mercosul. No caso de Portugal, especificamente, a sua rede ferroviária se liga com a da Espanha, que, por sua vez, é ligada à de outros Estados, permitindo, desse modo, o transporte das pessoas por boa parte da Europa⁴⁹⁸. Desta feita, não existe dúvida da importância da realização constante de obras públicas construindo estradas, bem como da necessidade do bom andamento delas por meio de constante manutenção.

⁴⁹³SILVEIRA, Alfredo Maciel da; BORGES, Luiz Ferreira Xavier - A definição de PPP-Parcerias Público Privado no Brasil, *Revista de negócios*, N 8 (2003), pp.1-16. Disponível em <https://proxy.furb.br/ojs/index.php.php/rn/article/view/317>. p.3.

⁴⁹⁴BERTS, Randall W - Public Infrastructure and Regional Economic Development, *Economic Review*, V 13, N 24 (1990), pp.15-2. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/6230055.pdf>. p.16.

⁴⁹⁵GORNIG, Martin; MICHELSEN, Claus; DEUVERDEN, Kristina Van - Kommunale Infrastruktur fährt auf Verschleiß. Diw Wochenbericht, *Repec*, V 21 (2015), pp. 1022/1030. Disponível em <https://ideas.repec.org/a/diw/diwwob/82-43-3.html>.p.1023.

⁴⁹⁶RIETZLER, KATJA. Anhaltender Verfall der Infrastruktur IMK Report, N 94 (2014), pp.1-16. *Hans-Böckler-Stiftung, Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)*. Disponível em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-2014080817905>. p.1.

⁴⁹⁷MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.p.23.

⁴⁹⁸INEGUES, Vanessa; PAMBOUKIAN, Sérgio Vicente Denser - Análise comparativa da rede ferroviária de Portugal e do estado de São Paulo, *Revista Mackenzie de Engenharia e Computação*, V 19, N 1. (2019). pp.125-145. p.131.

Além disso, apesar de muitas vezes, tal como lembra LUCAS MENDES CASSIANO SANT´ANNA, a iniciativa privada, em prol dos seus interesses⁴⁹⁹, realizar obras de infraestrutura que acabam atendendo aos anseios da sociedade, a obrigação de efetivar a estrutura necessária ao desenvolvimento social é do Poder Público.

No mais, como analisam em investigação sobre o tema na Itália ANGELA CIPOLLONE e PAOLO E. GIORDANI, a realização de uma obra pública não necessariamente deve se dar por meio da construção de uma nova grande estrutura, mas também no melhoramento e na integração das estruturas já existentes⁵⁰⁰.

Outrossim, existe a possibilidade de urgência na feitura de uma obra pública, como, em exemplo dado por TANIA PATRICIA DE LARA VAZ, pode acontecer na “urgência da conclusão do serviço de reconstrução parcial de uma ponte, danificada durante uma tempestade, que está a impedir o acesso dos utentes a um porto de escoamento de produção agrícola”⁵⁰¹ ou, ainda, em exemplo totalmente atual, na construção de hospitais de campanha para receber pessoas doentes em decorrência da pandemia causada pelo COVID-19, que causou uma grande pressão na saúde pública, gerando a necessidade da construção de uma infraestrutura de saúde adequada para o combate da doença⁵⁰².

Em situações como as mencionadas no parágrafo anterior, deve haver um extremo cuidado na definição de quem será o responsável pela realização da obra pública como forma de garantir a qualidade e a celeridade necessária na feitura da construção, atendendo, em consequência, ao princípio da eficiência.

Assim, deve ser bem avaliado qual é o melhor instrumento para se realizar uma construção de caráter público, que pode ser uma Parceria Público-Privada, objeto de estudo da presente tese doutoral, bem como também devem ser analisados minuciosamente, como forma de evitar os atrasos nas obras, quais os mecanismos de resolução de conflitos serão utilizados para os litígios surgidos no decorrer de uma obra pública, como, por exemplo, a arbitragem, também objeto de estudo da presente investigação.

Passemos a analisar as formas de realização das obras públicas no Brasil e em Portugal.

⁴⁹⁹SANT´ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p.15.

⁵⁰⁰CIPOLLONE, Ângela; GIORDANI, Paolo E - Le infrastrutture di trasporto: una valutazione dell'Italia all'uscita dalla "grande recessione". *Rivista Scientifica della Società Italiana di Economia dei Trasporti e della Logistica*, N 2 (2016), pp.1-18. Disponível em <http://www.sietitalia.org>. p.16.

⁵⁰¹VAZ, Tânia Patrícia de Lara - Os incentivos em contratos públicos de obras e serviços: a perspectiva da law and economics, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp. 1319-1387. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1319_1387.pdf. p.1351.

⁵⁰²BENJAMIN, Georges C. - Ensuring health equity during the COVID-19 pandemic: the role of public health infrastructure, *Rev. Panam. Salud. Publica*, V 44, N 70 (2020), pp.1-9. Disponível em <https://scielosp.org/article/rpsp/2020.v44/e70/en/>.p.9

1.6.4 Da realização de obra pública

Tal como o serviço público, a obra pública também pode vir a ser realizada pelo próprio Poder Público, que seria a execução direta, ou por entidades privadas contratadas por esse último, sendo esse caso o que se chama de execução indireta, devendo, como regra, a feitura indireta da obra ser antecedida de um processo licitatório no Brasil de um procedimento adjudicatório em Portugal como forma de garantir a melhor proposta, bem como de dar igual oportunidade a todos os interessados em construir para o Poder Público, atendendo, assim, ao mesmo tempo, os princípios da isonomia e da eficiência, uma vez que um processo de seleção prévio também tende a aumentar a qualidade da empresa contratada e, em consequência, da obra que vai ser realizada.

Desse modo, as obras públicas executadas indiretamente são realizadas por meio de um contrato de construção (“engineering”)⁵⁰³, sendo essa espécie contratual, nas palavras de LIE UEMA DO CARMO, “os instrumentos jurídicos que dão substrato à realização de obras de infraestrutura”⁵⁰⁴. Naturalmente, o regramento jurídico e a terminologia dada a referida espécie de contrato irão depender da legislação de cada estado.

No Brasil, algumas formas de execução indireta de obra pública estão expressamente previstas na lei 14.133/21, que é a lei que traz normas gerais de licitações e contratos no referido Estado e são as seguintes: a empreitada por preço global, a empreitada por preço unitário, a tarefa, a empreitada integral, a contratação integrada, a contratação semi-integrada e o fornecimento e prestação de serviço associado⁵⁰⁵, que vão variar conforme a amplitude do objeto da obra a ser realizada.

Em verdade, a empreitada (“locatio operis”) é um instituto oriundo do direito privado⁵⁰⁶, sendo comumente estudada pelo Direito Civil na parte de contratos, uma vez que está prevista como um contrato em espécie tanto no Brasil⁵⁰⁷ como em Portugal⁵⁰⁸, inclusive alguns ordenamentos jurídicos não diferenciam a obra pública da obra privada, tal como acontece na França, na Bélgica, na Itália, no Luxemburgo, na Alemanha e na Suíça⁵⁰⁹.

Especificamente no Direito Administrativo brasileiro e português, a empreitada se dá quando o Poder Público repassa um serviço de construção para uma pessoa da iniciativa privada para essa

⁵⁰³CARMO, Lie Uema - *Contratos de Construção de Grandes Obras*, São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p.37

⁵⁰⁴*Idem, ibidem*. p.37.

⁵⁰⁵Lei Brasileira 14.133/01. Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - empreitada integral; IV - contratação por tarefa; V - contratação integrada; VI - contratação semi-integrada; VII - fornecimento e prestação de serviço associado.

⁵⁰⁶TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.553.

⁵⁰⁷Lei Brasileira 10.406/2002(Código Civil Brasileiro). CAPÍTULO VIII. Da Empreitada. Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

⁵⁰⁸Decreto-Lei Português 47.344/66(Atualizado até à Lei 59/99.CAPÍTULO XII. Empreitada. SECÇÃO I. Disposições gerais. ARTIGO 1207º. (Noção). Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.

⁵⁰⁹AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003.p.569.

realizar o serviço por sua conta e risco⁵¹⁰ mediante um valor já pré-estabelecido, sendo um tema extremamente ligado à construção civil, o que acaba dando uma grande relevância econômica ao mesmo⁵¹¹, não existindo dúvida, tal como afirma JORGE ANDRADE DA SILVA ao analisar a legislação portuguesa, que o contrato de empreitada de obra pública tem natureza administrativa⁵¹².

O valor acima mencionado repassado do Poder Público ao ente privado responsável pela construção pode incluir toda a obra, que será justamente a chamada no Brasil empreitada por preço global; parte da obra, que será uma empreitada por preço unitário ou ainda toda a obra e tudo que for necessário para a realização do serviço público a ser prestado no resultado final da obra, como, por exemplo, os equipamentos médicos de um hospital, situação na qual haverá uma empreitada integral⁵¹³, o que evita situações infelizmente recorrentes no Brasil de uma obra ficar pronta, porém não funcionar por falta dos equipamentos móveis necessários para os inícios da atividade a vir a ser prestada no resultado da obra que foi concluída.

A tarefa no Brasil, por outro lado, é destinada apenas para pequenos serviços mediante pagamento de pequenos valores⁵¹⁴, sendo utilizada para situações com um nível de complexidade mais simples, como, por exemplo, uma pintura ou um pequeno reparo em determinado prédio público, o que, a depender do valor, poderá até mesmo dispensar a existência de um procedimento licitatório⁵¹⁵.

No Brasil existe, ainda, a possibilidade da chamada concessão de serviço público precedida de obra pública, na qual o ente privado realiza a obra pública e é remunerado, em um segundo momento, com a exploração de um serviço público a ser realizado na própria obra que foi realizada⁵¹⁶.

Os casos acima são os quais a prestação do serviço deve vir antecedida de toda uma estrutura, ainda inexistente, que seja instrumental e acessória para a garantir a plena prestação do serviço⁵¹⁷, como pode vir acontecer, por exemplo, em estradas e metrô. Nesses casos, inclusive, é mais aceitável pelos usuários a cobrança de pedágios, pois as pessoas aceitam melhor pagar um valor para um parceiro privado quando percebem que esse último está sendo recompensado pelo investimento feito na construção de uma infraestrutura pública⁵¹⁸.

Nesses últimos casos, conforme também será visto neste mesmo capítulo, sendo a obra pública no Brasil realizada por meio de uma Parceria Público-Privada, poderá ser o caso da utilização

⁵¹⁰CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.117.

⁵¹¹VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: contratos em espécies*, 4ªed, São Paulo: Atlas, 2004. p.204.

⁵¹²SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.721.

⁵¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.376.

⁵¹⁴*Idem, ibidem*. p.378.

⁵¹⁵Lei brasileira 14.133/21: Art. 75. É dispensável a licitação: I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores.

⁵¹⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 422.

⁵¹⁷GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014.p.127.

⁵¹⁸BONNAFOUS, Alain - Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé: quelques paradoxes - *Revue française d'économie*, XVII, N 1 (2002), pp.173-194. Disponível em https://www.persee.fr/doc/rfec0_0769-0479_2002_num_17_1_1458. p.178.

de uma concessão patrocinada, na qual o parceiro privado é remunerado pelas tarifas pagas pelos usuários e por um aporte financeiro viabilizado pelo próprio Poder Público concedente, conforme também será aprofundado em outra parte deste estudo.

MARÇAL JUSTEN FILHO lembra, ainda, a possibilidade de um bem público já construído, mas que precisa ser reformado para melhor atender aos interesses públicos ou, conforme acima mencionado, para se adequar a novas necessidades ou novas previsões legais, situações nas quais poderá ser realizada uma concessão para a reforma do mesmo seguida da sua exploração e que vai se assemelhar a concessão para construção e exploração da obra, diferenciando-se apenas no que tange os gastos envolvidos, o que também terá reflexo no valor da tarifa⁵¹⁹.

A situação acima não se confunde com a de um bem público já existente e que não precisa ser reformado, mas o Poder Público opta por passar a sua exploração para a iniciativa privada, situação na qual existirá uma concessão para uso remunerado de um bem público⁵²⁰, como comumente acontece, tanto no Brasil como em Portugal, com espaços de alimentações existentes em entidades de ensino da rede pública.

Já em Portugal as obras públicas podem ser realizadas também diretamente ou indiretamente por meio de uma concessão de obra pública, que será considerada uma Parceria Público-Privada tal como expressamente permite a lei⁵²¹ ou por meio de uma empreitada de obra pública. Dentro dessa realidade, DIOGO FREITAS DO AMARAL afirma que existem três formas de se realizar uma obra pública em Portugal, que seria justamente a execução direta, a empreitada e a concessão⁵²². JORGE ANDRADE DA SILVA, por seu turno, afirma que a concessão de obra pública em Portugal teria as mesmas características da empreitada, mas acrescentando a exploração da obra por parte a entidade privada⁵²³.

Outrossim, DIOGO FREITAS DO AMARAL também afirma que as empreitadas são utilizadas para obras de pequena e média dimensão⁵²⁴, enquanto as concessões são usadas para obras que exigem um grande vulto de capital⁵²⁵.

Além disso, em Portugal, originalmente, quando se falava em concessão de obra pública, necessariamente se falava em remuneração do ente privado por meio de cobrança de tarifas aos usuários pela exploração do domínio público decorrente da obra pública⁵²⁶, o que poderia inviabilizar a

⁵¹⁹FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.915.

⁵²⁰FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.276.

⁵²¹Decreto Lei Português 111/2012: Artigo 2.º 4 - Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados: a) O contrato de concessão ou de subconcessão de obras públicas; b) O contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público;

⁵²²AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003. p.569.

⁵²³SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2017. p.842.

⁵²⁴AMARAL, Diogo Freitas - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003.p.569.

⁵²⁵*Idem, ibidem*. p.570.

⁵²⁶AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.578.

concessão, uma vez que os valores passíveis de arrecadação pelos usuários muitas vezes não poderiam ser o suficiente para cobrir o custo da obra e para remunerar o concessionário.

Entretanto, houve uma evolução muito grande na legislação portuguesa, principalmente no Código dos Contratos Públicos, que sofreu mais de dez alterações desde sua criação⁵²⁷. Na atualidade a pessoa privada que realiza a obra pública pode vir a ser remunerada pela exploração da mesma e por outros meios que não sejam necessariamente a cobrança dos usuários do serviço a ser realizado no bem resultado da obra⁵²⁸, como, por exemplo, o uso de espaços de publicidade⁵²⁹.

Passamos, assim, a analisar os aspectos legais da realização indireta das obras públicas no Brasil e em Portugal.

1.6.4.1 O contrato público de realização de obra pública e as legislações portuguesas e brasileiras

De antemão, na execução direta de obra pública, que não é objeto de estudo da presente tese, não há o que se falar, ao menos como base, na existência de um contrato público, devido ao fato de ser o próprio Poder Público quem realiza a obra com os seus meios próprios⁵³⁰, diferentemente do que acontece na execução indireta na qual a obra é realizada após a feitura de um contrato público.

No mais, conforme já mencionado acima, no Brasil as formas de realização indireta de obra pública pelos particulares são a empreitada e a concessão.

Também como já esclarecido no tópico anterior, a grande diferença entre as duas espécies acima mencionadas é que na concessão o objetivo principal é a exploração do serviço que vai ser prestado no resultado da obra, enquanto que na empreitada o objetivo principal é efetivamente a realização da obra, sendo por isso que, ordinariamente, a remuneração na concessão não é feita totalmente pelo Poder Público concedente, mas por outras formas, como, por exemplo, a delegação à pessoa que realizou a obra da exploração do resultado da mesma com cobrança de tarifas dos usuários; já na empreitada é o próprio Poder Público quem paga pela obra que foi construída, tal como uma pessoa privada realiza o pagamento por uma obra quando contrata uma empreiteira para tal função nos termos da legislação civil de cada Estado, não havendo, inclusive, o que se falar em vínculo empregatício, diante da natureza eventual da prestação de serviço.

⁵²⁷SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.11.

⁵²⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014.p.40.

⁵²⁹A referida possibilidade é uma exceção a uma das facetas ao princípio da impessoalidade como forma de viabilizar a construção de obras pública ou a prestação de serviços públicos, atendendo, assim, ao princípio do interesse público primário. De qualquer forma, a referida publicidade só deve ser usada para atender os fins comerciais que são objeto da empresa e não para promover pessoalmente os dirigentes das entidades privadas que estão realizando uma obra pública e que eventualmente possuam alguma pretensão política, pois, nesse último caso, haveria, sem justificativa plausível, uma ofensa direito ao princípio da impessoalidade, bem como um evidente desvio de finalidade.

⁵³⁰SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.721.

Assim, no Brasil a realização de obra pública pelos particulares é tratada de forma diferente pela legislação a depender da natureza da obra a vir a ser realizada, inclusive com legislações diferentes para cada situação.

A lei brasileira 8.987/95, que regulamenta a concessão e a permissão da prestação de serviço público no Brasil, traz o instituto da concessão de serviço público antecedida de obra pública⁵³¹ e a lei 11.079/2004, que regulamenta as Parcerias-Público e Privadas no Brasil, também prevê o uso do instituto para a realização de obra pública⁵³², desde que esse não seja o objetivo exclusivo da concessão⁵³³, ficando a lei 14.133/93, que é uma norma geral, com as os contratos públicos de empreitada.⁵³⁴

O Código dos Contratos Públicos de Portugal, por seu turno, traz duas possibilidades de realização de uma obra pública assim como mencionado no tópico anterior, quais sejam: a empreitada de obra pública⁵³⁵ e a concessão de obra pública⁵³⁶, sendo a principal diferença entre ambas o fato de que nessa última é transferido ao particular o direito de explorar o resultado da obra como forma de amortizar os investimentos realizados⁵³⁷, sendo a concessão de obra pública expressamente incluída como uma das hipóteses de Parcerias Público-Privadas portuguesas⁵³⁸.

Desse modo, o sistema de realização de obra pública de Portugal é similar ao brasileiro, pois ou o Poder Público realiza a obra diretamente ou indiretamente, normalmente por meio de uma empreitada junto à iniciativa privada, situação na qual o Poder Público vai pagar pela obra realizada; ou por meio de uma concessão, que poderá ser uma Parceria Público-Privada.

Por derradeiro, importante frisar que a realização de obras públicas por intermédio da iniciativa privada por meio de um contrato público (uma concessão ou uma empreitada) é uma realidade

⁵³¹Lei Brasileira 8.987/95: Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

⁵³²Lei brasileira 11.079/2004. Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa: § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

⁵³³Lei brasileira 11.079/2004. Art.1º § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁵³⁴Lei 14.133/21. Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

⁵³⁵Lei Portuguesa 41/2015. Art.343º 1 - Entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção.

⁵³⁶Lei Portuguesa 41/2015. Art. 407º 2- Entende-se por concessão de obras públicas o contrato pelo qual o contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respetiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço.

⁵³⁷OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.274.

⁵³⁸Decreto-Lei Português 111/2012: 4 - Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados: a) O contrato de concessão ou de subconcessão de obras públicas;

encontrada em diversos Estados, de diferentes continentes e de variadas culturas, sendo, dessa forma, uma realidade de âmbito mundial, que vem sendo aplicada há vários anos e na atualidade.

A título de exemplo, o Eurotúnel, que liga França e Inglaterra e que foi uma obra de grande repercussão mundial e com divulgações em diversos meios de comunicação de âmbito nacional e internacional, foi construído por meio de uma concessão de obra pública; o transporte coletivo de Cingapura, que é considerado um dos melhores transportes coletivos do mundo, também foi uma concessão de obra pública; o metrô de Bangkok, capital e cidade mais populosa da Tailândia, foi uma concessão de obra pública; dentre tantos outros exemplos no mundo todo⁵³⁹.

Já na Espanha, no ano de 2007 existiam 3.281quilômetros de autopistas, do qual a maioria absoluta (3.243km) era explorada por meio de concessões de obras públicas⁵⁴⁰ e no Chile MARTÍN LOO GUTIÉRREZ chega a afirmar que basta um simples passeio em um veículo na Grande Santiago ou na Grande Valparaíso que qualquer pessoa terá uma elevada possibilidade de se utilizar de uma obra pública⁵⁴¹.

Desse modo, percebe-se que a previsão legal da realização de obra pública pela iniciativa privada por meio de contratos públicos é uma questão que independe do tamanho da população, bem como do viés político de cada governante local, sendo utilizada por diversos Estados quando os mesmo se deparam com a análise da oportunidade, da conveniência e do interesse público primário de assim se proceder, sendo essa também a realidade tanto de Portugal como do Brasil, o que justifica o estudo do tema na presente tese de doutoramento.

1.7 Das Parcerias Público-Privadas-PPP

Como a presente tese de doutoramento visa fazer um estudo sobre o uso da arbitragem nas obras públicas e nos serviços públicos realizados por intermédio de Parcerias Público-Privadas, torna-se importante existir um tópico para tratar especificamente sobre essa espécie de contrato público tendo em vista as suas peculiaridades em relação a outras formas de delegação de serviço público ou de obra pública, bem como devido ao fato da possibilidade das PPPs possuírem como objeto as duas espécies de atividades administrativas estudadas anteriormente.

Desta feita, no tópico seguinte iremos conceituar o instituto objeto do presente capítulo.

⁵³⁹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M - *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p.45

⁵⁴⁰MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.p.210.

⁵⁴¹GUTIÉRREZ, Martín Loo - Las concesiones de obra pública: ¿qué son y por qué se utilizan en Chile? *Revista Derecho del Estado*, N 44 (2019), pp.327-359. p.328.

1.7.1 Conceito de Parcerias Público-Privadas

Conceituar as Parcerias Público-Privadas não é tarefa simples, a começar pela indefinição do termo “parceria”, que, conforme será visto em seguida, talvez não seja o mais adequado para definir o instituto em estudo. De qualquer forma, já podemos afirmar que as PPPs são, assim como afirma SILVÉRIO DOS SANTOS BRUNHOSO CORDEIRO em tese de doutoramento investigando o assunto, diferentes de uma mera colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada⁵⁴².

MICHAEL R. REICH afirma que a definição de Parceria Público-Privada passa por três pontos: o envolvimento de apenas uma empresa privada com fins lucrativos e uma organização pública; os parceiros devem possuir algum objetivo compartilhado com um valor social, normalmente voltado para os menos favorecidos e a existência de uma concordância de compartilhamento de esforços e benefícios⁵⁴³. Achamos os referidos pontos importantes, mas entendemos ser possível ter mais de uma empresa privada envolvida.

De qualquer forma, o termo “Parceria Pública-Privada” pode ter dois sentidos: um primeiro que engloba toda parceria realizada pelo Poder Público com a iniciativa privada e um segundo abrangendo apenas um tipo de procedimento mais específico, diferenciando o instituto de outras espécies de relação entre o Poder Público e as pessoas integrantes da iniciativa privada no que tange feitura de um contrato público.

O Brasil adota um conceito mais restrito, previsto na lei 11.079/2004, que é a lei que regula no Brasil as Parcerias Público-Privadas⁵⁴⁴, não considerando PPP todas as espécies de concessões de serviço público ou de obra pública, mas apenas as concessões nas modalidades patrocinadas e administrativas⁵⁴⁵, que acabam sendo consideradas concessões especiais em relações às demais espécies de concessões previstas na lei 8.987/90⁵⁴⁶, tornando-se essa última uma normal geral com aplicação subsidiária em relação à primeira lei mencionada no início do presente parágrafo. Existem autores brasileiros defendendo a ampliação das espécies de PPPs no Brasil com o advento da Lei 13.334/16⁵⁴⁷, quando ela traz as situações abrangidas pela mesma⁵⁴⁸, entretanto, a lei em testilha não

⁵⁴²CORDEIRO, Silvério dos Santos Brunhoso - *Estruturas Organizacionais Emergentes de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga.p.39.

⁵⁴³REICH, Michael R. Introduction: Public-Private Partnerships for Public, In REICH, Michael R. Health, *Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002. pp.1-18. p.3.

⁵⁴⁴Lei brasileira 11.079/2004: Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁵⁴⁵Lei brasileira 11.079/2004: Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

⁵⁴⁶Lei brasileira 8.987/1995: Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

⁵⁴⁷FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira - Parcerias público-privadas e gestão de riscos nos investimentos em infraestrutura no Brasil e no mundo, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, N 4 (2018), pp.1285-1321. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1285_1321.pdf.p.1292.

⁵⁴⁸Lei 13.334/16. Art. 1º: § 2º Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os

traz novas espécies de parcerias e sim mecanismos para garantir a feitura e conclusão das já existentes.

De qualquer forma, ainda que exista um conceito legal restrito de Parceria Público-Privada no Brasil, que é o adotado neste estudo como recorte de pesquisa, nada impede ao Poder Público Brasileiro, com base em outras legislações, realizar outras espécies de parcerias com a iniciativa privada, como as permissões e as concessões mencionadas no capítulo anterior, que, no sentido amplo da palavra, são também parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada reguladas pela lei geral (no caso, a 8.987/90) acima mencionada.

Portugal, por outro lado, adota um conceito legal mais amplo ao afirmar:

Artigo 2.º1- para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada, adiante abreviadamente designada por parceria, o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado⁵⁴⁹.

Assim, como expressamente afirma o dispositivo legal acima, o conceito de Parceria Público-Privada em Portugal está fortemente relacionado a contratos realizados por longo-prazo como vem acontecendo desde o passado⁵⁵⁰, sendo por esse motivo que o Decreto-Lei português número 111/2012 afirma que nas PPPs o Poder Público se une com o parceiro privado por meio de uma relação duradoura em busca da satisfação da necessidade coletiva⁵⁵¹, existindo de um lado a entidade adjudicante⁵⁵², e do outro lado a entidade adjudicatária, que é justamente o parceiro privado, ou seja, de um lado existe uma entidade integrante da Administração Pública, direta ou indireta, e do outro lado existe a pessoa coletiva vencedora do procedimento de seleção pública que antecedeu a contratação, atuando ambas por meio de um acordo de colaboração⁵⁵³.

outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.

⁵⁴⁹Decreto-Lei Português nº 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

⁵⁵⁰FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro - *Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes*, 2004, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga. p.157.

⁵⁵¹Decreto-Lei Português 111/2012. Art.2º: 1 - Para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada, adiante abreviadamente designada por parceria, o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

⁵⁵²O Decreto-Lei Português 111/2012 mencionado como parceiros públicos: a) O Estado; b) As entidades públicas estatais; c) Os fundos e serviços autónomos; d) As empresas públicas; e) Outras entidades constituídas pelas entidades a que se referem as alíneas anteriores com vista à satisfação de necessidades de interesse geral.

⁵⁵³SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.714.

Assim, a relação entre o Poder Público e o parceiro privado nas ditas parcerias é complexa, fazendo-se importante a existência de contratos mais longos que possam absolver as peculiaridades existentes, uma vez que contratos de pequena monta dificilmente viabilizarão todas as complexidades envolvidas, em especial as questões de ordem econômicas existentes.

Outrossim, outra característica marcante das Parcerias Público-Privadas Portuguesas é a questão da repartição dos riscos, ficando a referida realidade clara quando se compara o que o Código dos Contratos Públicos de Portugal traz o que deve constar nos cadernos de encargos das concessões⁵⁵⁴ com o que deve constar nas das Parcerias Público-Privadas⁵⁵⁵.

Já na União Europeia, por outro lado, não existe um conceito convencional de Parceria Público-Privada devido ao fato de não existir uma regulamentação comunitária da matéria⁵⁵⁶ apesar do crescimento da sua utilização por diversos estados-membros integrantes da Comunidade Europeia⁵⁵⁷.

No Mercosul também não há um tratado abordando a questão das Parcerias Público-Privadas, mas isso decorre do fato do bloco de integração da América do Sul estar em um processo muito menos avançado do que o Bloco de Integração Europeu, que é considerado pelos estudiosos da matéria a mais bem-sucedida experiência de integração entre Estados já realizada⁵⁵⁸, até mesmo como decorrência do desenvolvimento dos Estados membros, diferentemente do que acontece na América do Sul, que é um continente repleto de nações ainda subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, tal como acontece, inclusive, com o Brasil, onde existem graves e conhecidos problemas de índole social. Além disso, como afirmam JOSÉ MANUEL VASSALLO MAGRO e RAFAEL IZQUIERDO BARTOLOMÉ, o Mercosul não avança de forma significativa porque apenas prevê uma integração econômica e comercial, porém sem uma integração “física, productiva e institucional”⁵⁵⁹.

Desse modo, os integrantes do Mercosul não o procuram tanto como os Estados europeus acionam a União Europeia para tratar dos mais diversos assuntos, como, por exemplo, sobre as Parcerias Público-Privadas.

⁵⁵⁴Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 44.º Cadernos de encargos relativos a contratos de concessão Sem prejuízo do disposto no artigo 42.º, os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos integram um código de exploração que contém os direitos e as obrigações das partes relativas à exploração, incluindo, quando for o caso, as normas de exploração que são estabelecidas também no interesse dos utentes da obra ou do serviço a explorar.

⁵⁵⁵Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 45.º Caderno de encargos das parcerias público-privadas: Os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias público-privadas devem submeter à concorrência os aspetos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e **aos riscos a ela direta ou indiretamente afetos decorrentes da configuração.** (Grifos Nossos).

⁵⁵⁶SOBRAL, Ana Paula Rolland; CRUZ, José neves - Parcerias público-privadas: enquadramento e avaliação das concessões ferroviárias em Portugal, *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, N 28 (2011), pp.2-26. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/5143/514355189201.pdf>. p.8.

⁵⁵⁷GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.112.

⁵⁵⁸JUNIOR, Alberto Amaral - *Introdução ao Direito Internacional*, São Paulo: Atlas, 2008. p.421.

⁵⁵⁹MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.p.45.

De qualquer forma, no que tange especificamente o âmbito europeu, apesar de ainda não existir uma normatização quanto ao tema em testilha, como os Estados membros recorrem à União Europeia com os problemas decorrentes das Parcerias Público-Privadas, foi criado um Livro Verde abordando as questões das PPPs e o Direito Comunitário Europeu e que será objeto de tópico específico em seguida, no qual é dito que as PPPs seriam uma forma de cooperação entre as autoridades públicas e empresas com o objetivo de viabilizar a realização de infraestruturas e a prestação de serviços públicos⁵⁶⁰, o que acaba dando um conceito amplo ao instituto tal como acontece especificamente em Portugal, assim como foi visto.

Além disso, foi realizado em dezembro de 2000 um fórum em Roma para tratar sobre as Parcerias Público-Privadas no âmbito da Comunidade Europeia, momento no qual foi realizado um texto com alguns conceitos e com algumas orientações⁵⁶¹.

Assim, a Comissão Europeia vem buscando dinamizar as Parcerias Público-Privadas por meio de proposições, agindo como negociador e dando alguns parâmetros para os Estados europeus com o fito de aumentar o desenvolvimento econômico na Europa⁵⁶², inclusive lançando em 2009 uma Comunicação denominada: “Mobilização do investimento público e privado para a recuperação e alteração do investimento estrutural de longo prazo, através do desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas”⁵⁶³. Além disso, existe o Centro Europeu de Expertise em PPP, que possui como finalidade fortalecer o Poder Público na realização de parcerias por meio de “troca de informações, experiências, estudos, difusão de boas práticas”⁵⁶⁴.

Desse modo, ao que parece, a normatização acerca das Parcerias Público-Privadas no âmbito europeu é questão apenas de tempo, diferentemente no que deve acontecer na América do Sul, mas não em virtude da falta de utilização e de importância dada aos Estados membros do Cone Sul especificamente quanto às PPPs, mas sim em decorrência das dificuldades existentes no próprio processo de integração entre os países sul-americanos, que vem caminhando a passos lentos, conforme foi acima mencionado, não existindo perspectiva de melhoras, principalmente em virtude das divergência políticas atualmente existentes entre os Estados sul-americanos, que recentemente implicou na suspensão da Venezuela do Mercosul.

⁵⁶⁰Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas (Versão em Português). Art.1º: As parcerias público-privadas (a seguir designadas pela sigla PPP) não se encontram definidas a nível comunitário. É uma expressão que se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.

⁵⁶¹GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007.p.112

⁵⁶²SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.13.

⁵⁶³*Idem, ibidem*. p.14.

⁵⁶⁴FERRAZ, Luciano - Parcerias em Infraestrutura Riscos e Responsabilidades, In GOMES, Carla Amado *Et al, III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.179-200.p184.

De qualquer forma, a regulamentação das Parcerias Público-Privadas no âmbito interno de alguns Estados da América do Sul já existe, em especial no Brasil, onde há uma lei específica para tratar apenas sobre o tema, no caso, a já citada 11.079/2004.

Importante mencionar que não podemos, dentro do nosso entendimento, confundir as Parcerias Público-Privadas com a privatização, que se dá quando o Poder Público, em virtude de um desinteresse em continuar prestando uma determinada atividade, transfere os ativos ao setor privado, ainda que estabelecendo alguns compromissos acerca da prestação dos serviços⁵⁶⁵, ou seja, existe a privatização quando o Poder Público vende para a iniciativa privada uma empresa estatal, o que deve ser feito por meio de processo seletivo que dê igual oportunidade a todos que tenham interesse em adquirir a pessoa jurídica estatal e a prestar o serviço e também buscando garantir que a empresa que adquirir os ativos continue a prestar com qualidade e de forma universal o serviço até então prestado pelo Poder Público, principalmente ao menos favorecidos que não possuam condições de arcar com altos valores para poderem usufruir do serviço a ser prestado.

Desse modo, na privatização existe, a priori, um caminho sem volta, pois nela efetivamente há um repasse do Poder Público de parte do seu patrimônio para a iniciativa privada, só voltando o serviço a ser público se a privatização for anulada ou se o Poder Público readquirir os ativos que foram vendidos para a iniciativa privada por meio de outro contrato, diferentemente do que acontece nas Parcerias-Público Privadas, onde existe um contrato público com prazo de validade, continuando o Poder Público a ser o titular do serviço, repassando apenas temporariamente a execução do mesmo.

Além disso, na privatização o Poder Público se exime de sua responsabilidade quanto ao serviço que estava sendo por ele prestado, pois o mesmo passa ser de responsabilidade da pessoa privada que adquiriu os ativos em testilha, diferentemente da Parcerias Público-Privada, onde o Poder Público continua, conforme mencionado no parágrafo anterior, sendo titular do serviço público objeto da PPP e também continua responsável, conforme será visto em seguida (principalmente no capítulo III), pelo serviço em conjunto com o parceiro privado.

Desse modo, consideramos pertinente quando LAURE ATHIAS afirma que a Parceria Público-Privada seria uma terceira via entre a prestação direta do serviço público pelo próprio Poder Público e a privatização⁵⁶⁶ ou ainda quando PAULA OSÓRIO e LUÍS TODO BOM afirmam que as PPPs seriam ao mesmo tempo uma alternativa à forma tradicional de contratação do Estado e uma alternativa à privatização⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵SILVEIRA, Alfredo Maciel da; BORGES, Luiz Ferreira Xavier - A definição de PPP-Parcerias Público Privado no Brasil, *Revista de negócios*, N 8 (2003), pp.1-16. Disponível em <https://proxy.furb.br/ojs/index.php.php/rn/article/view/317>.p.3.

⁵⁶⁶LAURE, Athias - Responsabilité politique et design contractuel des Partenariats Public Privé, *Revue économique*, V 60(4) (2009), pp.1011-1021. p.1011.

⁵⁶⁷OSÓRIO, Paula; BOM, Luís Todo - Parcerias Público-Privadas em Angola, *Revista de Economia Global e Gestão*, V 13, N 2 (2008). pp.27-41. p.32.

Nesse sentido, RICARDO DA COSTA NUNES e SELENE PERES NUNES, também considerando as PPPs como uma terceira via, mencionam que o seu uso é uma opção para governantes críticos da desestatização, tendo em vista existir, na ótica dos referidos autores, uma visão popular no sentido de as PPPs não estarem tão relacionadas a uma visão liberal⁵⁶⁸.

Por outro lado, é importante destacar que parte da doutrina dá ao termo “privatização” uma conotação mais ampla, usando a referida palavra para todas as hipóteses nas quais o Poder Público se aproxima da iniciativa privada, fazendo vir a existir, para essas pessoas, mais de uma espécie de privatização. Nesse sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA ANDRADE traz a seguinte divisão: a privatização substancial ou material, que seria a situação na qual atividade deixa efetivamente de ser pública e passa a ser privada e o Poder Público passa para a condição de regulador; privatização formal ou instrumental, situação na qual a atividade envolvida continua sendo substancialmente pública, mas passa a ser gerida de forma privada ou conforme as regras do Direito Privado, tal como acontece com as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública Indireta e, por fim, privatização funcional, que se dá quando o Poder Público passa para a iniciativa privada apenas a execução do serviço, porém continua com a titularidade do mesmo⁵⁶⁹, sendo comum alguns autores afirmarem que o termo privatização tem um caráter “plurissignificativo”⁵⁷⁰, abrangendo várias espécies de situações na qual o Poder Público repassa para a iniciativa privada alguma atribuição ou, ainda, um conceito “complexo, confuso, vago e indeterminado”⁵⁷¹.

PEDRO GONÇALVES, por seu turno, fala em privatização patrimonial e privatização de tarefas. A primeira se daria quando os bens públicos ou as empresas públicas são alienados para iniciativa privada e a segunda quando uma tarefa ou uma função pública é deslocada para a iniciativa privada⁵⁷². O mesmo autor ainda fala na existência de uma privarização funcional e de uma privatização orgânica, no primeiro caso a entidade colabora com a Administração Pública utilizando das suas próprias competências privadas e no segundo caso a entidade privada é efetivamente revestida de uma função pública⁵⁷³.

Entretanto, consideramos mais adequado utilizar o termo privatização para o que VIEIRA ANDRADE chamou acima de privatização substancial, que se dá quando um serviço público deixa efetivamente e definitivamente de ser público e passa a ser privado, tornando-se o Poder Público

⁵⁶⁸NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Peres - A Parceria Público Privada – PPP: Uma fonte alternativa do crescimento econômico no estado de Minas Gerais, *Revista Estudos e Pesquisas em Administração*, V 4, N 1 (2020), pp.71-92. p.82.

⁵⁶⁹ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.84/85.

⁵⁷⁰OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.106.

⁵⁷¹GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.152.

⁵⁷²*Idem, ibidem*. p.155.

⁵⁷³*Idem, ibidem*. p.348/349.

apenas o responsável pelo controle da propriedade e qualidade dos bens e serviços que passam a ser realizados pelo ente privado⁵⁷⁴, que recebe a própria titularidade do serviço e não apenas a sua gestão⁵⁷⁵. Inclusive, o próprio verbo privatizar nos remete para a ação de tornar algo público em privado, da mesma forma que o verbo estatizar nos remete a tornar uma atividade ou um bem privado em uma coisa pública. É por essa razão que existem autores preferindo o uso da palavra “desestatização” no lugar de privatização⁵⁷⁶.

Na chamada privatização formal, não visualizamos efetivamente uma privatização, mas sim uma aproximação com a iniciativa privada na forma de gerir a coisa pública. Por outro lado, na chamada privatização orgânica nós visualizamos justamente uma delegação do Poder Público para a iniciativa privada, o que se aproxima justamente das Parcerias Público-Privadas cá estudadas.

Já a privatização funcional trabalhada por GONÇALVES se aproxima do que no Brasil se chama de terceirização na Administração Pública, que MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma poder ser considerada uma privatização no sentido amplo da palavra⁵⁷⁷.

Parte da doutrina crítica, ainda, uso do termo “parceria”, tendo em vista que as Parcerias Público-Privadas são formalizadas por meio de um contrato público e nos contratos os interesses são antagônicos, tal como é o caso de uma PPP, uma vez que nela a empresa persegue o lucro e o Poder Público o bem-estar das pessoas, diferentemente de uma parceria propriamente dita, onde se pressupõe a existência de interesses comuns⁵⁷⁸, como acontece, por exemplo, quando o Poder Público se une com entidade não governamentais que não possuem fins lucrativos com o intuito de prestar determinado serviço para a população.

Concordamos com a referida crítica, pois o termo parceria é mais adequado para o que no Brasil se chama de consórcio público e em Portugal se chama de comunidades intermunicipais⁵⁷⁹, situação na qual entes da própria Administração Pública se reúnem em prol de um interesse público primário comum, sendo o termo parceria mais adequado também para os convênios realizados entre o

⁵⁷⁴ANTÔNIO, Isa - *As Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: o advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à saúde*, 2013, Tese de doutoramento, Universidade de Compostela. p.192.

⁵⁷⁵BELLOMO, Francesco - *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol.2, Padova: CEDAM, 2009, p.930.

⁵⁷⁶FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020, p.371.

⁵⁷⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.392.

⁵⁷⁸FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020. 458/459.

⁵⁷⁹LONGOBUCCO, Breno – *Consórcios Públicos no Brasil: Comparativo com Experiências de Cooperação Intergovernamental em Portugal, França e Espanha*, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.55-77. p.177.

Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos⁵⁸⁰, o que não é o caso de uma PPP, existindo expressa disposição na legislação portuguesa nesse sentido⁵⁸¹.

De qualquer forma, o termo Parceria Público-Privada se consagrou na doutrina e na jurisprudência tanto em Portugal como no Brasil, assim como em outras partes do mundo, justamente por ser a terminologia normalmente utilizada pelas próprias legislações locais, sendo por isso também que será a terminologia utilizada no decorrer do presente estudo doutoral, até mesmo por se tratar de uma expressão que retira a Administração Pública de sua tradicional posição de supremacia diante dos particulares e a coloca em uma relação mais horizontal perante o contratante⁵⁸².

1.7.2 Da justificativa para a criação das Parcerias Público-Privadas

Conforme já foi visto neste mesmo capítulo, quando o Poder Público precisa realizar um serviço público, bem como quando precisa realizar uma obra pública, existem, ordinariamente, duas opções, quais sejam: prestar diretamente ou indiretamente por meio da delegação para iniciativa privada.

Entretanto, é possível que não seja viável ou conveniente e oportuno a realização do serviço público ou da obra pública diretamente pelo Estado nem também pela iniciativa privada, principalmente em um cenário no qual as demandas sociais são crescentes⁵⁸³, uma vez que existem infraestruturas que nem o Estado nem a iniciativa privada possuem condições de realizar individualmente, o Poder Público por falta de estrutura interna, pessoal qualificado e também de previsão orçamentária e a iniciativa privada porque o valor a ser cobrado pelas tarifas não seria suficiente para compensar os gastos⁵⁸⁴, não sendo o serviço público autossustentável⁵⁸⁵.

Como exemplo de uma área na qual existe uma grande dificuldade tanto para o Poder Público como o particular realizarem a uma obra pública sozinhos se dá nas construções de infraestruturas que viabilizem a intermodalidade dos transportes, ou seja, a construção simultânea de portos, aeroportos e terminais rodoviários, que envolvem veículos das mais variadas espécies, como carros, trens e aviões, exigindo a obra uma série de conhecimentos técnicos especializados, como na área de

⁵⁸⁰Nos convênios também “existem partícipes, com as mesmas pretensões”. Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵⁸¹Decreto-Lei Português 111/2012Art.2.º 3 - O presente diploma é igualmente aplicável a todas as parcerias em que o equivalente ao parceiro não público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos.

⁵⁸²SANTOS, Jorge Luiz Tesch; QUINTAL, Renato Santiago - A viabilidade da utilização de Parcerias Público-Privadas (PPP) em atividades exclusivas de Estado: uma análise sobre as PPPs no segmento militar, *Cadernos de Direito*, V 16 (2016), pp.145-185. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito> . p.161

⁵⁸³SANTO, Leonardo Motta Espírito; SOARES, Cláudia Ribeiro - Serviço Público. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.133-207. p.193.

⁵⁸⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de - As parcerias público-privadas - PPP's no direito positivo brasileiro, *R. Dir. Adm*, V 240 (2005), pp.105-145. Disponível em <http://bibliotecadigital> <http://bibliotecadigital>.2005. p.106.

⁵⁸⁵OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020. p.322.

engenharia, gestão, meio-ambiente, de energia, de políticas públicas e até mesmo de psicologia para analisar o interesse da população⁵⁸⁶.

Em situações como essas é extremamente difícil que o Poder Público tenha um corpo qualificado de agentes públicos para realizar as obras, acontecendo o mesmo com os particulares. Além disso, é extremamente complicado definir uma política tarifária que abarque todos os custos apenas por meio das cobranças realizadas pelos usuários do serviço.

Muitas vezes não é viável aumentar o valor tarifário sob pena de inviabilizar que os usuários de baixa renda se beneficiem do serviço a ser oferecido ou, ainda, da obra pública a vir ser explorada em benefício coletivo, como comumente acontece em relação aos transportes coletivos, como ônibus, trem e metrô, situações nas quais um valor tarifário elevado pode inibir o próprio Direito de deslocamento ou de locomoção, que é considerado um Direito Fundamental das pessoas tanto em Portugal⁵⁸⁷ como no Brasil⁵⁸⁸ e que permite a fruição de outros direitos fundamentais, como saúde, educação e trabalho⁵⁸⁹.

Como exemplo, temos o caso do metrô do município de Salvador, capital do Estado-Membro brasileiro da Bahia, onde foi constatado que o valor ideal da passagem em uma concessão comum não seria o suficiente para suprir os investimentos que precisavam ser realizados ou implicaria em um valor extremamente elevado das passagens tendo em vista o poder aquisitivo da população local. Diante dessa situação, no ano de 2013 foi realizada uma Parceria Público-Privada com duração de trinta anos para construir e gerir o referido modal. Como decorrência da dita PPP, no ano de 2018 as linhas de metrô previstas começaram a operar⁵⁹⁰.

É justamente diante das situações como a acima mencionada que surge o instituto da Parceria Público-Privada-PPP, no qual o Poder Público faz uma parceria com o setor privado para utilizar a agilidade e expertise desse último setor em seu auxílio, bem como para que a mesma empresa privada envolvida possa também viabilizar financeiramente a realização da obra por meio da cobrança de tarifas dos usuários⁵⁹¹, muitas vezes realizada por meio de uma estrutura já existente para cobrar os valores dos serviços já prestados pela mesma empresa no âmbito estritamente privado.

Desse modo, nas Parcerias Público-Privadas, como afirma JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, o Poder Público se une à iniciativa privada em uma verdadeira relação de sinergia visando alcançar resultados

⁵⁸⁶DANIELES, Romeo - *Il trasporto intermodale ferroviario: quale ruolo per l'analisi economica?* Riunione Annuale SIET: Genova, 2004.

⁵⁸⁷Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 44.º Direito de deslocamento e de emigração. 1. A todos os cidadãos é garantido o direito de se deslocarem e fixarem livremente em qualquer parte do território nacional.

⁵⁸⁸Constituição Brasileira de 1988: Artigo 5º. XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

⁵⁸⁹SILVA, Daniel Marçoni Sanatos - *As Concessões Públicas para a Garantia do Direito Social ao Transporte Público no Brasil*, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes - *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021. pp.33-54. p.33.

⁵⁹⁰Fonte: <http://www.ccrmetrobahia.com.br/institucional/quem-somos/>.

⁵⁹¹ARAGÃO, Alexandre Santos de - *As parcerias público-privadas - ppp's no direito positivo brasileiro*, *R. Dir. Adm.*, V 240 (2005), pp.105-145. Disponível em <http://bibliotecadigital.org.br/bibliotecadigital.2005.p.106>.

que provavelmente não atingiria isoladamente e a com a entidade privada conseguindo uma maior rentabilidade para os seus acionistas⁵⁹².

No mais, na Parceria Público-Privada, como afirmam ELISABETTA IOSSA, GIANCARLO SPAGNOLO e MERCEDES VELLEZ, o Poder Público tem a oportunidade de definir quais são os padrões básicos de uma obra e serviço em prol do interesse público e o parceiro privado pode buscar formas de melhorar os referidos padrões por meios de solução inovadores adquiridas no setor privado em experiências diferentes das até então existentes no setor público⁵⁹³.

As Parcerias Público-Privadas surgiram, desse modo, para viabilizar projetos de grande porte, em especial para oportunizar a construção de grandes infraestruturas como, por exemplo, rodoviárias, estradas, portos e aeroportos, que representam condições necessária para desenvolvimento econômico⁵⁹⁴, bem como para o desenvolvimento social, dividindo-se as infraestruturas em econômicas, como as últimas citadas e sociais, como as escolas e os hospitais⁵⁹⁵.

Assim, as Parcerias Público-Privadas podem acabar vindo por colaborar com a melhoria nas condições de saúde e educação das pessoas economicamente mais necessitadas⁵⁹⁶.

Desta feita, as Parcerias Público-Privadas tornam possível a realização imediata de grandes investimentos e que possam perdurar por um longo período⁵⁹⁷, sendo uma medida recomendada pelos órgãos de financiamento aos países em desenvolvimento⁵⁹⁸.

Ademais, as Parcerias Público-Privadas também têm a utilidade de dar continuidade a alguns serviços públicos que o Poder Público não possui condições de continuar realizando, porém opta por os continuar fazendo para não desagradar a população, fazendo a opção política de os transferir para a iniciativa privada, que normalmente possui interesse em novos investimentos condizentes com uma estrutura que já possui⁵⁹⁹.

Nesse diapasão, as Parcerias Públicas-Privadas são ordinariamente utilizadas, por exemplo, na implementação de políticas públicas na área saúde, ou, também, nos serviços públicos antecedidos da realização de obras públicas de grande porte, como por exemplo, tal como mencionado acima, na construção de estradas e na construção de ferrovias seguidas, respectivamente, da prestação do serviço público de conservação das estradas e no de oferecimento do próprio transporte ferroviário.

⁵⁹²SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.11.

⁵⁹³IOSSA, Elisabetta; SPAGNOLO, Giancarlo; VELLER, Mercedes - *Contract Design in Public-Private Partnerships, Report prepared for the World Bank*, (2007), pp.1-101. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Elisabetta_Iossa/publication/327285899_p.9.

⁵⁹⁴CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.35.

⁵⁹⁵GRILO, Leonardo Melhorato - *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. p.28.

⁵⁹⁶*Idem, ibidem*. p.30.

⁵⁹⁷OLIVEIRA, Fernão Justen de, *Public-Private Partnerships - (PPP)*, In FILHO, Marçal Justen; PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *Infrastructure Law of Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.204.

⁵⁹⁸NOHARA, Irene Patricia - *Direito administrativo*, 9ªed, São Paulo: Atlas. 2019. p.236

⁵⁹⁹GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.3.

As Parcerias Públicas-Privadas também podem ser utilizadas simplesmente na construção ou manutenção de obras públicas de grande porte não vinculadas à prestação de um serviço público, como, por exemplo, nos grandes eventos esportivos⁶⁰⁰, tal como aconteceu no Brasil no momento em que sediou a Copa do Mundo de Futebol de 2014, ocasião em que se tornou comum a construção de estádios por meio de Parcerias Público-Privadas, o mesmo acontecendo com Portugal quando sediou o Campeonato Europeu de Futebol em 2004, conforme será visto no tópico 1.7.9. Apesar dos eventos esportivos serem organizados por entidades privadas, como a Federação Internacional de Futebol-FIFA e UEFA- “Union of European Football Associations”, os Estados possuem interesse em figurarem como sedes dos referidos eventos em virtude da visibilidade internacional dada, o que pode atrair investimentos, bem como em virtude da movimentação na economia e no turismo local que um evento de grande porte causa.

São com esses argumentos acima mencionados que os administradores públicos justificam os investimentos públicos nos referidos eventos, que normalmente são realizados em parceria com a iniciativa privada por meio de patrocínios ou de parcerias como as cá estudadas. Além disso, é comum também o argumento de que os eventos esportivos deixam um legado para a população local, representado justamente pelas obras de infraestrutura que, naturalmente, continuam à disposição da população após o fim das competições esportivas, ainda que no caso da última Copa do Mundo realizada no Brasil, ao menos, o referido legado tenha ficado bem abaixo das expectativas criadas pela população dos locais onde aconteceram os jogos, com muitos empreendimentos se tornando obsoletos após o evento⁶⁰¹.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES traz outra importância do modelo de concessões, que inclui as Parcerias Público-Privadas, qual seja: o fato de que, na ótica do autor, existe na referida espécie de contratação um maior controle social e orçamentário do que no caso de uma empreitada contratada pelo Poder Público⁶⁰².

De fato, como as leis de concessões dos Estados tendem a ser mais modernas que as leis sobre contratação direta, normalmente elas preveem mecanismos de participação popular. Além disso, como nas concessões em geral existe a presença dos usuários e de entidades privadas, é natural a existência de um maior controle por parte da população da qualidade do serviço ou da obra realizada, bem como dos valores econômicos envolvidos na concessão. Frise-se, no entanto, a importância de se

⁶⁰⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.15.

⁶⁰¹NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.111.

⁶⁰²GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013. p.197.

buscar mecanismos de controle rigorosos também para as empreitadas, bem como para a prestação direta das obras pela Administração Pública.

De qualquer forma, somos entusiastas do uso das Parcerias Público-Privadas porque nelas o Poder Público não abre mão de seu patrimônio, tal como acontece com a privatização, conforme foi mencionado no tópico anterior, nem abre mão da sua responsabilidade perante a sociedade de garantir a prestação de serviços públicos e a realização de obras públicas de qualidade, continuando responsável, ainda que parcialmente, pelos danos que eventualmente ocorrerem aos usuários e também aos não usuários, uma vez que nas PPPs, tal como lembram CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, o Estado não deixa de cumprir as suas obrigações, apenas deixa de ser responsável por todas as fases dos projetos⁶⁰³.

Desse modo, nas Parcerias Público-Privadas as empresas privadas, ainda que sem abrir mão dos seus naturais interesses econômicos, são chamadas para prestar atividades de interesse público em prol da população, implicando em uma situação na qual tanto o setor público como o setor privado, em verdadeira situação de corresponsabilidade, acabam sendo responsáveis por atender os anseios da sociedade, deixando de lado comuns discussões existentes acerca de qual das duas iniciativas, pública ou privada, presta um serviço de melhor qualidade, existindo uma verdadeira redefinição da relação tradicionalmente conflituosa entre o Poder Público e a iniciativa privada⁶⁰⁴. No mais, não há o que se falar por parte do parceiro privado, tal como lembra JUAN CARLOS DE LOS HEROS ECHECOPAR, em uma relação de filantropia e sim em uma relação de cooperação onde todos podem sair ganhando, principalmente a própria sociedade⁶⁰⁵.

Assim, a aproximação do Poder Público com os particulares implica em uma situação na qual ficam todos interligados por meio de um sistema chamado de guarda-chuva⁶⁰⁶, que seria uma alusão ao fato de em cada ponta do hipotético guarda-chuva existir uma entidade agindo em prol da sociedade com todos se interligando por meio da armação.

Outrossim, caso o parceiro privado não cumpra a contento as obrigações decorrentes do contrato, o Poder Público poderá, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário em virtude do já mencionado princípio da autotutela, retomar o serviço público ou assumir a obra pública por meio do instituto da caducidade no Brasil⁶⁰⁷ ou da resolução sancionatória em Portugal⁶⁰⁸, sendo o termo

⁶⁰³CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.37.

⁶⁰⁴GOMES, Conceição *Et al- Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007.p.13.

⁶⁰⁵ECHECOPAR, Juan Carlos De Los Heros - *Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro*, *Revista de Derecho Direito Administrativo da PUCP Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*, N 7 (2009), pp. 388-396. p.388.

⁶⁰⁶CORDEIRO, Silvério dos Santos Brunhoso - *Estruturas Organizacionais Emergentes de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga. p.44.

⁶⁰⁷Lei Brasileira 8.985/95: Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais (...).

“caducidade” utilizado em Portugal quando ainda se está na fase da adjudicação e não após a celebração do contrato⁶⁰⁹.

Naturalmente, a aproximação do Poder Público com a iniciativa pode trazer alguns riscos para a sociedade, porém concordamos com MARC J ROBERTS, A. G. BREITENSTEIN e CLEMENT S ROBERTS CLEMENT quando afirmam que se são riscos nos quais os “puristas de todos os lados devem correr”⁶¹⁰.

Obviamente, não estamos cá defendendo o uso pelo Poder Público das parcerias com a iniciativa privada em toda e qualquer situação nem de qualquer forma. Urge a necessidade de se analisar, independentemente do viés político de cada governante, em quais situações o uso das ditas parcerias se justifica, bem como devem ser tomadas todas as cautelas necessárias para se evitar a prevalência dos interesses econômicos dos parceiros privados em detrimento dos interesses públicos primários, inclusive quando se estiver diante de um litígio, tal como é será aprofundado no capítulo III da presente tese de doutoramento.

Nesse sentido, PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO traz a necessidade da existência no Poder Público de uma equipe multidisciplinar com aptidão para analisar a viabilidade/necessidade da realização de uma Parceria Público-Privada⁶¹¹.

Além disso, urge a necessidade de se analisar o custo-benefício na opção pelas parcerias público-privadas, sendo essa análise para NUNO CUNHA RODRIGUES a pedra de toque das Parcerias Público-Privadas portuguesas⁶¹².

MARIANA MAZZUCATO lembra, em obra visando desmistificar o mito do setor público versus o setor privado, que muitas vezes os empresários, os políticos mais liberais e a própria mídia acabam vindo por defender de forma exaustiva que o setor privado é “competitivo e revolucionário”⁶¹³, enquanto o setor público é “preguiçoso, burocrático, inerte e intrometido”⁶¹⁴, sendo por essas razões o grande responsável pela crise econômica generalizada, o que, na ótica da referida autora, não é verdade⁶¹⁵.

Concordamos com MAZZUCATO. Entendemos ser necessário acabar com a “competição” entre o Poder Público e a iniciativa privada, analisando em quais situações esses últimos podem agir em sistema de parceira em prol do interesse de toda a sociedade. Nesse sentido, GEERT BOUCKAERT afirma

⁶⁰⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Art.333.º. Resolução sancionatória: 1 - Sem prejuízo de outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo cocontratante especialmente previstas no contrato, o contraente público pode resolver o contrato a título sancionatório nos seguintes casos: (...).

⁶¹⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020. p.1024.

⁶¹¹ROBERTS, Marc J.; BREITENSTEIN, A. G.; ROBERTS; Clement S - The Ethics of Public-Private Partnerships, In REICH, Michael R. Health - *Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002. pp.67-85. p.82.

⁶¹²NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.39-40.

⁶¹³RODRIGUES, Nuno Cunha - A experiência com parcerias público-privadas em Portugal, *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (12 a 16 de Maio de 2014)*, N 1 (2015), pp.177-189. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0177_0189.pdf. pp.177-189. p.182.

⁶¹⁴MAZZUCATO, Mariana - *O Estado empreendedor. Desmascarando o mito do setor público vs.setor privado*, São Paulo: Porfolio-Penguin, 2014. p.41.

⁶¹⁵*Idem, ibidem*. p.41.

⁶¹⁶*Idem, ibidem*. p.41.

que uma crença cega ou acrítica no setor privado como o último salvador da sociedade parece ter perdido sua “atratividade intelectual”⁶¹⁶.

Desse modo, nos parece que a aproximação do Poder Público com o setor privado deve acontecer, porém na medida em que assim for importante a depender das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse diapasão, GRAEME A. HODGE, CARSTEN GREVE e ANTHONY E. BOARDMAN afirmam que as Parcerias Público-Privadas são, ao mesmo tempo, uma ferramenta de ordem técnica, política e retórica para os governantes.⁶¹⁷ De fato, concordamos com os referidos autores, pois, tal como visto no presente tópico, as PPPs acabam oportunizando a feitura de obras pública e a prestação de serviços que seriam inviáveis de realização ou prestação diretamente pelo Poder Público, viabilizando, desse modo, o cumprimento de políticas públicas e, naturalmente, sendo usadas pelos governantes como instrumento para concretizar as suas propostas de campanha.

Assim, justificada a importância do instituto agora estudado, urge a necessidade de fazer a sua localização no tempo, sendo essa a razão pelo qual no próximo tópico será feito um breve histórico das Parcerias Público-Privadas não apenas em Portugal e no Brasil, mas também em outros Estados nos quais as legislações brasileiras e portuguesas buscaram inspiração para a criação local do instituto.

1.7.3 Histórico das Parcerias Público-Privadas

Realizar o contexto histórico das Parcerias Público-Privadas não é tarefa fácil, principalmente quando se adota um conceito amplo do instituto, tal como acontece em Portugal.

Assim, concordamos com SILVÉRIO DOS SANTOS BRUNHOSO CORDEIRO ao afirmar, em estudo realizado há mais de 10 anos, ser extremamente difícil “conceber uma época em que não tenham existido PPPs consideradas num sentido abrangente”⁶¹⁸.

No Brasil, por outro lado, é mais claro delimitar em que momento houve a diferenciação das chamadas concessões comuns para as Parcerias Público-Privadas, tendo em vista a edição em 2004 de uma lei própria para essas últimas, porém o estudo do surgimento das PPPs em terras brasileiras passa necessariamente pela análise do histórico das concessões de um modo geral.

Desta feita, ainda que seja difícil fixar exatamente quando surgiram as Parcerias Público-Privadas, é possível fazer uma abordagem no decorrer do tempo da evolução da aproximação entre a

⁶¹⁶BOUCKAERT, Geert - Trust and public administration, *Administration*, V 60, N 1 (2012), pp.91-115. Disponível em www.em.iris.kuleuven.be. p.93.

⁶¹⁷HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E - Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation, In HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony - *International Handbook on Public-Private Partnerships*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010. pp.3-15. p.4.

⁶¹⁸CORDEIRO, Silvério dos Santos Brunhoso - *Estruturas Organizacionais Emergentes de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga. p.43.

Administração Pública e as pessoas privadas na busca pela prestação com qualidade de serviços públicos, bem como para a realização de obras públicas, tal como será feito no presente tópico.

No final no século XVIII e começo do século XIX vigorava em boa parte do mundo um Estado Liberal⁶¹⁹, onde havia uma política de Estado Mínimo, porém a referida realidade implicava em várias nações com uma grande dificuldade de viabilizar o acesso aos serviços públicos para a parcela menos favorecida economicamente de cada população⁶²⁰.

Com a grande depressão de 1929, o chamado Estado Liberal teve sua crise acentuada e o Estado Social de Direito (“Welfare State”) ganhou força, o que fez algumas atividades exercidas pela iniciativa privada começarem a ser realizadas pela Administração Pública, criando-se o Estado do bem-estar social no qual a prestação do serviço público se voltou para garantir os direitos sociais⁶²¹, o que alguns chamavam de Estado-Providência⁶²².

Entretanto, a concentração de muitas atividades nas mãos da Administração Pública acabou gerando um inchaço estatal e uma dificuldade em continuar as exercer. Assim, surgiu o chamado Estado Pós-Social ou subsidiário ou regulador no qual o Poder Público volta a transferir determinadas atividades para a iniciativa privada, porém, diferentemente do que acontecia no Estado Liberal, mediante a autoridade do Poder Público, sendo dentro do contexto acima que surge uma maior parceria da Administração Pública com as entidades privadas⁶²³.

No mesmo período acima mencionado, também surge o conceito de administração pública consensual, o qual também estimula a utilização pelo Poder Público de meios alternativos de resolução de conflitos⁶²⁴ conforme será estudado no decorrer desta tese.

No mais, a França é considerada pioneira na criação das Parcerias Público-Privadas por ter criado no século XVII o modelo de concessão de obras públicas até hoje primordialmente existente em vários Estados, no qual as entidades privadas realizam uma construção, a exploram por determinado no tempo e, ao final, passam sua propriedade para o Estado⁶²⁵.

O modelo acima, tal como visto no decorrer da presente investigação, é no aspecto prático muito similar ao modelo brasileiro e português de concessão de obras públicas e serviços públicos.

⁶¹⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020. p.32.

⁶²⁰URUBURU, Álvaro Echeverri - La noción del servicio público y el estado social de derecho El caso colombiano, *Revista Novum Jus*, V 7, N 2, (2013), pp.111-127. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJu.2013.7.2.4>. p.113.

⁶²¹SCHIER, Adriana da Costa Ricardo - O serviço público como instrumento de concretização de Direitos Fundamentais e de Desenvolvimento Social, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Íthala, 2016. pp.303-318. p.310.

⁶²²OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.16.

⁶²³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.28.

⁶²⁴MATOS, Frederico Nunes - *Novas fronteiras da arbitragem aplicáveis aos litígios da administração pública: incidência sobre os conflitos extracortuais, especialmente na desapropriação*, 2017, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.p.25.

⁶²⁵GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.28.

Já na Inglaterra, as Parcerias Público-privadas surgiram há aproximadamente três décadas⁶²⁶, como uma forma intermediária entre as concessões de serviço público e a privatização⁶²⁷. A primeira experiência inglesa quanto ao instituto se deu por meio da criação do PFI (“private finance initiative”) ⁶²⁸, que era muito similar às Parcerias Público-Privadas do Brasil e em Portugal, uma vez que nela o Poder Público contratava com a iniciativa privada, mas continuava responsável pelo aspecto financeiro, até mesmo porque o seu objetivo inicial era viabilizar por meio do aporte de recursos orçamentários projetos que não seriam viáveis caso realizados individualmente⁶²⁹, porém nas PFIs todo o risco ficava com os parceiros privados, que assumiam todos os prejuízos, passando a se fazer necessário com o tempo o aperfeiçoamento do instituto⁶³⁰, uma vez que o referido modelo afastava os interesses das empresas privadas realizarem as referidas espécies de parcerias com o Poder Público.

Mais recentemente, no ano de 1997, o instituto ganhou força na Inglaterra durante o governo de TONY BLAIR, época no qual foi rebatizado para a terminologia que se tornou usual, qual seja: “Public-Private Partnerships-PPP”⁶³¹, no qual o ressarcimento e a remuneração do parceiro privado eram garantidas pelos chamados “cash-flows”, que representavam a exploração realizada no âmbito da parceria e que poderia ser acrescida ainda de um reembolso por parte do Poder Público⁶³², sendo justamente o que chamamos na atualidade de patrocínio ou aporte financeiro do Poder Público.

Na mesma década de noventa, a Itália começou a se utilizar no setor elétrico do chamado “Project Financing (PF)”⁶³³, que para ELISABETTA IOSSA e FRANCISCO ANTELLINE RUSSO nada mais representava do que espécies de Parceria Público-Privada, o que implicou no investimento em dez bilhões de liras na realização de PPPs com fito de se construir usinas de cogeração⁶³⁴.

Também foi no referido período no qual o Chile começou a ter um déficit em sua infraestrutura que não conseguia acompanhar o grande crescimento econômico do referido Estado. A solução

⁶²⁶GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, 17ªed, São Paulo: Saraiva, 2012. p.537.

⁶²⁷SILVEIRA, Alfredo Maciel da; BORGES, Luiz Ferreira Xavier - A definição de PPP-Parcerias Público Privado no Brasil, *Revista de negócios*, N 8 (2003), pp.1-16. Disponível em <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/rn/article/view/317>.p.3.

⁶²⁸LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira - A instituição das Parcerias Público-privadas e sua aplicação na Administração Pública brasileira, *Revista Jus Navigandi*, N 3925 (2014), pp.1-3. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27175>. p.1.

⁶²⁹SANTOS, Jorge Luiz Tesch; QUINTAL, Renato Santiago - A viabilidade da utilização de Parcerias Público-Privadas (PPP) em atividades exclusivas de Estado: uma análise sobre as PPPs no segmento militar, *Cadernos de Direito*, V 16 (2016), pp.145-185. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito>. p.154

⁶³⁰FRANÇA, Maria Adelaide de Campos - *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos*, 2011, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.p.18.

⁶³¹BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro - Parcerias Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro, *Revista do Serviço Público*, V 56 (1) (2005), p.7-21. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/214>.p.8.

⁶³²AZEVEDO, Maria Eduarda - As parcerias público-privadas: a evolução do enquadramento jurídico, In FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha, *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.100.

⁶³³IOSSA, Elisabetta; RUSSO, Frederico Antelline - Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia, *Rivista Di PoliticaEconomica Maggio-Giugno*, (2008), pp.125-158. Disponível em <http://www.rivistapoliticaeconomica.it/2002/mg-giu/default.php>. p.134

⁶³⁴*Idem, ibidem*.p.134.

acabou sendo a adoção das Parcerias Público-Privadas para a construção de autopistas e infraestruturas públicas⁶³⁵.

Nos Estados Unidos, por outro lado, o uso anual das Parcerias Público-Privadas na infraestrutura de transporte entre os anos de 2006 e 2008 foi dez vezes maior do que na década anterior, entre 1996 e 2006, situação que demonstra o crescimento do instituto em estudo em solo norte-americano⁶³⁶.

As experiências acima, principalmente as europeias, influenciaram Portugal, onde a existência de novas demandas sociais no século XX acabou aumentando a despesa pública e causando um peso excessivo para o Estado, o que tornou importante a aproximação com a iniciativa privada⁶³⁷ com fito de viabilizar a feitura de obras públicas e a realização de serviços públicos.

Outro fator que impulsionou a aproximação de Portugal com a iniciativa privada foi a percepção durante a década de noventa no período pós-revolução de que o Poder Público português precisava mudar o comportamento dos seus servidores públicos e de seus dirigentes com uma consequente maior aproximação da população, o que acabou gerando a necessidade de que algumas atividades prestadas pelo Poder Público fossem repassadas para a iniciativa privada⁶³⁸.

Nesse contexto, o modelo que deu início às Parcerias Público-Privadas em Portugal foi o SCUT (sem custo para o utilizador)⁶³⁹, situação na qual o parceiro privado construía e explorava as estradas, mas quem arcava parcialmente com os custos era o Poder Público, por meio do chamado “pedágio-sombra (“shadow toll”)⁶⁴⁰, no qual o Estado complementava o valor pago por cada carro que passava na rodovia⁶⁴¹, oportunizando a cobrança de um valor menor aos usuários do serviço sem inviabilizar economicamente o parceiro privado. O “shadow toll” acima mencionado muito se assemelhava ao também já comentado “cash-flows” existente na Inglaterra.

Entretanto, o modelo acima gerava uma sensação de injustiça para parte da população porque as pessoas que não usavam as estradas acabavam arcando indiretamente com valor delas por

⁶³⁵MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.p.225/226.

⁶³⁶ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander - Soft budgets and renegotiations in public-private partnerships. *National bureau of economic research*, (2009), pp.1-35. Disponível em <https://www.nber.org/papers/w15300.pdf>.p.3.

⁶³⁷Fonte: exposição dos motivos do já revogado Decreto-Lei Português n.º 86/2003. Disponível em <https://pesquisa/-/search/240646/details/maximized>.

⁶³⁸MADUREIRA, César - A reforma da Administração Pública Central no Portugal democrático: do período pós-revolucionário à intervenção da troika, *Rev. Adm. Pública*, V 49 (2015), pp.547-562. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612129503>. p.550.

⁶³⁹LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira - A instituição das Parcerias Público-privadas e sua aplicação na Administração Pública brasileira, *Revista Jus Navigandi*, N 3925 (2014), pp.1-3. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27175>.p.2.

⁶⁴⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.342.

⁶⁴¹BRANDÃO, Luiz. E.T.; SARAIVA, Eduardo C.G - Risco privado em infra-estrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos, *Rev. Adm. Pública*, V 41. N 6. (2007), pp.1035-1067. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6617/5201>.p.1047.

intermédio do dinheiro decorrente do pagamento dos seus tributos. Além disso, o modelo em testilha acabava sendo extremamente custoso para o Poder Público.

Achamos relevantes os questionamentos no sentido de que os custos das estradas devem ser financiados primordialmente pelos usuários, o que torna, no nosso entendimento, o modelo de concessão no qual o Poder Público arca com todos os custos inadequado. Entretanto, ainda que indiretamente, todas as pessoas são beneficiadas pelas estradas em virtude dos transportes de bens e serviços, o que nos faz entender ser o modelo de pedágio-sombra adequado em consonância com os anseios da sociedade, pois quem usa a obra e o serviço acaba colaborando com uma parcela maior sem prejuízo de uma colaboração indireta de todos os integrantes da população.

No mais, a partir dos anos noventa, Portugal, seguindo uma tendência mundial, passou a seguir um novo modelo de governação, o chamado “new public management”⁶⁴², na qual o Poder Público passa algumas atividades para a iniciativa privada e se dedicava mais à função de soberania e regulação de mercados⁶⁴³.

Diante desse cenário, em 1993 foi realizada a que é considerada a primeira Parceria Pública-Privada portuguesa nos moldes atuais, qual seja: a segunda travessia do Rio Tejo, também conhecida como Ponte Vasco da Gama⁶⁴⁴.

Assim, Portugal avançou no uso das ditas parcerias, passando a ser considerado um dos Estados que adotou o modelo britânico com mais entusiasmo, principalmente no setor rodoviário⁶⁴⁵, a ponto de continuar as utilizando até a presente data, porém as adaptando aos anseios da população e com a criação de uma empresa estatal para acompanhar as mesmas: a Participações Públicas -SGPS, S.A. (Parpública)⁶⁴⁶.

Outrossim, muitas outras novidades surgiram em Portugal nos últimos anos em virtude da aprovação de novas alterações legislativas, como a reforma do Código de Contratos Públicos Português em 2017, que transportou para o ordenamento jurídico português parte das três diretivas da União Europeia, quais sejam: a Diretiva 2014/23/UE, a Diretiva 2014/24/UE e a diretiva 2014/25/EU⁶⁴⁷, bem como a aprovação da recente Lei 30/2021, também alterando o mesmo código para o adaptar às mesmas diretivas⁶⁴⁸.

⁶⁴²CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.83.

⁶⁴³No referido período houve uma tendência em toda a Europa Continental de uma forte privatização, também então chamada de “outsourcing”. (Cf.p.55. CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro *Et al* - A evolução do conceito de serviço público no contexto das mudanças de estado e concessões político-administrativas: uma visão aglutinadora, *Revista FAE*, V23, N1 (2020), pp.45-64. p.55.

⁶⁴⁴NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p.117.

⁶⁴⁵GOMES, Conceição *Et al* - *Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.35.

⁶⁴⁶NUNES, Andreia dos Santos Ramos Afonso de Matos Morais - *Eficiência e produtividade nas unidades hospitalares em Portugal: análise comparada dos regimes PPP e E.P.E*, 2020, Tese de doutoramento, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. p.36.

⁶⁴⁷GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.87.

⁶⁴⁸Lei Portuguesa 30/2021. Diário da República n.º 99/2021, Série I, (2021-05-2), 2-39.

Além disso, renegociações das Parcerias Público-Privadas realizadas no passado⁶⁴⁹, que representam uma grande preocupação em Portugal porque retiram a credibilidade do instituto quando realizadas em excesso⁶⁵⁰, também influenciaram a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, sendo esse um campo fértil, diga-se, para a existência de litígios e para a utilização da arbitragem.

Já no Brasil, podemos encontrar indícios das Parcerias Público-Privadas ainda no século XIX, quando o Imperador Pedro II construiu rodovias por meio de subsídio estadual sem a cobrança das chamadas cláusulas de ouro⁶⁵¹.

No mais, a primeira ferrovia do Brasil, conhecida como Ferrovia Barão de Mauá e que tem uma grande importância no cenário histórico brasileiro, foi uma concessão do Governo Imperial Brasileiro para a iniciativa privada realizada no ano de 1852⁶⁵².

Entretanto, as Parcerias Público-Privadas começaram a ganhar força em terras brasileiras a partir da década de noventa, como decorrência de uma reformulação do Estado, que começou a sair de um modelo burocrático de administração pública e passou a buscar um modelo gerencial de administração, o que acabou aproximando o Poder Público da iniciativa privada.

Antes da Constituição da República Brasileira de 1988, atualmente em vigor, o Brasil adotava um modelo de administração pública patrimonialista, no qual o patrimônio público e os próprios agentes públicos eram utilizados pelos administradores como se fossem seu patrimônio privado ou seus empregados particulares a serviço dos seus interesses pessoais⁶⁵³, decorrendo o termo da expressão “patrimonium”, que significa “o conjunto de bens paternos, a herança familiar”⁶⁵⁴.

A situação mencionada acima atrasava o desenvolvimento nacional e gerava grandes escândalos de corrupção, uma vez que no referido modelo os patrimônios público e o privado, assim como afirmado no parágrafo anterior, acabavam se confundindo⁶⁵⁵, dando margem para a contratação de servidores públicos e empresas privadas para prestação de serviços públicos delegados e para a construção de obras públicas por meio de critérios que não atendiam os interesses públicos e sim aos interesses meramente privados inerentes aos próprios ocupantes dos cargos políticos responsáveis pela Administração Pública, tornando-se comum no referido período no Brasil a prática da nomeação de parentes dos próprios governantes para o ocupação de cargos públicos, o que se convencionou dar

⁶⁴⁹CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.685.

⁶⁵⁰SARMENTO, Joaquim Miranda; RENNEBOOG, Luc - Anatomia das PPPs: a sua criação, financiamento e renegociações, *Revista JulgarOnline*, V 6, N 3 (2017), pp.1-61. Disponível em <http://julgar.pt/anatomia-das-parcerias-publico-privadas-a-sua-criacao-financiamento-erenegociacoes/>. p.4

⁶⁵¹CAMPOS, Adriano João Carlos - *As PPPs e os processos tradicionais de contratação pura: vantagens e desvantagens*, Porto, ISEP, 2011. p.10.

⁶⁵²GRILLO, Leonardo Melhorato - *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. p.31.

⁶⁵³SANTOS, Clézio Saldanha dos, *Introdução à Gestão Pública*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2015. p.356.

⁶⁵⁴ROMÃO, Cicero; PORTUGAL, Agnaldo Cuoco - *Curso Ética e Serviço Público*, Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 2016. p.19.

⁶⁵⁵MALIN, Ana Maria Barcelos - *Estado e sociedade da informação no Brasil uma investigação sobre o papel da informação na gestão pública*, 2003, Tese de doutoramento, Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia em convênio com a Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. p.46.

o nome de nepotismo, prática atualmente vedada no Brasil, conforme já mencionado anteriormente neste mesmo capítulo.

Assim, com o advento do atual Texto Constitucional no ano de 1988, o Brasil acabou vindo a adotar um sistema de administração pública burocrática, com a previsão de uma série de amarras para o Poder Público, como a necessidade de concurso público, como regra, para a contratação de agentes públicos⁶⁵⁶ e a necessidade da adoção de procedimentos licitatórios, também como regra, para contratação de empresas privadas pelo Poder Público⁶⁵⁷, uma vez que uma das características mais marcantes do referido modelo de administração pública é justamente o apego às normas e aos regulamentos⁶⁵⁸, o que acabou diminuindo a atuação meramente egoística dos administradores públicos.

Entretanto, as amarras da opção pelo modelo burocrático que o texto originário da Constituição da República Brasileira de 1988 previam acabaram vindo por engessar as realizações das atividades de interesse da sociedade, principalmente, como afirma IRENE PATRÍCIA NOHARA⁶⁵⁹, “diante da demanda de celeridade própria da sociedade pós-moderna”, o que é uma decorrência do fato do modelo burocrático ser típico de épocas onde os valores do princípio da eficiência (precisão, rapidez e economia) não eram considerados essenciais⁶⁶⁰.

No mais, os agentes públicos acabaram se apegando em excesso às normas e às rotinas, preocupando-se muito mais em cumprir os seus processos pré-estabelecidos do que em obter bons resultados no exercício de suas funções⁶⁶¹, o que fez, por meio de emendas constitucionais, o Brasil passar a adotar um modelo de administração pública gerencial, mais focado na eficiência e nos resultados⁶⁶², com uma maior aproximação com a iniciativa privada, o que culminou com a aprovação da lei 11.079/2004, também conhecida como lei das Parcerias Público-Privadas Brasileira e com o primeiro contrato realizado à luz da referida lei no ano de 2006, no caso a concessão de umas das

⁶⁵⁶Constituição Brasileira: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁶⁵⁷Constituição Brasileira (redação original): Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁶⁵⁸SANTOS, Clézio Saldanha dos - *Introdução à Gestão Pública*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2015. p.358.

⁶⁵⁹NOHARA, Irene Patrícia - *Burocracia Reflexiva*. In MARRARA, Thiago, *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp. 349-372. p.352

⁶⁶⁰RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.p.382.

⁶⁶¹SANTOS, Clézio Saldanha dos - *Introdução à Gestão Pública*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2015.p.359.

⁶⁶²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013. p.121.

linhas do metrô do Estado de São Paulo⁶⁶³, que serviu como motivação para a criação de uma lei no referido estado-membro brasileiro regulamentando as PPPs no âmbito regional.⁶⁶⁴

Desse modo, as ditas parcerias acabam sendo a consagração de uma mudança de paradigma no Brasil na tentativa de uma maior eficiência na busca do atendimento dos interesses da população.

Assim, pode-se perceber que a relação entre o Poder Público e a iniciativa privada é antiga tanto em Portugal como no Brasil e também em outros Estados, porém, nos últimos anos a mesma vem ganhando força, sendo efetivamente adotada como uma política pública e gerando influência não apenas na atuação do Poder Executivo, mas também do próprio Poder Legislativo na feitura de leis abordando e regulamentando a questão, bem como do Poder Judiciário, que vem nos dois Estados considerando como constitucional as formas de aproximação entre a Administração Pública e as empresas privadas, principalmente quando as mesmas são realizadas em consonância com os princípios que regem o Poder Público. No mais, as Parcerias Público-Privadas vêm crescendo também no âmbito internacional, uma vez que a globalização vem disseminando o surgimento de PPPs globais⁶⁶⁵.

Desse modo, as Parcerias Público-Privadas se transformaram em um instrumento de viabilização para a construção de infraestruturas e para a realização de serviços públicos tanto em Estados desenvolvidos como em Estados emergentes⁶⁶⁶.

Outrossim, claro está que a aproximação do Poder Público com a iniciativa privada, o que inclui a realização de Parcerias Público-Privadas, está em consonância com os modelos de administração pública adotados nos últimos anos tanto em Portugal como no Brasil, uma vez que em ambos os Estados, independentemente do viés ideológico adotado pelos grupos políticos que estão no poder, existe uma crescente exigência da população com a realização de obras pública e com a prestação de serviços públicos mais ágeis e de melhor qualidade.

Naturalmente, a aproximação com a iniciativa não é uma forma de melhorar por si só a prestação dos serviços públicos, entretanto, não há dúvida de que levar a iniciativa privada para perto da sociedade aumenta o leque de opções para melhor atender aos interesses da população, cabendo ao Poder Público analisar em cada caso concreto quais as situações, entre obras e prestação de serviços públicos, deverão vir a ser realizadas diretamente e quais deverão ser realizadas

⁶⁶³NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.107.

⁶⁶⁴CONSTANZO, Danirla - Ajuste urbano integrado: o caso da linha 4 – amarela do metrô de São Paulo, *Revista do Programa Pós-Grad. Arquit. Urban, FAUUSP*, V2 7, N 50 (2020), pp.1-16. Disponível em <http://www.periodicos.usp.br/posfau/article/view/151871/160894>.p.3.

⁶⁶⁵WALT, Kent Buse and Gill - The World Health Organization and Global Public-Private Health Partnerships: In Search of 'Good' Global Health Governance, In REICH, Michael R. *Health -Public-Private Partnerships for Public Health*, Harvard Center for Population and Development Studies, (2002), pp.169-185. p.171.

⁶⁶⁶ALBORTA, Guillermo R; STEVENSON, Claudia; TRIANA, Sergio - *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: una visión hacia el futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo, División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF), Documento de debate # IDB-DP-195 2011, Washington, 2011. p.19.

indiretamente, inclusive por meio das Parcerias Público-Privada, que na atualidade representam uma realidade consolidada no decorrer dos anos tanto em âmbito mundial, como especificamente em Portugal e no Brasil.

Passemos analisar as características atuais das ditas parcerias no Brasil e em Portugal.

1.7.4 Características das Parcerias Público-Privadas

Conforme acima mencionado, uma das características principais das Parcerias-Público Privadas seria a repartição dos riscos entre os parceiros públicos e privados, sejam os riscos financeiros sejam os decorrentes da responsabilidade civil sejam as outras espécies de riscos, sendo essa repartição considerada por alguns autores o ponto principal das Parcerias Público-Privadas⁶⁶⁷, bem como a principal diferença mencionada pelos autores de Direito Administrativo no Brasil entre as concessões decorrentes de uma PPP e as chamadas concessões comuns⁶⁶⁸.

Em Portugal, onde as Parcerias Público-Privadas são consideradas uma decorrência de uma administração mais contratual e menos burocrática⁶⁶⁹, os próprios autores administrativistas mencionam as PPPs como um instrumento para dividir a responsabilidade pública com a iniciativa privada⁶⁷⁰, sendo para NUNO CUNHA RODRIGUES uma equilibrada repartição dos riscos o principal critério para o sucesso de uma PPP em Portugal⁶⁷¹.

O ponto em questão é relevante para o presente estudo porque um dos litígios que pode vir a surgir diante de uma Parceria Público-Privada é a existência de um dano a um terceiro em decorrência de uma obra ou serviço realizada por meio de uma Parceria Público-Privada, fazendo-se necessário definir quem vai se responsabilizar por esse dano: o parceiro público ou parceiro privado ou ambos conjuntamente. Além disso, podem surgir dúvidas também sobre quem vai assumir os outros riscos no decorrer de toda relação contratual. Assim, no tópico 1.7.10 estudaremos especificamente a questão da repartição dos riscos.

Outra característica seria o fato de, apesar de ter surgido como solução para construção de grandes infraestruturas, a legislação brasileira vedar a utilização das Parcerias Público-Privadas apenas

⁶⁶⁷ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência - As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal, *Rev. Adm. Pública*, V 4 (2014), pp.571-593. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7622014000300003. p.574.

⁶⁶⁸SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto - *Direito Administrativo das Parcerias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.38

⁶⁶⁹ALMEIDA, Mário Aroso de - *O problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Público Revisto*, Coimbra: Almedina, 2018.p.97.

⁶⁷⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.107.

⁶⁷¹RODRIGUES, Nuno Cunha - A experiência com parcerias público-privadas em Portugal, *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (12 a 16 de Maio de 2014)*, N 1 (2015), pp.177-189. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0177_0189.pdf. pp.177-189. p.183.

para realização de obra pública, assim também como veda seu uso tão-somente para disponibilização de mão-de-obra e apenas para o fornecimento de equipamentos⁶⁷².

A lógica da lei brasileira foi diferenciar as concessões por meio de Parcerias Público-Privadas das demais espécies de concessões, deixando para aquela apenas situações mais complexas, com mais de um objeto.

Assim, por exemplo, é possível no Brasil a utilização de uma Parceria Público-Privada para a realização de uma obra pública seguida da prestação de um serviço, como, a construção de uma rodovia, seguida de sua manutenção ou, ainda, a construção de um metrô, seguido da prestação do serviço ferroviário, não sendo possível, no entanto, a utilização de uma PPP para a realização de cada uma dessas obras ou atividades isoladamente.

Desse modo, a legislação brasileira utiliza as Parcerias Público-Privadas para as situações nas quais DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL chamavam já em 2002, ao analisar a legislação portuguesa então vigente, de “contrato administrativo misto de concessão de obras públicas e de serviço público”⁶⁷³, que seriam os contratos nos quais os referidos autores afirmavam se aplicarem tanto para a legislação acerca da concessão de obra pública como para a legislação acerca da concessão de serviço público⁶⁷⁴, o que ainda acontece no Brasil, porém de forma subsidiária.

Nesse sentido, por expressa disposição legal, as Parcerias Públicos Privadas no Brasil só podem ser realizadas para atividades de grande vulto, com contratos de duração de, no mínimo, cinco anos e que tenham um objeto com valor de no mínimo R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), tal como será visto no tópico 1.7.9.

Por outro lado, os serviços públicos de menor complexidade no Brasil, tal como visto no início deste capítulo, ou são realizados diretamente pelo Poder Público ou repassados para a iniciativa privada por meio de uma concessão simples ou de uma permissão ou, ainda, em situações excepcionais, por meio de uma autorização. Da mesma forma que as obras públicas de menor complexidade ou também são realizadas diretamente pelo Poder Público ou por meio das chamadas concessões de serviço público antecedida de obra pública ou, ainda, por meio de um contrato de empreitada.

A complexidade do objeto no Brasil pode viabilizar, tal como já mencionado neste mesmo capítulo, a realização de uma Parceria Público-Privada na modalidade concessão patrocinada, pois

⁶⁷²Lei Brasileira 11.079/2004: Art. 2º. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: 4- I II – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁶⁷³AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.182.

⁶⁷⁴*Idem, ibidem*.p.182.

permite a cobrança, por exemplo, de pedágios pelo parceiro privado dos usuários do serviço público a ser oferecido após a realização da obra pública⁶⁷⁵.

Destarte, a complexidade das Parcerias Público-Privada não está apenas no seu objeto, mas também nas pessoas envolvidas, tendo em vista se tratar uma relação passível de envolver até quatro pessoas com pretensões diferentes, quem sejam: o Poder Público, o parceiro privado, o usuário de serviços públicos e eventual agente financiador⁶⁷⁶.

Em Portugal, por outro lado, as Parcerias Público-Privadas são usadas justamente para situações mais complexas e com repartição dos riscos, sendo por essa razão que CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO afirmam que o risco é um aspeto crítico para uma PPP gerar “Value for Money” em Portugal, devido ao fato do setor privado ter um custo de financiamento superior ao setor público, bem como ter uma preocupação maior em ter que responder financeiramente por eventuais perdas⁶⁷⁷. Além disso, os mesmos autores portugueses afirmam que o ideal é que as PPPs sejam autossustentáveis financeiramente⁶⁷⁸.

Desse modo, em Portugal o que caracteriza uma contratação com um ente privado como uma Parceria Pública-Privada é existência de uma contínua e duradoura⁶⁷⁹ relação de colaboração, é o que a doutrina portuguesa chama de caráter relacional da contratação⁶⁸⁰, além disso, a legislação portuguesa expressamente exclui algumas situações do âmbito de abrangência normativo nas PPPs, como as com um valor do contrato mais reduzido e a questão do abastecimento de água e esgoto⁶⁸¹.

Em França, a título comparativo, as ditas parcerias também são utilizadas para situações complexas, sendo consideradas como tais “aquelas nas quais a entidade pública é objetivamente incapaz de definir os meios técnicos para atender às suas necessidades ou estabelecer a estrutura financeira ou jurídica do projeto”⁶⁸².

Diante do exposto, passemos a analisar as espécies de Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal.

⁶⁷⁵AKITOBY, Bernardin, HEMMIN, Richard e SCHWARTZP, Gerd - *Inversión pública y asociaciones público-privadas*, Washington: Fundo Monetário Internacional, 2007.p.10.

⁶⁷⁶FONTANA, Luciana - A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas: reflexões dos modelos espanhol e brasileiro, *Atas do IV Congresso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2012. pp.423-434.Disponível em <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/9175>. p.430.

⁶⁷⁷CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.141/142.

⁶⁷⁸*Idem, ibidem*. p.45.

⁶⁷⁹SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.146.

⁶⁸⁰GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.14.

⁶⁸¹Decreto-Lei Português 111/2012. 5 - Excluem-se do âmbito de aplicação do presente diploma:a) As parcerias que envolvam, cumulativamente, em termos previsionais, para a duração de toda a parceria, um encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros, a valores atualizados para o momento anterior à decisão de lançamento da parceria, de acordo com as taxas de atualização fixadas pelo membro do Governo responsável pela área das finanças para efeitos de avaliação deste tipo de projetos; b) As concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos previstas no Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto; c) As concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos, sem prejuízo de as parcerias desenvolvidas por qualquer uma destas entidades se encontrarem sujeitas ao regime previsto no presente diploma.

⁶⁸²HEITZMANN, Pierre - *International Construction Law Review*, V 23, Part. 1, (2006). pp.19-38. p.25.

1.7.5 Espécies de Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal

Em Portugal, além das concessões de obras públicas e das concessões de serviço público, tal como visto nos tópicos 1.6.4.1 e 1.5.3.1, também são Parcerias Público-Privadas: o contrato de fornecimento contínuo; o contrato de prestação de serviços; o contrato de gestão e o contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades diferentes do parceiro público⁶⁸³, sendo o contrato de gestão a situação na qual o parceiro privado efetivamente assume toda a operação, ações e estratégias necessárias do serviço⁶⁸⁴.

No mais, o uso da expressão “dentre outros” demonstra que as hipóteses previstas na legislação portuguesa são meramente exemplificativas, diferentemente do que acontece no Brasil, onde as duas espécies de Parcerias Público-Privadas previstas em lei são taxativas.

Assim, CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO mencionam também como espécies de Parcerias Público Privadas em Portugal os contratos de “affermage” e a “joint venture”, sendo o primeiro a situação na qual o parceiro privado controla o serviço e é responsável pela gestão de ativos e recebe o equivalente a um aluguel do Poder Público⁶⁸⁵. Já a “joint venture” é uma expressão de origem inglesa e que no meio empresarial é usada para a situação na qual duas ou mais empresas se unem, por meio também da criação de outra pessoa jurídica, para a realização de uma atividade econômica comum, visando, principalmente, o lucro⁶⁸⁶. Desta feita, o conceito do termo no meio empresarial é similar ao conceito do mesmo no meio público, com a diferença de que nesse último caso, ao lado da empresa visando o lucro, existe o Poder Público em busca do interesse público primário e não outra empresa privada também com fins primordialmente econômicos, sendo o instituto comumente utilizado nos Estados Unidos para a urbanização de áreas abandonadas, as quais o Poder Público as adquire e a repassa para a iniciativa privada as explorar em prol de toda a coletividade⁶⁸⁷.

Outrossim, parte da doutrina portuguesa traz como espécies de PPPs⁶⁸⁸ as seguintes situações: DBO(“Design-Build-Operate”), para as que incluam a concepção, a construção e a operação; o BOO(“Build-Own-Operate”), para as que incluam a construção, a propriedade e a operação; o BOOT(Build-Own-Operate-Transfer), para os que incluam a construção, a propriedade, a operação e

⁶⁸³Decreto-Lei Português 111/2012: 4 - Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados: a) O contrato de concessão ou de subconcessão de obras públicas; b) O contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público; c) O contrato de fornecimento contínuo; d) O contrato de prestação de serviços; e) O contrato de gestão; f) O contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público.

⁶⁸⁴CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.550.

⁶⁸⁵*Idem, ibidem*. p.550.

⁶⁸⁶JUNIOR, Antônio Barbosa Lemes; RIGO, Cláudio Miessa; CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. - *Administração Financeira: princípios, fundamentos e práticas brasileiras*, 4ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.p.609.

⁶⁸⁷CORDEIRO, Silvério dos Santos Brunhoso - *Estruturas Organizacionais Emergentes de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga. p.55.

⁶⁸⁸SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2017. p.714.

transferência; o DBM(“Design-Build-Maintenance”), para as que incluam a concepção, construção e manutenção, e, por fim, o DFBO(“Design –Finance-Build-Operate”), para os que incluam a concepção, o financiamento, a construção e também a operação⁶⁸⁹.

A referida classificação portuguesa se assemelha a realizada pelo Brasil no caso das empreitadas, porém a legislação brasileira não apresenta divisão semelhante para as Parcerias Público-Privadas, não sendo uma divisão comum também de se encontrar entre os autores brasileiros, o que não impede, no entanto, que a referida possibilidade aconteça na prática, sendo possível um contrato de uma PPP no Brasil incluir o empreendimento em sua integralidade, incluindo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias para o seu pleno funcionamento tal como acontece com uma empreitada integral no Brasil e em uma Parceria Público-Privada do tipo DFBO em Portugal, com a diferença que essa inclui a própria operação, o que também é algo inerente às PPPs na modalidade patrocinada do Brasil no que diz respeito aos serviços prestados aos usuários e também na concessão administrativa, onde os particulares são usuários diretos do serviço e o Poder Público usuário indireto.

Diante dessa realidade, o próprio Governo Federal Brasileiro, por intermédio do seu Ministério do Planejamento, reconhece que algumas dessas classificações mencionadas pela doutrina portuguesa são compatíveis com o modelo brasileiro de Parceria Público-Privada⁶⁹⁰.

Já o Brasil, diferentemente de Portugal, conforme visto no tópico 1.7.1, adota um critério restrito de Parcerias Público-Privadas⁶⁹¹, existindo apenas dois tipos de PPPs previstos na legislação brasileira, quais sejam: as concessões administrativas e as concessões patrocinadas.

A concessão patrocinada seria uma forma de concessão de serviço público que pressupõe a cobrança de tarifa dos usuários com o acréscimo de uma contrapartida ao parceiro privado paga pela Administração⁶⁹², ou seja: existe um subsídio pago pelo Poder Público⁶⁹³, como comumente acontece com o serviço realizado pelos metrô, no qual os passageiros pagam suas passagens, mas o valor cobrado não é suficiente para remunerar o parceiro privado, existindo, assim, uma contrapartida do Poder Público, o que, tal como já mencionado neste mesmo capítulo, é uma forma de garantir o direito fundamental de locomoção de todo cidadão por meio de tarifas com um valor mais acessível, assim como aconteceu no município brasileiro de Salvador, conforme acima comentado no tópico 1.7.2,

⁶⁸⁹MARQUES, Rui Cunha; SILVA, Duarte - As Parcerias Público-Privadas em Portugal. Lições e Recomendações, *Revista de Estudos Politécnicos*, V VI, 10 (2008), pp.33-50. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n10/n10a03.pdf>. p.36. No mesmo sentido: CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.49.

⁶⁹⁰Fonte:http://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parceriaspublicoprivadas/referencias/copy_of_conceitos-basicos.

⁶⁹¹ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 428.

⁶⁹²GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.p.91.

⁶⁹³ Lei Brasileira 11.079/2004 Art. 2º: § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.p.148.

assemelhando-se a presente modalidade de PPP ao já comentado “shadow toll”, historicamente utilizado em Portugal e aos “cash-flows”, utilizados na Inglaterra.

Desse modo, existe um valor correspondente ao da tarifa técnica, que seria o pago para cobrir o valor do serviço e a remuneração do parceiro privado, mas, como no caso concreto se conclui que esse valor é extremamente alto para o usuário, determina-se um valor de uma tarifa módica a ser complementada pelo Poder Público por meio do subsídio a ser pago ao parceiro privado fazendo com que o valor estipulado para a tarifa acabe se tornando um valor político⁶⁹⁴.

Desta feita, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES afirma que a Parceria Pública privada na modalidade concessão patrocinada pode vir a ter duas finalidades, quais sejam: viabilizar projetos que não são autossuficientes e calibrar o nível de risco que está envolvido em um projeto de infraestrutura o tornando mais atraente para o parceiro privado⁶⁹⁵.

Concordamos com o entendimento do autor mencionado no parágrafo anterior porque, caso o projeto seja autossuficiente, ele pode ser repassado por completo para a iniciativa privada, que terá todo o interesse de assumir a obra ou o serviço ou, ainda, o Poder Público poderá tocar o projeto sozinho sem precisar fazer o dito repasse. Por outro lado, a repartição dos riscos, principalmente quando bem-feita, é sempre atraente para todos os envolvidos.

No mais, tal como afirmamos ao falar do pedágio-sombra utilizado em Portugal, a concessão patrocinada nos parece um modelo justo e em consonância com os anseios da sociedade porque os usuários direto das obras e do serviço arcam com um valor e o aporte do Poder Público acaba representando também a contribuições de todos que indiretamente são beneficiados⁶⁹⁶.

Quanto à outra modalidade de Parceria Pública-Privada no Brasil, a concessão administrativa, na mesma a Administração Pública é a própria usuária direta ou indireta do serviço prestado, remunerando o parceiro privado pela prestação do serviço⁶⁹⁷, o que acontece, por exemplo, nos presídios ou penitenciárias administrados por meio de Parcerias Público-Privadas, uma vez que, naturalmente, não há qualquer pagamento por parte dos detentos nem muito menos uma prestação de um serviço público aos mesmos, haja vista que os presidiários não são hóspedes do Poder Público e sim custodiados⁶⁹⁸, o que implica em o próprio Poder Público ser usuário indireto do serviço. A referida

⁶⁹⁴GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.p101.

⁶⁹⁵*Idem, ibidem*.p.101.

⁶⁹⁶Alguns criticam a Parcerias Público-Privada na modalidade patrocinada por afirmarem que ela seria uma hipótese de privatização disfarçada. Entretanto, não concordamos com a referida crítica haja vista a justificativa para o uso da mesma ser, conforme é aprofundado nesta tese de doutoramento e diferentemente do que acontece na privatização, o fato do Poder Público não se eximir de sua responsabilidade nas PPPs (Cf. DIAS Reinaldo; MATOS, Fernanda - *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*, Atlas: São Paulo, 2017.p.129) nem se desfazer de seu patrimônio e da titularidade do serviço que está sendo realizado.

⁶⁹⁷Lei Brasileira 11.079/2004Art. 2º: § 2º: Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

⁶⁹⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.p.180.

espécie de PPP de se aproxima muito dos contratos subsidiados de Portugal⁶⁹⁹. Outro exemplo de uso das concessões administrativas seria para a construção de habitações populares para a população carente, pois nesse caso o Poder Público paga pela construção e é usuário indireto das construções distribuídas⁷⁰⁰.

Nesse diapasão, MARÇAL JUSTEN FILHO defende que na concessão administrativa não há o que se falar em prestação de um serviço público, pois os administrados não usufruem da atividade prestada pelo parceiro privado, sendo a referida concessão apenas um contrato público realizado entre o Poder Público e uma entidade privada⁷⁰¹.

Não concordamos, no entanto, com o último entendimento mencionado, pois, ainda que não haja um serviço a ser usufruído diretamente pelos administrados, o Poder Público pode ter a necessidade de repassar para a iniciativa privada a realização de determinada atividade e/ou obra pública, o que naturalmente vai trazer algum benefício, ainda que indireto, para a população de um modo geral. No mais, é possível sim a existência na concessão administrativa de um serviço público usufruído diretamente pela população e indiretamente pelo Poder Público, como pode de vir a acontecer no uso de uma PPP na modalidade administrativa para construir um hospital, assim como vai ser visto no tópico 1.7.9.

Quanto ao tema, RAFAEL CARVALHO OLIVEIRA diferencia as concessões administrativas em duas espécies: as que prestam um serviço público ou as que prestam uma atividade administrativa⁷⁰². Entretanto, entendemos que o serviço público é uma espécie de atividade administrativa que pode ser prestada direta ou indiretamente aos administrados.

Outrossim, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ainda que reconhecendo a existência de autores criticando o dito pagamento exclusivo do Poder Público nas concessões administrativas, entende pela constitucionalidade da referida espécie de Parceria Público-Privada⁷⁰³.

⁶⁹⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Artigo 275.º Contratos subsidiados 1 - A parte II aplica-se igualmente à formação de contratos celebrados por entidades não previstas no artigo 2.º e no artigo 7.º, nos seguintes termos: a) Contratos de empreitada de obras subsidiados diretamente em mais de 50 % do respetivo preço contratual por entidades adjudicantes, sendo o referido preço contratual igual ou superior ao limiar previsto na alínea a) do n.º 3 do artigo 474.º, caso envolvam uma das seguintes atividades: i) Atividades de construção civil enumeradas no anexo xi ao presente Código, do qual faz parte integrante; ii) Obras de construção de hospitais, instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, estabelecimentos escolares e universitários e edifícios para uso administrativo;

⁷⁰⁰FAJARDO, Gabriel Ribeiro – Parcerias da Administração Pública com o Setor Privado para a efetivação do Direito Social à moradia, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.55-77. p.69.

⁷⁰¹FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*. 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.999.

⁷⁰²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.p.324.

⁷⁰³FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.460.

1.7.6 O Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas

Conforme já visto acima, não existe na União Europeia um conceito de Parceria Público-Privada previsto em uma norma convencional, não existindo também um conceito de PPP na Diretiva 2014/24/EU⁷⁰⁴, que regula os contratos públicos, porém o instituto acaba sendo discutido no âmbito europeu devido ao constante uso das PPPs por parte dos membros do Bloco de Integração Europeia.

Assim, com o objetivo de trazer uma diretriz comunitária para orientar os Estados Membros da União Europeia, em 2004 a Comissão Europeia elaborou o chamado Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos e concessões⁷⁰⁵.

Os Livros Verdes são documentos criados pela União Europeia com o objetivo de fomentar o debate sobre alguma matéria específica e que podem servir como base para a feitura de regras sobre os assuntos abordados⁷⁰⁶.

O principal ponto do referido Livro Verde em questão foi trazer duas espécies de Parcerias Público-Privadas, quais sejam: as PPPs de tipo puramente contratual e as PPPs de tipo institucionalizado⁷⁰⁷.

Na primeira é realizado apenas um contrato público entre o Poder Público e o parceiro privado e na segunda ambos criam uma pessoa jurídica para a realização da obra e/ou a prestação do serviço. Especificamente em Portugal, a Administração Central do Estado historicamente adotou o referido modelo contratual, enquanto o uso do tipo institucionalizado foi mais utilizado pelos municípios na constituição de empresas mista e para alguns serviços específicos, como água e resíduos sólidos⁷⁰⁸.

Trazer essas duas espécies de PPPs é uma forma de unificar os procedimentos entre os diversos membros da União Europeia, facilitando, assim, a existência de uma diretriz comunitária, ainda inexistente, conforme foi acima mencionado, no aspecto normativo.

Enfim, as diretrizes previstas em um Livro Verde não possuem força cogente, porém, acreditamos que, com o tempo, a tendência é a União Europeia avançar no referido ponto de forma a criar normas convencionais que deverão ser seguidas pelos Estados membros. No âmbito do Mercosul, no entanto, não existe ainda nem mesmo uma orientação a ser dada aos Estados membros em face dos problemas já mencionados alhures em relação ao referido bloco econômico.

⁷⁰⁴O artigo 2º da dita diretiva é intitulado de "Definições" e menciona uma série de conceitos inerentes aos contratos públicos, porém não menciona um conceito de Parceria Público-Privada. Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>

⁷⁰⁵GOMES, Conceição *Et al*- *Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.114.

⁷⁰⁶Fonte: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt.

⁷⁰⁷Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas (Versão em Português). Art.20: Para fins da análise a realizar no presente documento, propõe-se o estabelecimento de uma distinção entre: As PPP de tipo puramente contratual, em que a parceria entre os sectores público e privado assenta em relações exclusivamente convencionais e as PPP de tipo institucionalizado, implicando a cooperação entre os sectores público e privado numa entidade distinta.

⁷⁰⁸MARQUES, Rui Cunha; SILVA, Duarte - As Parcerias Público-Privadas em Portugal, Lições e Recomendações, *Revista de Estudos Politécnicos*, V VI, 10 (2008), pp.33-50. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n10/n10a03.pdf>. p.35-36.

1.7.7 Vantagens das Parcerias Público-Privadas

A escolha por uma Parceria Público-Privada é, além de uma opção política, uma opção administrativa do Poder Público, devendo ser realizada em consonância com os princípios regentes da Administração Pública, em especial o princípio da motivação. Desse modo, deve haver algumas vantagens na escolha do procedimento que serão utilizadas como justificativa pelo agente público responsável por escolher o referido modelo de contratação e que serão objeto de estudo nas linhas seguintes do presente tópico.

A primeira vantagem trazida pelos estudiosos do tema seria uma possível diminuição da influência política nas tomadas de decisões, tendo em vista a presença do parceiro privado, que, ao menos como regra, não age mediante pretensões políticas⁷⁰⁹, diferentemente do que acontece com os chefes do Poder Executivo, que, ordinariamente, são escolhidos por meio de eleições e por isso muitas vezes acabam tomando decisões com fito de atender interesses meramente eleitoreiros ou ainda com objetivo de satisfazer partidos de sua base para conseguir ter governabilidade. Além disso, onde a prática de financiamento privado de campanha é permitida, existe a possibilidade de se agir buscando atender aos interesses privados meramente egoístico dos financiadores de campanha, o que, no entanto, é um ato de corrupção, devendo ser combatido pelos meios legais cabíveis.

Por outro lado, existe quem defenda que esse ponto seria, em verdade, uma desvantagem, pois um contrato de longo prazo com a iniciativa privada diminuiria com o tempo a margem de manobra política do Estado, pois o parceiro privado não aceitaria colocar fim ao avençado antes do prazo, ainda que em prol do interesse público, sem buscar algum ressarcimento⁷¹⁰. Entretanto, parece-nos que o presente ponto é mais uma vantagem do que uma desvantagem, desde que se busque logo no início da avença respeitar o interesse público, bem como planejar corretamente qual é o tempo necessário do contrato para atingir as necessidades da sociedade, sem deixar margem para maiores discussões entre os envolvidos.

Além disso, em face do princípio da supremacia do interesse público, não há como o parceiro privado impedir o fim de uma Parceria Público-Privada quando o Poder Público vier a entender ser a referida medida a mais conveniente e oportuna. Qualquer discussão se resumirá a existência e ao valor de eventual indenização e que efetivamente só deverá ser paga quando ficar constado ser a mesma realmente devida, o que pode ser apurado por meio de um processo administrativo ou judicial ou por meio de um procedimento de arbitragem, tal como se estuda na presente tese de doutoramento.

⁷⁰⁹ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência - As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal, *Rev. Adm. Pública*, V 4 (2014), pp.571-593. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7622014000300003.p.574

⁷¹⁰GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.62.

Outra vantagem das Parcerias Público-privada seria uma maior agilidade nos procedimentos, uma vez que a iniciativa privada, naturalmente, tem menos amarras que o Poder Público para contratar, pois não precisa realizar licitações ou concursos públicos todas as vezes que precisa comprar algum material, adquirir algum bem ou contratar algum serviço específico, fazendo com que a utilização das PPPs venha a colaborar com a inovação na prestação de serviços públicos e na realização de infraestruturas⁷¹¹.

Além disso, as empresas privadas normalmente possuem expertises não existentes no Poder Público em determinadas atividades e na realização de determinados tipos de construção, até mesmo porque podem contratar profissionais conforme as exigências do mercado sem maiores entraves burocráticos, bem como qualificar os funcionários já existentes também sem maiores amarras legais.

As Parcerias Público-Privadas também são usadas pelo Poder Público como uma forma de viabilizar economicamente a prestação dos serviços públicos e a realização de obras públicas, uma vez que, de antemão, é o parceiro privado quem monta a estrutura de cobrança e recebimento dos valores dos usuários do serviço público objeto da Parceria Público-Privada ou a vir ser realizada na obra construída por meio de uma PPP, além disso, são realizados investimentos por meio de dívidas e capitais privados⁷¹².

Desta feita, o dinheiro arrecado não é necessariamente considerado verba pública, não ficando sujeito às amarras financeiras inerentes aos recursos públicos, possibilitando, desse modo, a prestação de um serviço público e a realização de uma obra pública sem que exista previsão orçamentária de dinheiro público para tanto⁷¹³ e o dinheiro arrecadado pode ser utilizado tanto para pagamento de pessoal como para pagamento de custeio sem que haja desvio de finalidade, diferentemente do que acontece com o dinheiro público que necessariamente deve obedecer a sua rubrica pré-determinada não podendo o administrador público se utilizar de uma verba para outro fim diferente do previsto ainda que o faça em prol do interesse público, uma vez que, conforme afirma DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “Uma finalidade prevista no ordenamento jurídico pressupõe competência aparelhada, adequada e suficiente para a prática de atos administrativos necessários à sua prossecução”⁷¹⁴. Assim, um agente público não pode simplesmente mudar o destino pré-determinado de uma verba pública, diferentemente do parceiro privado que deve apenas cumprir o objeto do contrato a contento dentro dos prazos determinados.

⁷¹¹SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016.p.22.

⁷¹²CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.76

⁷¹³MATTOS, César; MÁFIA, Débora Veloso - *Aspectos Jurídicos/Econômicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Consultoria Legislativa da Câmaras dos Deputados, Estudo de Junho de 2015. p.3.

⁷¹⁴NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.225.

Por outro lado, PEDRO GONÇALVES menciona a possibilidade de por meio de lei ficar autorizado aos concessionários cobrarem os valores devidos pelos usuários de forma coercitiva por meio de uma execução fiscal, o que dará uma natureza tributária aos valores cobrados, tornando-os sujeitos às amarras acima mencionadas⁷¹⁵.

No mais, como afirmam CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, as ditas parcerias acabam vindo a viabilizar a construção de infraestruturas em face da “desorçamentação”⁷¹⁶ gerada pelas mesmas, o que acontece, tal como afirmam ANA PAULA ROLLAND SOBRAL e JOSÉ NEVES CRUZ ao analisar a situação em Portugal, porque as PPPs arremessam os custos da infraestrutura para o momento em que essas últimas serão sentidas⁷¹⁷, tornando-se, assim, um mecanismo para superar obstáculos orçamentários⁷¹⁸.

Em conformidade com o acima exposto, no Brasil as Parcerias Público-Privadas possuem duas grandes fases, quais sejam: uma fase de investimento e uma fase de operação ou prestação de serviço e, em sua redação originária, a legislação brasileira que regulamenta as PPPs tinha a previsão de que as contraprestações públicas só poderiam ser pagas na fase de operação ou prestação do serviço após a fase de investimento, cabendo ao parceiro privado todos os investimentos necessários para a realização da obra e operacionalização do serviço a ser prestado⁷¹⁹.

Entretanto, a previsão legislativa mencionada no parágrafo acima acabou vindo por aumentar os custos da infraestrutura, o que naturalmente teve impacto no valor das propostas apresentadas pelos parceiros privados nos procedimentos de licitação, fazendo-se necessária a modificação da legislação brasileira⁷²⁰. Desse modo, no ano de 2012 a legislação do Brasil foi alterada para expressamente prever que o Poder Público poderia também aportar recursos na fase de investimento das Parcerias Público-Privada desde que para a aquisição de bens reversíveis proporcionais ao que já foi feito⁷²¹.

⁷¹⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.806.

⁷¹⁶*Idem, ibidem*. p.76.

⁷¹⁷SOBRAL, Ana Paula Rolland; CRUZ, José neves - Parcerias público-privadas: enquadramento e avaliação das concessões ferroviárias em Portugal, *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, N 28 (2011), pp.2-26. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/5143/514355189201.pdf>. p.5.

⁷¹⁸SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.714.

⁷¹⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013. p.21.

⁷²⁰*Idem, ibidem*. p.22.

⁷²¹Lei Brasileira 11.079/2004. Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. § 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012) § 2º O aporte de recursos de que trata o § 2º do art. 6º, quando realizado durante a fase dos investimentos a cargo do parceiro privado, deverá guardar proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012) Art.6º § 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

De qualquer forma, o maior custo na fase de investimento continua sendo com o parceiro privado, o que aumenta o tempo de planejamento do Poder Público para arcar com os valores inerentes às contraprestações pecuniárias que irá arcar de forma complementar aos valores pagos pelos usuários do serviço público ou da obra pública a ser explorada, podendo a Administração Pública de imediato oferecer à população uma obra ou um serviço por intermédio de uma Parceria Público-Privada cujo gasto público com a mesma só será realizado em outra competência financeira.

RUI CUNHA MARQUES e DUARTE SILVA afirmam que, em face de soluções mais inovadoras e dos ganhos com eficiência inerentes ao setor privado, existe outra vantagem da opção pela Parceria Público-Privada e não pelo modelo tradicional de contratação, qual seja: o aumento do chamado “value for Money” na prestação do serviço público⁷²², que, em tradução livre, seria o valor do melhor custo-benefício em se realizar a obra pública ou a prestação de um serviço por intermédio da iniciativa privada, ou seja, a busca em proteger o interesse público financeiro⁷²³.

Concordamos, em parte, com os referidos autores, pois não partimos do pressuposto que necessariamente a iniciativa privada irá oferecer soluções mais inovadoras e mais eficientes, porém acreditamos que o Poder Público deve analisar em cada caso concreto se realmente se trata de uma situação na qual passar a prestação do serviço público ou a realização da obra pública para a iniciativa privada vai ter os referidos benefícios. Constatada essa realidade e se fazendo a opção pela Parceria Público-Privada, naturalmente haverá um maior “value for Money”. Assim, tal como afirmam ANA PAULA ROLLAND SOBRAL e JOSÉ NEVES CRUZ ao estudarem a questão do “value for Money” na referida forma de contratação em Portugal, a opção pela PPP só deve acontecer quando ficar constatado, por meio do comparador do sector público (CSP), que a existe uma mais valia no uso do referido instituto quando comparado com a forma de contratação tradicional⁷²⁴.

Desse modo, podemos dizer que uma das vantagens das Parcerias Público-Privadas seria o aumento das opções em se alcançar o melhor custo-benefício para a realização de obras públicas ou de serviços públicos, sendo as mesma um instrumento para se alcançar o “value for Money”, que não é, nas palavras de CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, a busca do menor preço nas contratações públicas, mas sim a busca do menor preço levando em consideração a qualidade da obra ou serviço público almejada pela Administração Pública⁷²⁵, ou seja, tal como dito acima, o melhor custo-benefício a ser adotado levando em consideração as necessidades da população, o que só acontecerá

⁷²²MARQUES, Rui Cunha; SILVA, Duarte - As Parcerias Público-Privadas em Portugal, Lições e Recomendações, *Revista de Estudos Politécnicos*, V VI, 10 (2008), pp.33-50. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n10/n10a03.pdf>. p.34.

⁷²³GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*. 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.357.

⁷²⁴SOBRAL, Ana Paula Rolland; CRUZ, José neves - Parcerias público-privadas: enquadramento e avaliação das concessões ferroviárias em Portugal, *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, N 28 (2011), pp.2-26. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/5143/514355189201.pdf>.p.6.

⁷²⁵CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.56.

se a Parceria Público-Privada for realizada com todas as cautelas necessárias, o que, segundo o Tribunal de Contas de Portugal, não aconteceu inicialmente na PPP envolvendo o Hospital de Cascais, onde algumas alterações em elementos essenciais do negócio jurídico acabaram atingindo negativamente o "value for Money"⁷²⁶, porém aconteceu mais recentemente, tendo em vista que recente relatório do mesmo Tribunal de Contas entendeu que o referido hospital gerou uma poupança para os cofres públicos⁷²⁷.

Por fim, LUCAS MENDES CASSIANO SANT'ANNA lembra ainda outra vantagem das Parcerias Público-Privadas devido ao fato de se poder cobrar valores dos usuários, qual seja: uma maior justiça na distribuição do custeio para a criação de infraestrutura entre as atuais e as futuras gerações⁷²⁸.

1.7.8 Desvantagens das Parcerias Público-Privadas

Se, por um lado, existem vantagens no uso das Parcerias Público-Privadas, há de se reconhecer também a existência de algumas desvantagens que devem vir a ser superadas em cada caso concreto para garantir a eficácia do uso do instituto na prestação de serviços públicos e na realização de obras públicas ou até mesmo para se decidir em determinado caso concreto por outra forma de contratação de um serviço público ou de realização de uma obra pública.

Outrossim, apesar de ser o instituto amplamente usado em diversas partes do mundo, inclusive em Portugal e no Brasil, ainda existem receios quando o Poder Público opta por se utilizar de uma Parceria Público-Privada. Nos Estados Unidos, por exemplo, em estudo realizado por QINGBIN CUI e JAY K. LINDLY foi constatado existir um receio da população norte-americana no uso das PPPs servir apenas para enriquecer as empresas privadas e não para melhorar a qualidade das obras públicas e dos serviços públicos.⁷²⁹

Nesse sentido, TONY BOVAIRD afirma que os sindicatos muitas vezes são resistentes ao uso das ditas parcerias com medo de redução de empregos, enquanto os usuários de obras e serviços públicos demonstram preocupação com uma possível diminuição da qualidade da atividade prestada em virtude de uma possível prevalência de interesses meramente econômicos⁷³⁰.

No mais, como desvantagem da Parcerias Público-Privadas temos justamente a complexidade do seu objeto, que, normalmente, envolve ao mesmo tempo a construção de uma obra pública e a

⁷²⁶RELATÓRIO do Tribunal de Contas N.º 15/2009AUDIT - *Auditoria ao Programa de Parcerias Público-Privadas da Saúde Primeira vaga de Hospitais*, Lisboa, 2009. p.50.

⁷²⁷RELATÓRIO do Tribunal de Contas. Relatório n.º 5/2021 – OAC. 2.ª Secção - *Parcerias Público-Privadas hospitalares no SNS*, Lisboa, 2021. p.6.

⁷²⁸SANT'ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas* - São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p.20.

⁷²⁹CUI, Qingbin; LINDLY, Jay K - *Evaluation of Public Private Partnership Proposals* - UTCA Report Number 08402: Alabama, 2010. p.29.

⁷³⁰BOVAIRD, Tony - Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice - *International Review of Administrative Sciences*, V 70(2) (2014), pp.199–215. Disponível em <https://journa00208523004044250.pp.199-215>. p.200.

prestação de um serviço público pelo parceiro privado, porém, não é comum que esse último tenha a expertise tanto na realização da obra como na prestação do serviço, o que pode vir a diminuir a qualidade de um dos dois⁷³¹, situação que gera a necessidade de uma rigorosa análise dos requisitos técnicos na fase de habilitação dos procedimentos de seleção que antecede a feitura do contrato público de uma PPP.

A complexidade supramencionada acaba gerando também um alto custo, o que, conforme lembra JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, acaba diminuindo a competição nas seleções públicas que antecedem a feitura do contrato público⁷³².

Outra desvantagem, conforme já mencionado quando se falou do princípio da economicidade, é a dificuldade em equacionar o interesse público primário com o natural interesse privado em obter lucro com a exploração da obra pública ou do serviço público por parte da empresa privada, o que pode ser amenizado através de um bom diálogo ainda na fase que antecede a feitura do contrato público, deixando claro quais os papéis e quais as responsabilidades de cada ente envolvido⁷³³, algo que também pode estar previsto nos instrumentos convocatórios das seleções públicas que antecedem a contratação de forma a só atrair para o certame público as empresas realmente interessadas em trabalhar sujeitas a determinadas condições.

Outra possível desvantagem das Parcerias Público-Privada seria o fato de que as mesmas podem criar uma falsa ilusão de que não aumentam o déficit público, uma vez que as PPPs geram um gasto público que não vai ser compatibilizado em um primeiro momento, conforme acima mencionado, mas que fatalmente o Poder Público vai acabar arcando com o mesmo ao término ou no decorrer da parceria, sem que elas sejam consideradas um endividamento público (sendo consideradas “off-balance”) mesmo gerando um custo público para o futuro⁷³⁴.

Desse modo, como lembram CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, os governantes acabam ficando tentados a se utilizarem das Parcerias Público-Privadas apenas com fito de evitarem restrições orçamentárias, o que pode vir a implicar em um investimento errado a ser sentido apenas no futuro, gerando um problema de comportabilidade do orçamento⁷³⁵, situação passível de abrir margem para, com fins meramente eleitoreiros, os políticos realizarem obras e serviços públicos em seus governos e deixarem os custos para os seus sucessores.

⁷³¹MATTOS, César; MÁFIA, Débora Veloso - *Aspectos Jurídicos/Econômicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Estudo de Junho de 2015.p.8.

⁷³²SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.22.

⁷³³GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007. p.68.

⁷³⁴SANT' ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018.p.82.

⁷³⁵CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.76.

Nesse mesmo sentido, SÔNIA ARAÚJO e DOUGLAS SUTHERLAND também afirmam existir uma grande tentação dos administradores públicos em usar as PPPs justamente para contornar questões orçamentárias⁷³⁶ ou, ainda, como afirmam ELISABETTA IOSSA, DAVID MARTIMORT e JÉRÔME POUYET, para conseguir financiar obras públicas sem a necessidade da instituição de impopulares impostos⁷³⁷, sendo esse um dos motivos apontados por RICARDO FERREIRA REIS e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO para o insucesso de algumas PPPs em Portugal no passado⁷³⁸, que tiveram os contratos extremamente onerosos⁷³⁹ e que tiveram que ser negociados⁷⁴⁰.

Por outro lado, fazendo um contraponto com o entendimento acima, GILMAR RIBEIRO DE MELLO e VALMOR SLOMSKI afirmam que a referida possibilidade pode permitir ao Poder Público controlar o endividamento público atual, gerando a demonstração de uma saúde financeira passível de viabilizar a obtenção de investimentos internacionais para atender aos anseios da sociedade⁷⁴¹.

Mais uma desvantagem mencionada nas Parcerias Público-Privadas seria o excesso de negociações encontradas nos seus contratos, alterando as condições financeiras das concessões⁷⁴², porém entendemos que a referida realidade é uma consequência natural de todo contrato de longa duração.

Enfim, não há como negar a existência das dificuldades ou preocupações acima levantadas e que não podem ser deixadas de lado pelo administrador no momento de definir pela utilização de uma Parceria Público-Privada, pois, como afirma UWE HOERING, o objetivo das Parcerias Público-Privadas é usar a experiências do setor privado em prol do desenvolvimento, mas existe um temor de acontecer justamente o contrário: as políticas públicas se subordinarem aos interesses privados⁷⁴³.

De qualquer forma, parece-nos que as referidas dificuldades são superáveis por meio da realização de contratos bem feitos e que respeitem os ditames legais e que sejam antecedidos de um sério estudo de viabilidade, bem como por meio de uma efetiva fiscalização dos órgãos de controle competentes, sejam eles de âmbito interno sejam eles de âmbito externo, o que deve ser realizado, conforme afirmam CARLOS OLIVEIRA CRUZ e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, por meio dos tribunais de contas,

⁷³⁶ARAÚJO, Sônia; SUTHERLAND, Douglas - Public-Private Partnerships and Investment, *Economics Department Working Papers - OECD Publishing*, N 803 (2010), pp.1-41. Disponível em <https://doi.org/10.1787/18151973.p.5>.

⁷³⁷IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David; POUYET, Jérôme - Partenariats public-privé: Quelques réflexions, *Revue Economique*, V 59, (2008), pp.437-449. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-economique-2008-3-page-437.htm>. p.11.

⁷³⁸REIS, Ricardo Ferreira; SARMENTO, Joaquim Miranda - A ascensão e queda das parcerias público-privadas em Portugal, In *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*, Rio de Janeiro: LTC, 2013. pp.145-157. p.153.

⁷³⁹CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.640.

⁷⁴⁰*Idem, ibidem*.p.635.

⁷⁴¹MELLO, Gilmar Ribeiro; SLOMSKI, Valmor - Parcerias Público-Privadas no Setor Rodoviário, *Brazilian Business Review-BB*, V 6, N 3 (2009) pp. 264-281. p.269.

⁷⁴²SARMENTO, Joaquim Miranda; RENNEBOOG, Luc - Anatomia das PPPs: a sua criação, financiamento e renegociações, *Revista JulgarOnline*, V 6, N 3 (2017), pp.1-61. Disponível em <http://julgar.pt/anatomia-das-parcerias-publico-privadas-a-sua-criacao-financiamento-erenegociacoes/>.p.4

⁷⁴³HOERING, Uwe - Beteiligung des privatsektors – die privatisierungspolitik der weltbank im infrastrukturbereich, In *ANALYSEN, BERICHTE, KONTROVERSE (Hrsgo) Armutsminderung durch den Privatsektor? Österreichische Forschungsstiftung für Entwicklungshilfe – ÖFSE 1*, (2004), pp.41-52. p.49.

que deverão analisar, segundo os referidos autores, até a prudência e o bom senso na adoção do procedimento⁷⁴⁴. Além disso, é importante que todo o processo de uma PPP seja o mais transparente possível, sendo esse ponto para DIETER ROTHENBERGER uma das questões mais relevantes para o sucesso das ditas parcerias⁷⁴⁵. Ademais, em cada caso concreto cabe aos administradores públicos compararem o uso das Parcerias Público-Privadas com as formas tradicionais de contratação com fito de concluir se a primeira hipótese é de fato a melhor opção diante das peculiaridades então existentes⁷⁴⁶.

Outrossim, visando contornar o problema orçamentário mencionado alhures, torna-se importante que existam quando do momento da realização de uma Parceria Público-Privada previsão orçamentária e comprovação da compatibilidade com as leis orçamentárias de cada Estado, tal como expressamente exigem as legislações brasileiras, como bem lembra LUCAS CASSIANO SANT'ANNA⁷⁴⁷.

No mais, as Parcerias Público-Privadas são uma realidade tanto em Portugal como no Brasil, devendo se buscar mecanismos para o sucesso delas, como, por exemplo, a busca da melhor forma de resolver os conflitos que surgirem no decorrer das ditas parcerias, tal como estudado na presente tese doutoral.

Além disso, devem ser respeitados todos os ditames legais, como, por exemplo, a comprovação de interesse público e a justificativa para se optar por uma Parceria Público-Privada, tal como se exige, ao lado de outros pressupostos, a legislação portuguesa⁷⁴⁸.

Outrossim, também devem ser respeitados os critérios de avaliação do desempenho do parceiro privado e a forma de remuneração e atualização da prestação do serviço, tal como também prevê, ao lado de outros requisitos, a legislação brasileira sobre Parcerias Público-Privadas⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.380.

⁷⁴⁵ROTHENBERGER, Dieter - Öffentlich-private Partnerschaften – ein ansatz zur verbesserung der wasserversorgung und abwasserentsorgung. In *Armutsminderung durch den Privatsektor? Analysen, Berichte, Kontroversen (Hrsgo). Österreichische Forschungsstiftung für Entwicklungshilfe – ÖFSE*, 1, (2004), pp.62-80. p.74.

⁷⁴⁶ARAÚJO, Sônia; SUTHERLAND, Douglas - Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure, *Economics Department Working Papers - OECD Publishing*, N 803 (2010), pp.1-41. Disponível em <https://doi.org/10.1787/18151973>. p.5.

⁷⁴⁷SANT'ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018.p.132.

⁷⁴⁸Decreto-Lei Português 111/2012: Art.14.º: 4 - Sendo aprovado o lançamento da parceria, do teor do despacho conjunto, ou dos seus anexos, devem constar os seguintes elementos: a) O programa do procedimento; b) O caderno de encargos; c) A composição do júri do procedimento; d) A análise das opções que determinaram a configuração do projeto; e) A descrição do projeto e do seu modo de financiamento; f) A demonstração do seu interesse público; g) A justificação da opção pelo modelo de parceria; h) A demonstração da comportabilidade e do impacte dos encargos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do setor público administrativo; i) A declaração de impacte ambiental, quando exigível nos termos da lei aplicável.

⁷⁴⁹ Lei Brasileira 11.079/20Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos

Por outro lado, também devem ser tomadas todas as cautelas necessárias no momento de realizar os repasses do Poder Público ao parceiro privado, o que deve ser feito nos estritos termos permitidos na lei e previstos no contrato público realizado pelas partes envolvidas, não sendo por outra razão que recentemente a Lei de Improbidade Administrativa Brasileira foi alterada para expressamente prever como espécies de improbidade administrativa que causem dano ao erário os repasses e os pagamentos indevidos realizados nas parcerias entre o Poder Público e entidade privadas, citando de forma exemplificativa diversas condutas nesse sentido passíveis de punição⁷⁵⁰.

1.7.9 Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal

Tanto no Brasil como em Portugal existe um regime jurídico próprio para as Parcerias Público-Privada. No caso do Brasil o instituto é regulamentado pela Lei 11.079/2004⁷⁵¹ com aplicação da lei 8.987/95⁷⁵² e da lei 14.133/2021⁷⁵³; já em Portugal a regulamentação se dá pelo Decreto-Lei 111/2012⁷⁵⁴ com aplicação do Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei Português 18/2008)⁷⁵⁵.

Os regimes jurídicos em testilha possuem algumas diferenças e algumas semelhanças que serão analisadas do decorrer do presente tópico e que se somam ao que já foi dito no tópico 1.7.4 e 1.7.5 e ao que será mencionado no tópico 1.7.10.

De antemão, importante averiguar quem são as pessoas presentes em uma Parceria Público-Privada

Em Portugal a legislação traz como possíveis parceiros privados o Estado, as entidades públicas estatais, os fundos e serviços e serviços autônomos, as empresas públicas e entidades

financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas; XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

⁷⁵⁰Lei 8429/92(Lei de Improbidade Administrativa Brasileira): Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

⁷⁵¹Lei Brasileira nº 11.079/2004. Diário Oficial da União, *Seção I* (31.12.2004) 6-.

⁷⁵²Lei Brasileira nº 8.987/95. Diário Oficial da União, *Seção I* (14.2.1995) 1917-.

⁷⁵³Lei Brasileira nº 14.133/21. Diário Oficial da União, *Seção I*. - Edição: 61-F – Extra F (01.04.2021) 2-.

⁷⁵⁴Decreto-Lei Português nº 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

⁷⁵⁵Decreto-Lei Português nº 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Diário da República, *Série I*. N.º 86 (29.01.2008). 753 - 852.

criadas por todas essas⁷⁵⁶. No caso das empresas públicas com carácter comercial ou industrial, no entanto, existem situações na qual será vedado o uso das ditas parcerias⁷⁵⁷.

Já no Brasil a lei que regulamenta as Parcerias Público-Privadas menciona que estão sujeitas a ela toda a Administração Pública Direta e Indireta Brasileira em todas as esferas, bem como as entidades controladas por entes políticos⁷⁵⁸. Apesar de, diferentemente da legislação portuguesa, no Brasil não existir ressalva para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, elas também não realizam Parcerias Público-Privadas, ao menos não na condição de Parceiro Público, pois devem ser aproximar das empresas privadas de um modo geral⁷⁵⁹.

Desta feita, encontramos aqui uma semelhança entre as Parcerias Público-Brasileiras e Portuguesas, pois ambos os ordenamentos jurídicos possuem como parceiros públicos as entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta.

Outra semelhança se dá em relação a existência de um valor mínimo do objeto dos contratos, pois Portugal afirma que não se aplica a lei de Parceria Público-Privada para os contratos que possuam como previsão total o “encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros”⁷⁶⁰, enquanto no Brasil é vedado o uso das PPPs para os contratos que tenham o objeto inferior a 10 milhões de reais⁷⁶¹. Em verdade, a previsão dos referidos valores mínimos decorre de outra semelhança existente entre ambos Estados quanto ao tema abordada no tópico 1.74, qual seja: tanto no Brasil como em Portugal as Parcerias Público-Privadas são utilizadas para contratos de grande vulto.

Ademais, além da questão da repartição dos riscos, que, devido a sua importância, será aborda em tópico próprio (1.7.10), a legislação Portuguesa também traz dispositivo delimitando a responsabilidade nas Parcerias Público-Privada, afirmando que caberá ao parceiro público acompanhar, avaliar e controlar o objeto da PPP para que ela atinja os seus fins; cabendo ao parceiro

⁷⁵⁶Cf. Art.2º, 2- do Decreto-Lei Português nº 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

⁷⁵⁷Decreto-Lei Português nº 111/2012: Artigo 24.º Regime especial 1 - Com exceção do que se dispõe nos números seguintes, o regime previsto nos capítulos ii e iii do presente diploma não é aplicável às parcerias desenvolvidas e lançadas por empresas públicas com carácter comercial ou industrial quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes situações: a) As contas da respetiva empresa não consolidem com as do setor público administrativo, nos termos das regras de contabilidade pública ou nacional aplicáveis; b) A exploração da atividade da respetiva empresa pública não é, direta ou indiretamente, subsidiada pelo Estado, ainda que mediante a atribuição de indemnizações compensatórias; c) A parceria não carece, nem é objeto, de financiamento, direto ou indireto, por parte do Estado; d) A parceria não carece, nem é objeto, direto ou indireto, da prestação de garantias por parte do Estado; e) Os custos decorrentes da execução do contrato de parceria não são suscetíveis de, direta ou indiretamente, afetarem ou virem a afetar o montante da dívida pública.

⁷⁵⁸Lei 11.079/2004: Art.1º. Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁷⁵⁹ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ºed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. 124.

⁷⁶⁰Cf. Art.5º. Decreto-Lei Português nº 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

⁷⁶¹Cf. Art.2, § 4º, 1-: Lei Brasileira nº 11.079/2004. Diário Oficial da União, *Seção I* (31.12.2004) 6-.

privado exercer e gerir a atividade tal como previsto no contrato, bem como a financiar parcialmente ou totalmente⁷⁶².

No Brasil, por outro lado, em relação à responsabilidade sobre a gestão da Parceria Público-Privada e investimento da mesma, a lei prevê a obrigatoriedade de criação de uma sociedade de propósito específico para gerir cada uma das Parcerias Público-Privadas antes da realização do contrato, não podendo a Administração Pública ser proprietária da maioria do capital votante da referida sociedade⁷⁶³, o que evita a possibilidade dela ser considerada uma integrante da Administração Pública Indireta sujeita a ingerências de ordem políticas. Os investigadores brasileiros também caminham no sentido de entender que nem mesmo as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta podem integrar a sociedade de propósito específico na condição de parceiro privado devido ao fato do objetivo ser justamente angariar recursos da iniciativa privada propriamente dita para viabilizar a prestação de serviços e a realização de obras públicas⁷⁶⁴.

O intuito da criação de uma pessoa jurídica específica é garantir que os recursos destinados para as Parcerias Público-Privadas não sejam utilizados para outros fins⁷⁶⁵, angariando o capital necessário para a realização do investimento⁷⁶⁶, além disso a referida medida acaba permitindo um maior controle do Poder Público nas atividades realizadas pelo parceiro privado, oportunizando o respeito ao princípio do controle anteriormente estudado nesta tese doutoral no tópico 1.14.11.

A terminologia utilizada, diga-se, está em consonância com o objetivo pretendido, qual seja: a existência de uma pessoa jurídica que sirva especificamente para implantar e gerir o objetivo da Parceria Público-Privada. Pode-se pensar que toda pessoa jurídica possui um fim específico, porém as pessoas jurídicas de um modo geral podem ter mais de um fim e podem mudar os seus objetos com o tempo, o que não é caso da pessoa jurídica cá estudada. Assim, a criação da referida sociedade acaba dando mais garantia tanto para o Poder Público (em consequência, para toda a sociedade) como para os parceiros privados de que as Parcerias Público-Privadas brasileiras irão atingir os objetivos que a justificaram.

⁷⁶²Decreto-Lei Português n° 111/2012: Artigo 5º, 2- No âmbito das parcerias, incumbe: a) Ao parceiro público, o acompanhamento, a avaliação e o controlo da execução do objeto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes; b) Ao parceiro privado, o exercício e a gestão da atividade contratada, de acordo com os termos contratados, bem como o financiamento, no todo ou em parte.

⁷⁶³Lei brasileira 11.079/2004: Art. 9º- Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. § 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

⁷⁶⁴FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos**: São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Tese de Doutorado em Direito.p.53.

⁷⁶⁵FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*. 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.1002.

⁷⁶⁶NETTO, Pedro Dias de Oliveira, *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p.68.

No respeitante à formação da Parceria Público-Privada, em Portugal deve ser aplicado o Código de Contratos Públicos⁷⁶⁷ e este afirma que as Concessões de Obras Públicas e as Concessões de Serviços Públicos, que são espécies de PPPs tal como visto nos tópicos 1.5.3.1 e 1.6.41, devem ser antecedidas de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação ou diálogo concorrencial⁷⁶⁸. Já no Brasil a PPP deve ser antecedida da licitação nas modalidades concorrência ou diálogo competitivo⁷⁶⁹.

Assim, podemos perceber uma semelhança entre Portugal e Brasil no sentido de que os dois Estados priorizam procedimentos abertos de contratação pública quando do momento de realizar um contrato de Parceria Público-Privada, sendo a concorrência a modalidade de licitação mais aberta e com a publicidade mais ampla no Brasil⁷⁷⁰ e o concurso público a modalidade de procedimento adjudicatório mais aberta em Portugal⁷⁷¹ e a que, como afirmam FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, mais está em consonância com os princípios comunitários no que diz respeito a “livre concorrência, a igualdade e a transparência”⁷⁷², justamente porque oportuniza a todas as pessoas que preencham os requisitos legais a tentarem a realização de contratos com o Poder Público.

A opção por priorizar procedimentos abertos é uma decorrência da complexidade da referida forma de contratação e um meio de respeitar o princípio da igualdade devido ao fato de contratar com o Poder Público ser uma oportunidade que gera uma vantagem econômica para os interessados⁷⁷³. Além disso, a opção por procedimentos abertos está em consonância com o princípio da concorrência estudado no tópico 1.4.4 e acaba ajudando com a diminuição do valor da contratação devido ao fato de incentivar os competidores a não inflacionarem os preços oferecidos⁷⁷⁴.

Ademais, na Contratação Pública em Portugal, mais ainda do que no Brasil, existe uma preocupação com a fase de planeamento, que é a metodologia prévia utilizada antes da feitura do Contrato Público visando dar maior transparência, racionalidade e legalidade a esse último⁷⁷⁵, sendo um instrumento apto para evitar a escolha ilegal de procedimento fechados de contratação e uma futura ineficiência dos contratos⁷⁷⁶. Como um exemplo de uma medida de planeamento em Portugal existe a

⁷⁶⁷Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 15.º Procedimento aplicável 1 - A escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria deve observar o regime previsto no Código dos Contratos Públicos.

⁷⁶⁸Cf. Art.31.1- do Decreto-Lei Português nº 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

⁷⁶⁹Lei Brasileira 11.079/2004: Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...).

⁷⁷⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.454.

⁷⁷¹FONSECA, Isabel Celeste - Dos (novos) procedimentos de formação dos contratos públicos: a escolha estratégica, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-151. p.119.

⁷⁷²OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.287.

⁷⁷³GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.118.

⁷⁷⁴VAZ, Tânia Patrícia de Lara - Os incentivos em contratos públicos de obras e serviços: a perspectiva da law and economics, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp. 1319-1387. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1319_1387.pdf.p.1367.

⁷⁷⁵ LOPES, Jorge Faria - A regulamentação da fase de planeamento da contratação pública: reflexões sobre o regime legal e as orientações do direito europeu, *Revista digital de Derecho Administrativo*, N 25, primer (2021), pp. 255-284. p.257.

⁷⁷⁶*Idem, ibidem*. p.262.

feitura de consultas ao mercado, medida expressamente prevista na Diretiva 2014/24/EU como forma de informar os operadores econômicos dos planos em realizar a contratação pública e de quais serão os seus requisitos⁷⁷⁷.

No Brasil, por outro lado, apesar da doutrina comumente não se preocupar tanto com a fase de planeamento, a própria lei que regula as Parcerias Público-Privadas traz algumas medidas que devem ser tomadas antes da abertura do procedimento licitatório⁷⁷⁸, como, por exemplo, a submissão da minuta do edital à consulta pública, o que também, tal como na União Europeia, servirá para preparar os futuros interessados em contratarem com o Poder Público.

No que diz respeito à execução das Parcerias Público-Privadas, um ponto ganha importância para a referida tese, qual seja: a reposição do equilíbrio econômico-financeiro e a consequente renegociação do contrato, algo comum de acontecer nas PPPs de longa duração⁷⁷⁹. A importância para o nosso estudo do referido ponto se dá porque a referida questão poderá ser, tal como será estudado no capítulo III, objeto de uma arbitragem.

Nesse sentido, a legislação Portuguesa traz a necessidade da formação de uma comissão de negociação para analisar a proposta de renegociação realizada pelo serviço ou entidade que representa o Poder Público visando a distribuição de benefícios ou o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro⁷⁸⁰, cabendo à referida comissão, após as negociações, apresentar uma proposta de decisão ao Governo responsável⁷⁸¹, que terá 30 dias para decidir⁷⁸². Concordando o parceiro com o decidido, não haverá o que se falar em um conflito. Entretanto, não sendo esse o caso e existindo convenção de arbitragem no contrato, deverá o parceiro privado buscar dar início ao procedimento arbitral tal como se estuda na presente tese doutoral.

No Brasil, por outro lado, não existe quanto ao tema abordado no parágrafo anterior uma regulamentação específica na Lei das Parcerias Público-Privadas, o que remete os parceiros para a Lei

⁷⁷⁷Diretiva 2014/24/EU: Artigo 40. Consulta preliminar ao mercado Antes da abertura de um procedimento de contratação, as autoridades adjudicantes podem realizar consultas ao mercado, a fim de preparar esse procedimento e de informar os operadores econômicos dos seus planos de contratação e respetivos requisitos.

⁷⁷⁸Art. 10. Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

⁷⁷⁹CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.467.

⁷⁸⁰Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 21º Distribuição de benefícios, reposição de equilíbrio financeiro e renegociação de contrato 1 - Quando, nos termos de contrato de parceria já celebrado, se verificarem ou sejam invocados factos suscetíveis de fundamentar uma partilha de benefícios, ou a sua integral atribuição ao parceiro público, a reposição de equilíbrio financeiro ou a renegociação do contrato, deve ser constituída uma comissão de negociação para o efeito.2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o serviço ou entidade que representa o parceiro público deve apresentar ao membro do Governo responsável pela área do projeto uma proposta, devidamente fundamentada, indicando, nomeadamente, os fundamentos para o início do processo negocial e os objetivos que se pretendem alcançar.

⁷⁸¹Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 23º 1 - A comissão de negociação, ouvido o órgão de gestão da entidade pública interessada, quando for o caso, submete à consideração dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa um relatório fundamentado sobre os resultados do processo negocial, com uma proposta de decisão.

⁷⁸²Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 23º 3 - Os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa decidem quanto à aprovação do relatório, mediante despacho a emitir no prazo de 30 dias a contar da receção do mesmo.

Geral de Licitações e Contratos Públicos do Brasil, atualmente a lei 14.133/21, que prevê a necessidade de restabelecimento no contrato do equilíbrio econômico-financeiro em virtude de fatos supervenientes, o que pela referida lei deve ser feito por meio de acordo entre as partes⁷⁸³. O referido acordo pode ser feito por intermédio das formas autocompositivas que serão estudadas no tópico 2.6 da presente tese e, caso não haja consenso e exista convenção de arbitragem, o litígio deverá ser resolvido por meio da instauração de procedimento arbitral tal como se estuda na presente tese.

Por fim, um ponto ganha destaque no regime jurídico das Parcerias Público-Privadas, qual seja: a repartição dos riscos, que, em face da sua importância, será objeto de estudo em separado no próximo tópico.

1.7.10 Repartição dos riscos

Possivelmente, a principal característica das Parcerias Público-Privadas é a repartição dos riscos inerentes à prestação do serviço realizado ou da obra pública a ser construída entre o Poder Público contraente e o parceiro privado contratado⁷⁸⁴, é a chamada de afetação dos riscos⁷⁸⁵, o que deve ser feito por meio do “cálculo do risco transferível”⁷⁸⁶, que envolve metodologias da economia e das finanças⁷⁸⁷, que estão além dos objetivos do presente estudo.

A presente questão ganha contornos alargados para a presente investigação doutoral devido ao fato de existirem muitos riscos envolvidos em um contrato de Parceria Público-Privada, sendo esses riscos de ordem comercial, como os riscos técnicos e de construção; de ordem financeira, como a variação das taxas de juros e a inflação; de ordem exógena, como as catástrofes e os fenômenos naturais e até mesmo de ordem política e legal⁷⁸⁸, como a mudança do viés ideológico com a eleição de um novo governante, podendo os riscos, ainda, decorrerem simplesmente da alteração na legislação vigente, como, por exemplo, com a previsão de novos requisitos legais para o exercício de determinada atividade ou para construção de determinada obra.

⁷⁸³Lei Brasileira 14.133/2021: Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo entre as partes: d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

⁷⁸⁴Essa é a realidade do Brasil, de Portugal e de diversos Estados. A título comparativo, no Equador a repartição dos riscos é considerada a principal diferença entre as Parcerias Público-Privadas e as concessões. (Cf. p.27. CEVALOS, Luis Antônio Acilvar - *La asociación público-privada en el Gobierno Autónomo descentralizado del Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí como alternativa en la ejecución de obra pública y/o prestación de servicios*, 2020, trabalho de titulação, Universidade de Guayaquil, Guayaquil. p.27.

⁷⁸⁵SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.55.

⁷⁸⁶*Idem, ibidem*. p.117.

⁷⁸⁷DOURADO, Pablo Zuniga - O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP), *R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, Ano 32, N 1 (2020). pp.82-98. p.94.

⁷⁸⁸FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro - *Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes*, 2004, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga.p.104.

Além desses mencionados acima, também existe o risco em causar um dano para os particulares no decorrer da prestação do serviço público ou da realização da obra pública, o que pode vir a implicar na necessidade de reparações no âmbito da responsabilidade civil, o que traz a possibilidade de se definir em um contrato de Parceria Público-Privada que o risco por um dano causado a um terceiro fique como uma das partes que tenha maior possibilidade de assumir o mesmo⁷⁸⁹.

QINGBIN CUI e JAY K. LINDLY afirmam que o principal risco em uma Parceria Público-Privada seria o da entidade privada falhar na sua obrigação e não terminar a obra ou o serviço⁷⁹⁰. Entretanto, não concordamos com os referidos autores, pois a possibilidade ventilada pode até ser um receio do parceiro público, mas não deve ser tratado como um risco, pois devem ser tomadas todas as cautelas necessárias, ainda na fase de seleção pública, para a contratação de empresas privadas com saúde financeira para o cumprimento do pactuado.

Outrossim, quando a Administração Pública presta um serviço diretamente sem ser por intermédio de uma entidade delegada, os riscos ficam com o próprio Poder Público, diferentemente de quando existe uma delegação de um serviço público para a iniciativa privada, situação na qual o risco normalmente é assumido pelo ente privado.

Desse modo, na Parceria Público-Privada haveria um meio-termo entre essas duas situações⁷⁹¹ mencionadas no parágrafo anterior.

No Brasil, por expressa previsão legal, também são incluídos na referida repartição os riscos extraordinários, ou seja, os que “incluir caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”⁷⁹², que se diferenciam dos riscos ordinários, que seriam aqueles inerentes à atividade que está sendo realizada.

Já em Portugal, a repartição dos riscos é extremamente clara⁷⁹³, pois a lei expressamente afirma que os riscos devem ser repartidos conforme a capacidade de cada um, no caso, o parceiro público e o parceiro privado, mas que o contrato inerente à parceria realizada deverá prever uma

⁷⁸⁹SOUZA, Rodrigo Pagani de - Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil contratual do Estado brasileiro, In GOMES, Carla Amado *Et al*, *III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.6-43. p.37.

⁷⁹⁰CUI, Qingbin; LINDLY, Jay K - *Evaluation of Public Private Partnership Proposals*, UTCA Report Number 08402: Alabama, 2010. p.8.

⁷⁹¹FRANÇA, Maria Adelaide de Campos - *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos*, 2011, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.p.74.

⁷⁹²Lei brasileira 11.079/2004: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

⁷⁹³NUNES, Andreia dos Santos Ramos Afonso de Matos Morais - *Eficiência e produtividade nas unidades hospitalares em Portugal: análise comparada dos regimes PPP e E.P.E.* 2020, Tese de doutoramento. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. p.33.

significativa e efetiva transferência dos riscos para o parceiro privado⁷⁹⁴, incluídos os danos decorrentes de força maior, devendo, no entanto, a dita transferência ser equilibrada para o parceiro privado efetivamente conseguir arcar com a mesma⁷⁹⁵.

No Brasil, adotando o entendimento que LEONARDO MELHORATO GRILO defendeu em sua tese de doutoramento no sentido de que um dos princípios básicos da alocação de serviços é de que os riscos devem ficar com quem tem maior capacidade de os absolver⁷⁹⁶, a legislação permite a distribuição dos referidos riscos por meio de previsão contratual, existindo estudos no sentido de que, por exemplo, os parceiros privados absorvem melhor os riscos comerciais e o Poder Público absorve melhor os riscos políticos e legais⁷⁹⁷, algo natural tendo em vista que as atividades comerciais são ordinariamente realizadas pela iniciativa privada e as questões políticas e as feitura das leis envolvem primordialmente agentes públicos concursados ou eleitos pela população para o exercício de um mandato.

Nesse sentido, MARCOS BARBOSA PINTO, também adotando a tese de que os riscos devem ficar com quem tem maior capacidade de os absorver, defende que o caso fortuito e a força maior devem ficar com o parceiro privado quando existir previsão de seguros para a sua cobertura⁷⁹⁸.

No mais, conforme se pode perceber, encontramos uma diferença quanto ao presente ponto entre Brasil e Portugal, uma vez que no Brasil os danos decorrentes de força maior devem ser repartidos, ao menos na teoria, de forma proporcional, enquanto que em Portugal eles devem ser repartidos, porém devem ficar preferencialmente sob a responsabilidade do parceiro privado, possivelmente porque os mesmos ordinariamente possuem mais expertise em evitar os efeitos decorrentes da referida espécie de riscos em virtude das atividades que já realizam ordinariamente.

Ademais, Portugal também tem uma peculiaridade inexistente no Brasil que é a possibilidade de partilha também dos benefícios quando o contratante receber um acréscimo fora do normal e que

⁷⁹⁴Decreto-Lei Português: 111/2012: Art. 7.º A partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente e obedece aos seguintes princípios: 1 - A partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente e obedece às seguintes regras: a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos; b) O estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado; c) A criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada; d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.

⁷⁹⁵RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.p.414.

⁷⁹⁶GRILO, Leonardo Melhorato, *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. p.51.

⁷⁹⁷FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro - *Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes*, 2004, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga.p.104.

⁷⁹⁸PINTO, Marcos Barbosa - *Repartição dos Riscos nas Parcerias Público-Privadas*, *Revista do BNDES*, N 25 (2006), pp.155-182. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/921.13>. p.173.

não estava previsto e não decorrente da eficiência da sua própria gestão⁷⁹⁹. Acharmos a referida possibilidade muito interessante, pois é uma questão de justiça se repartir os benefícios extraordinários tal como se reparte os riscos.

A questão estudada neste tópico é extremamente relevante para a presente pesquisa, pois um dos conflitos que pode vir a existir diante de uma Parceria Público-Privada é justamente a medida da responsabilidade de cada um, ente público e privado, quando diante da necessidade de assumir os ônus existentes em cada caso concreto, até mesmo em virtude da abertura das legislações para se definir no contrato de concessão de uma PPP qual vai ser a porcentagem de risco de cada pactuante⁸⁰⁰, o que dá margem, caso o contrato não seja claro, para a existência de dúvidas passíveis de gerar litígios resolvidos ou pelo Poder Judiciário ou por um árbitro, a depender do que está previsto no contrato que deu ensejo à PPP. O mesmo podendo acontecer em Portugal no caso da repartição dos benefícios.

Além disso, mesmo que o contrato não traga qualquer obscuridade, é possível que as peculiaridades de cada caso concreto possam gerar dúvidas e, conseqüentemente, litígios entre o Poder Público e o parceiro privado no que diz respeito à extensão da responsabilidade cada um, dúvidas essas que podem só ser resolvidas muitas vezes por meio da nomeação de um perito especializado nomeado em um procedimento ou arbitral ou judicial.

Outra questão relevante acerca do ponto em questão é que a previsão contratual da divisão dos riscos pode direcionar a atuação do próprio parceiro privado, que, a depender da forma como o risco for distribuído, poderá vir a ser mais eficiente na prestação do serviço público⁸⁰¹.

Além disso, o modo como a repartição dos riscos está prevista no instrumento convocatório (edital ou anúncio) do procedimento de seleção prévio pode vir a atrair mais ou menos entidades privadas para participar do certame, influenciado na qualidade das propostas apresentadas, seja no aspecto técnico seja no aspecto econômico e colaborando dessa forma com o princípio da competitividade, que é um dos princípios da licitação no Brasil⁸⁰² e também objeto de preocupação do Direito Europeu da Contratação Pública⁸⁰³. Nesse diapasão, como lembra MARIA ADELAIDE DE CAMPOS

⁷⁹⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 341.º Partilha de benefícios 1 - Nos contratos que configurem uma parceria público-privada, sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o cocontratante e o contraente público.

⁸⁰⁰PINTO, Marcos Barbosa - Repartição dos Riscos nas Parcerias Público-Privadas, *Revista do BNDES*, N 25 (2006), pp.155-182. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/921.13>.

⁸⁰¹*Idem, ibidem*, p.160.

⁸⁰²GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, 17ªed, São Paulo: Saraiva, 2012.p.626.

⁸⁰³Nesse sentido, a Diretiva 2014/24/EU traz em seus considerando a preocupação com a competitividade quando, por exemplo, no considerando 83 afirma: "A imposição de requisitos demasiado exigentes em termos de capacidade econômica e financeira constitui frequentemente um obstáculo injustificado à participação das PME nos contratos públicos". Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>.

FRANCA em tese de doutoramento sobre o tema,⁸⁰⁴ a repartição dos riscos também é uma forma de atrair nas empresas do setor privado o interesse em contratar com o Poder Público em virtude de uma maior estabilidade, o que é uma questão extremamente relevante no meio empresarial.

No mais, conforme vai ser estudado no último capítulo, seja no Brasil seja em Portugal, quando o Poder Público repassa a prestação de um serviço público ou de uma obra pública para a iniciativa privada, a responsabilidade civil pelos danos causados a particulares é do parceiro privado, especificamente no que tange a execução da obra. Entretanto, em se tratando de um serviço público ou de uma obra pública realizada por meio de uma Parceria Público-Privada, o referido dano deverá, em face da repartição dos riscos, ser dividido entre o Poder Público e o ente privado nos termos do contrato público realizado, existindo uma responsabilidade solidária entre os pactuantes, porém a referida responsabilidade deverá seguir os termos pactuados no contrato, não sendo uma responsabilidade solidária comum, na qual todos respondem igualmente por todos os danos causados e no qual é assegurado uma ação de regresso por parte de quem arcou por completo com o ressarcimento do dano em desfavor da outra pessoa igualmente responsável. Desse modo, em uma Parcerias Pública-Privada, caso o Poder Público, eventualmente, arque inteiramente com o valor da indenização, o agente público responsável deverá obrigatoriamente entrar com ação de regresso em desfavor do parceiro privado para que ele pague o valor da indenização até o limite de sua responsabilidade prevista no contrato e que não será necessariamente igual.

Além disso, caso o agente público responsável não entre com a dita ação de regresso dentro do prazo prescricional, ele poderá ser pessoalmente responsável pelo pagamento da dívida, bem como sofrer as sanções penais e administrativas cabíveis em virtude da ofensa ao princípio da indisponibilidade, existindo expressa previsão nesse sentido na legislação portuguesa⁸⁰⁵. Especificamente no Brasil, ainda haverá a possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa em virtude do dano causado ao erário⁸⁰⁶.

De qualquer forma, ainda que haja uma repartição dos riscos nos contratos de Parcerias Público-Privada, o ideal é buscar uma diminuição ou até mesmo uma eliminação deles, por meio do “desenvolvimento de um plano de gestão de riscos”⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴FRANÇA, Maria Adelaide de Campos - *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos*, 2011, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p.113.

⁸⁰⁵Lei Portuguesa 67/2007. Art.6º. Direito de Regresso. 1 - O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

⁸⁰⁶Lei brasileira 8429/92(Lei de Improbidade): Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...).

⁸⁰⁷SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.62.

Diante dessa situação, a legislação brasileira traz uma série de garantias que poderão vir a ser adotadas no contrato de Parceria Público-Privada⁸⁰⁸ por meio de previsão no contrato público a vir a ser pactuado, como forma de diminuir os riscos para todos os envolvidos no contrato e na obra ou serviços a vir a ser realizada.

Em Portugal, as garantias podem ser contratuais ou financeiras, sendo as primeiras as previstas em cláusulas dos contratos e as segundas as que se dão por meio apoio financeiro direto⁸⁰⁹.

No mais, a partir do momento em que há uma repartição dos riscos, as referidas garantias acabam vindo por atender tanto o interesse público como o interesse do parceiro privado, uma vez que ambos serão assegurados por elas, seja diretamente seja indiretamente.

Por fim, importante mencionar que uma repartição dos riscos exitosa é essencial para garantir que o serviço ou a obra pública a ser realizada por meio de uma Parceria Público-Privada venha a atender aos interesses da sociedade, pois tanto o parceiro público como parceiro privado irão procurar tomar todas as medidas necessárias para evitar os riscos que estão sujeitos, o que, inevitavelmente, passa pela prestação de um serviço e pela realização de uma obra pública com qualidade.

1.7.10.1 Riscos da demanda

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES traz uma discussão importante no que diz respeito ao chamado risco da demanda⁸¹⁰, que é a imprevisibilidade de quantas pessoas irão usar e pagar pelo serviço público a ser prestado, existindo nesse sentido uma preocupação dos parceiros privados em relação a como eventuais recessões econômicas irão influenciar a utilização dos serviços por parte da população⁸¹¹, sendo o risco em questão comum nos contratos de longo prazo⁸¹².

No mais, para as empresas privadas a expectativa de quantos clientes vão utilizar o serviço é de extrema importância, pois a clientela representa a fonte de receita que vai viabilizar os seus objetivos financeiros⁸¹³. Sendo essa uma lógica do mercado que possui influência em uma Parceria Público-Privada, uma vez que o parceiro privado, conforme já visto, tem como objetivo principal o lucro.

Outrossim, uma discrepância entre a quantidade de usuários estimada e a real pode gerar conflitos entre o parceiro público e o parceiro privado em uma Parceria Público-Privada acerca de uma

⁸⁰⁸Lei Brasileira 11.079/2004: Art. 8- As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

⁸⁰⁹CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.404.

⁸¹⁰GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.341.

⁸¹¹GRILLO, Leonardo Melhorato. - *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. p.63.

⁸¹²CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.69.

⁸¹³KAPLAN, Robert S.; NORTON, David - *A estratégia em ação: balanced scorecard*, Rio de Janeiro: Campus, 1997. p.67.

eventual necessidade de repactuação contratual para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, tal como aconteceu em Portugal com algumas concessões rodoviárias portuguesas, que acabaram sendo objeto de processos de arbitragem justamente para discutir a situação em testilha⁸¹⁴.

Em situação semelhante, MOHSIN ALI SOOMRO e XUEQING ZHANG, em artigo analisando as falhas de algumas PPPs, mencionam o caso da ponte Tha Ngone, localizada no Laos, onde a demanda de usuários não foi o suficiente para suprir as expectativas da concessionária, uma empresa australiana, tornando-se necessário uma repactuação contratual para aumentar o valor do pedágio, que acabou ficando em um valor inacessível para os usuários, implicando na extinção da concessão, com o Poder Público acabando por assumir a administração da ponte⁸¹⁵.

Naturalmente, qualquer prestação de serviço público ou realização de obra pública do qual vá se cobrar uma tarifa do usuário deve ser antecedida de um planejamento e de pesquisas buscando prever qual é a possível demanda reprimida de usuários necessitados da prestação do serviço ou do uso do bem resultado da obra e qual é o valor a ser cobrado que efetivamente poderá vir a ser pago pelos interessados, evitando-se o esvaziamento na prestação dos serviços públicos e o desperdício desnecessário de recursos públicos, bem como para garantir ser a população efetivamente contemplada com a obra ou serviço realizados, uma vez que, conforme diz CLÉZIO SALDANHA DOS SANTOS, o planejamento por parte do Poder Público deve ser a primeira função administrativa, devendo servir como base para todas as demais⁸¹⁶, tendo em vista que, tal como leciona SAULO LINDORFER PIVETTA, o planejamento não se resume à organização de questões econômicas, mas sim a uma vinculação da própria concepção democrática, sendo extremamente relevante na criação de políticas públicas voltadas para a garantia dos direitos fundamentais⁸¹⁷.

Desse modo, deve ser realizada nas Parcerias Público-Privadas a chamada “Due Diligence”, que representa a avaliação dos gastos e dos proveitos estimados em um investimento⁸¹⁸.

Nesse sentido, SÔNIA ARAÚJO e DOUGLAS SUTHERLAND defendem o uso das Parcerias Público-Privadas apenas em situações nas quais existe de forma potencial um maior interesse da população

⁸¹⁴LOUSA, Nuno Ferreira - Anotação ao acórdão proferido no processo Brisal vs. Estado Português: a introdução de postagens nas vias SCUT, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 30-35. p.30/31.

⁸¹⁵SOOMRO, Mohsin Ali; ZHANG, Xueqing - An analytical review on transportation public private partnerships failures, *International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology*, V 2, (2011). pp.62-80. Disponível em <https://Publisher.uthm.edu.my/ojs/index.php/IJSCET/article/view/158/251>. p.68.

⁸¹⁶SANTOS, Clézio Saldanha dos. *Introdução à Gestão Pública*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2015.p.61.

⁸¹⁷PIVETTA, Saulo Lindorfer - Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídicos administrativos, In MARRARA, Thiago, *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.461-372. p.474.

⁸¹⁸SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.201.

em arcar com os custos delas, como acontece, por exemplo, nas questões envolvendo lazer e habitação⁸¹⁹.

Entretanto, ainda que se tenha uma estimativa, é possível que os valores pagos pelos usuários, mesmo quando somados ao aporte pago pelo próprio Poder Público, não sejam suficientes para remunerar o parceiro privado, pois uma série de fatores pode fazer a previsão de usuários não se concretizar, como crises econômicas, eventos naturais e até mesmo novas tecnologias que façam a população perder o interesse em usufruir determinado serviço público, como, por exemplo, tende a acontecer com o serviço público de transporte individual de passageiros realizados por meio dos táxis, que já vem sofrendo grande diminuição com o aumento de aplicativos oferecendo o mesmo serviço em diversos Estados, incluído Brasil e Portugal, o que nos faz acreditar que, com o tempo, não existirão mais permissões para realização da atividade dos taxistas, sendo essa última, no nosso entendimento, uma profissão em extinção⁸²⁰.

Questões políticas também podem influenciar na demanda de determinado serviço público, pois, com a mudança de um governo, é possível que se mudem também as políticas públicas, esvaziando alguns serviços prestados em consonância com uma política pública que não é mais prioritária para um novo grupo político que assume o poder. Além disso, as políticas econômicas, que são as decisões de cada governo no que diz respeito ao controle e regulação da economia⁸²¹, também podem interferir na demanda de determinado serviço.

Assim, urge a necessidade de que o contrato público, na cláusula que trata especificamente da repartição dos riscos, preveja quem vai ser o responsável pelos riscos da demanda.

O problema na repartição dos riscos da demanda se dá principalmente para o Poder Público, devido ao fato dele dever ter uma previsibilidade fiscal em decorrência de determinações contidas em suas leis orçamentárias seja no Brasil seja em Portugal, até mesmo como forma de preservar o princípio da economicidade e o princípio da programação orçamentária⁸²².

Desse modo, a solução sugerida por FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, a qual concordamos, é a de efetivamente repartir esse risco nas Parcerias Público-Privadas, porém o Poder Público arcaria até um limite máximo previamente estipulado e que se encaixe dentro do orçamento legalmente previsto⁸²³, arcando o parceiro privado com o prejuízo que ultrapasse o referido teto.

⁸¹⁹ARAÚJO, Sônia; SUTHERLAND, Douglas - Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure, *Economics Department Working Papers - OECD Publishing*. N 803 (2010), pp.1-41. Disponível em <https://doi.org/10.1787/18151973.p.32>.

⁸²⁰CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão - Política Pública de transporte individual de passageiros: Uber X Taxi, In SALLES, Denise N.N; SILVA, Rogério Borba; TREMEL, Rosângela; PEREIRA, Thiago Rodrigues, *Perspectivas sobre Políticas Públicas*, Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. pp.19-30. p.28.

⁸²¹JUNIOR, Antônio Barbosa Lemes; RIGO, Cláudio Miessa; CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. - *Administração Financeira: princípios, fundamentos e práticas brasileiras*, 4ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.p2.1.

⁸²²SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 43ªed, Malheiros: São Paulo, 2020. p.753.

⁸²³GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.344.

Por outro lado, a definição sobre o risco da demanda é um fator que pode influenciar entidades da iniciativa privada a possuírem ou não interesse em realizar parcerias com o Poder Público, tornando-se necessária a busca de mecanismos que passem uma certa segurança para o ente privado pactuante de uma Parceria Público-Privada, até mesmo porque as atividades empresariais também exigem um planejamento prévio para que possam obter sucesso.

Entretanto, não se é recomendável excluir os parceiros privados por completo do risco da demanda, deixando com eles outras espécies de riscos. Caso assim aconteça, faltará aos parceiros privados estímulo para a prestação de um serviço com uma melhor qualidade de forma a atrair mais usuários interessados em usufruir do mesmo⁸²⁴, podendo fazer com que os parceiros privados acabem prestando um serviço de forma defeituosa⁸²⁵. Nesse sentido, em investigação sobre o presente ponto, LAURE ATHIA afirma que as preferências dos usuários do serviço público são mais respeitadas quando o risco da demanda fica com o parceiro privado por aumentar o incentivo para esse último agir de forma mais produtiva⁸²⁶.

Quanto à presente questão, MARCOS BARBOSA PINTO defende a necessidade de ser analisado se a ação de algum dos parceiros pode gerar alguma influência na demanda, devendo o risco ficar com quem realmente pode influenciar nesse ponto, como, por exemplo, no caso de um transporte ferroviário no qual o parceiro privado seja o responsável pela venda das passagens, situação na qual o mesmo deve ficar com o risco da demanda⁸²⁷.

Nesse diapasão, também procurando achar soluções para o problema cá levantado, os economistas LUIZ BRANDÃO e EDUARDO SARAIVA propõe uma metodologia na qual, sem prejuízo do limite máximo acima sugerido, o Poder Público garanta um piso, um pagamento mínimo, no qual, caso a demanda não seja o suficiente para cobrir os gastos e uma certa margem de lucro para o parceiro privado, seja o mesmo compensado pelo investimento por meio de um complemento estatal⁸²⁸.

Achamos que a conjunção das duas alternativas acima é uma forma de viabilizar a repartição dos riscos da demanda nas Parcerias Público-Privadas, devido ao fato do Poder Público poder ter a previsão fiscal do máximo que poderá vir a arcar e o parceiro privado poder vir a ter a previsibilidade do mínimo que irá receber, preparando-se antecipadamente para honrar os seus compromissos. Além disso, haveria o estímulo para a prestação de um serviço público de qualidade devido ao fato de o

⁸²⁴GRILLO, Leonardo Melhorato, *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. p.118.

⁸²⁵SANT' ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018.p120.

⁸²⁶LAURE, Athias - Responsabilité politique et design contractuel des Partenariats Public Privé, *Revue économique*, V 60(4) (2009), pp.1011-1021. p.1020.

⁸²⁷PINTO, Marcos Barbosa - Repartição dos Riscos nas Parcerias Público-Privadas, *Revista do BNDES*, N 25 (2006), pp.155-182. Disponível em <https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/handle/1408/921.13.p.171>.

⁸²⁸BRANDÃO, Luiz. E.T.; SARAIVA, Eduardo C.G - Risco privado em infra-estrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos, *Rev. Adm. Pública*, V 41, N 6, (2007), pp.1035-1067. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6617/5201>. p.1047.

parceiro privado sempre ter o interesse em receber valores acima do mínimo estipulado por meio da atração de mais usuários.

De qualquer forma, a principal maneira de evitar os riscos da demanda ainda passa pelo acerto dos Administradores Públicos no momento de escolher quais os serviços serão ofertados à população e de quais obras públicas serão realizadas, implicando em efetivamente oferecerem e construir os bens e serviços que estejam de acordo com os anseios e as necessidades da sociedade de um modo geral, alcançando, dessa forma, o interesse público primário.

Além disso, também se faz necessária uma maior responsabilidade dos governos eleitos em não mudarem de forma abrupta políticas públicas em andamento, influenciando negativamente na demanda de serviços públicos ou de obras públicas que estão sendo realizadas em parceria com a iniciativa privada, o que, infelizmente, não é uma realidade, pois, muitas vezes, quando um grupo político é sucedido em um governo por outro grupo político de ideologia contrária, acaba-se havendo uma interferência nos serviços público, bem como nas obras públicas, em andamento.

Enfim, como já mencionado nesta tese de doutoramento, a opção por realizar um serviço público de forma direta ou indireta não deve ser feita com viés ideológico e sim sempre buscando atingir os anseios da sociedade, o mesmo acontecendo com a escolha da melhor forma para se realizar uma obra pública.

A cautela cá mencionada é uma forma não só de evitar a criação de gastos públicos desnecessários, mas também de não trazer prejuízos para o parceiro privado passíveis de o inviabilizar economicamente, uma vez que a manutenção da saúde financeira das empresas é uma questão também de interesse da sociedade, tendo em vista a geração de empregos e o fomento da economia que as mesmas proporcionam, sendo por esse motivo que existem mecanismos tanto da legislação brasileira como na legislação portuguesa, como a recuperação judicial de empresas²²⁹, para ajudarem os empresários por meio dos incentivos legais a se recuperarem e voltarem a operar normalmente no mercado quando estiverem passando por uma dificuldade financeira que seja comprovadamente contornável.

1.7.11 Experiências de Parcerias Público-Privadas

Tanto em Portugal como no Brasil as Parcerias Público-Privadas são primordialmente usadas na construção e manutenção de estradas, o que, conforme afirmado acima, colabora com o direito

²²⁹Em Portugal a recuperação judicial de empresas é regulamentada pelo decreto-lei 53/2004(Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas) e no Brasil ela é regulamentada pela lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária e que sofreu recente alterações pela lei 14.112/2020.

fundamental de deslocação, corolário do direito de ir e vir, possuindo o referido direito, como afirmam LILIANA CUNHA e MARIANNE LACOMBLEZ, uma missão “igualitarista e redistributiva, pois restaura a igualdade dos cidadãos, no domínio do direito à mobilidade”⁸³⁰.

Além disso, a ampliação da malha viária colabora com o desenvolvimento nacional, pois permite o escoamento de bens e produtos para localidades diversas dentro de um Estado e também para o deslocamento internacional, o que ganha importância dentro de um cenário de integração econômica, como existe de forma consolidada na Europa e de forma embrionária na América do Sul, gerando, conforme também já mencionado na presente investigação, um benefício para a toda a população pela referida espécie de obra, ainda que indireto.

No mais, a ampliação e a manutenção de estradas é questão de preservação da vida das pessoas, uma vez que evita acidentes, o que, infelizmente, é uma realidade muito constante nas estradas brasileiras e acontece, ainda que em menor proporção, nas estradas portuguesas, sendo a redução de sinistro uma das vantagens detectadas pelo Tribunal de Contas Português-TCP no passado para o uso de Parcerias Público-Privadas na construção de estradas⁸³¹. Os acidentes rodoviários são uma realidade mundial, com mais de um milhão de mortes acontecendo todos os anos no mundo em decorrência da referida espécie de sinistro, incluindo uma grande percentagem de acidente envolvendo apenas pedestres (peões)⁸³².

Desse modo, no Brasil se tornou cada vez mais comum o parceiro privado assumir a construção ou reforma e, em seguida, a manutenção da estrada, sendo remunerado por meio da cobrança de pedágio com o recebimento de um adicional pago pelo Poder Público, ou seja, elas são realizadas por meio de uma concessão na modalidade patrocinada.

Também como forma de ampliar o direito de ir e vir das pessoas, é muito comum tanto em Portugal como no Brasil o uso de Parcerias Público-Privadas para construções e ampliação dos metrô e do transporte público de um modo geral sem que se faça necessária a ampliação excessiva dos valores das tarifas, o que também poderia gerar consequências de ordem negativa no aspecto político, mais especificamente na imagem dos governantes, o que não deveria ser um critério para definir políticas públicas, mas na prática acaba vindo a ser.

⁸³⁰CUNHA, Liliana; LACOMBLEZ, Marianne - Estudos de Caso: Mudanças no sector dos transportes em Portugal: que caminhos para a actividade de serviço público e para a preservação do interesse geral? *Revista Labor Real*, V II, N 2 (2006), pp.26-37. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bistream/10216/546.0>. p.28.

⁸³¹SARMENTO, Joaquim Miranda - Parcerias Público-Privadas - Auditoria nas parcerias público-privadas: o caso do Tribunal de Contas de Portugal, *Revista TCEMG*, V 33, N 2. (2015), p.20-30. Disponível em <https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/article25>. p.24.

⁸³²BARON, Leidy; COSTA; Jocilene Costa; JACQUEEs, Maria Alice Prudêncio; FREITAS, Elisabete; FARI, Susana - Identificação das variáveis associadas à infraestrutura rodoviária, à infraestrutura pedonal e ao ambiente construído com influência no número de atropelamentos na zona urbana, *9º Congresso Rodoviário Português*, Lisboa, 2019. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/hangl/1822/6086>

No mais, foi justamente a área de transportes o setor no qual Portugal mais investiu em Parcerias Público-Privadas, o que é uma decorrência, principalmente, do aumento de autoestradas no solo português, que só entre os anos de 1990 e 2007 cresceu 726.9%, sendo o segundo maior crescimento no período em toda a União Europeia na referida área, ficando atrás apenas da Irlanda⁸³³.

Outra situação de uso de Parcerias Público-Privadas, conforme já mencionado neste mesmo capítulo tanto em Portugal como no Brasil, acontece quando os referidos Estados sediam grandes eventos, tal como aconteceu na Eurocopa de 2004 em Portugal⁸³⁴ e na Copa do Mundo de 2014 no Brasil, que teve cinco dos seus doze estádios (Belo Horizonte, Fortaleza, Natal, Recife e Salvador) construídos ou reformados por meio de Parcerias Público-Privadas⁸³⁵.

No caso dos estádios de futebol, as Parcerias Público-Privadas foram utilizadas não só pelos gastos excessivos em se construir ou reformar uma arena de futebol, mas também por se tratar de uma área com facilidade de atrair investimentos internacionais⁸³⁶, diante da grande paixão dos portugueses e brasileiros pelo futebol, o que gerou na ocasião uma expectativa para os parceiros privados de que, após os eventos esportivos que justificaram as construções dos referidos estádios, esses últimos iriam ser facilmente explorados economicamente, ainda que não necessariamente essa realidade tenha se concretizado na prática⁸³⁷.

Também já se utiliza ou se discute o uso de Parcerias Público-Privadas na área hospitalar, na área da Justiça e segurança pública e na área de educação pública.

Na área de Justiça e segurança pública, as Parcerias Público-privadas são utilizadas, principalmente, na construção de presídios ou de penitenciárias, realidade muito presente nos Estados Unidos, onde se é comum passar para a iniciativa privada a gestão global dos presídios⁸³⁸.

Atualmente, a legislação portuguesa dá margem para a utilização de Parcerias Público-Privadas para a finalidade acima⁸³⁹, algo que talvez venha a ser ampliado com o tempo como solução para a situação de superlotação na qual se encontram mais da metade das prisões portuguesas, conforme levantamento da Sociedade Portuguesa de Psiquiatria e Psicologia da Justiça⁸⁴⁰.

⁸³³FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro - *Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes*, 2004, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga. p.144.

⁸³⁴TEIXEIRA, Constantino Dias - *Avaliação de Projetos de Investimento Público - Estudo de Caso no Sector dos Resíduos Urbanos em Portugal*, 2015, Tese de doutoramento, Instituto Universitário de Lisboa. p.2.

⁸³⁵REIS, Cláudio José Oliveira dos; CABRAL, Santos - Parcerias público-privadas (PPP) em megaeventos esportivos: um estudo comparativo da provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo Fifa Brasil 2014, *Rev. Adm. Pública*, V 51, N 24 (2017), pp.551-579. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000400551.

⁸³⁶DALONSO, Yoná da Silva; LOURENÇO, Júlia Maria Brandão Barbosa - O Brasil e a Copa Mundo FIFA 2014: um olhar além dos holofotes. *Tourism & Management Studies*, V 1 (2011), pp. 518-528. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/3887/388743867047.pdf>.p.519.

⁸³⁷A título de exemplo, a Arena Pernambuco, situada no estado-membro onde residimos no Brasil, até hoje é subutilizada e, em consequência, deficitária, uma vez que os times da referida localidade possuem estádios próprios e não possuem interesse em levar os seus jogos para o referido estádio.

⁸³⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.73.

⁸³⁹GOMES, Conceição *Et al - Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*. Coimbra: CES, 2007.p.302.

⁸⁴⁰Fonte: <http://www.spppj.com/index.php?sc=vis&id=82&cod=4>.

Dentro da realidade supramencionada, em 2004 foi criado em Portugal, por meio do Decreto-Lei n.º 145/2004, a primeira Parceria Público-Privada Portuguesa na área prisional, no caso, o Estabelecimento Prisional Especial de Santa Cruz do Bispo, no Concelho de Matosinhos, destinado à população reclusa feminina⁸⁴¹.

No Brasil, por outro lado, apesar da lei nacional das Parcerias Público-Privadas não prever expressamente a referida possibilidade, existem em âmbito estadual alguns presídios e algumas penitenciárias construídos por intermédio do instituto em testilha e outros ainda em construção, existindo discussões acerca da adoção do modelo também para os presídios federais⁸⁴².

A adoção do modelo de Parcerias Público-Privadas no Brasil pode vir a ser uma solução para a melhora da situação dos presídios brasileiros, tendo em vista que os mesmos, tal como é público e notório, estão extremamente lotados, repletos de rebeliões e mortes e com grande histórico de violação aos Direitos Humanos, sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal-STF Brasileiro um verdadeiro “estado de coisas inconstitucionais”⁸⁴³ no sistema carcerário brasileiro.

Entretanto, existem alguns autores de Direito Administrativo defendendo a impossibilidade de se utilizar das Parcerias Público-Privadas para a construção de presídios, sob o argumento de se tratar de uma delegação de uma atividade exclusiva do Estado⁸⁴⁴.

Assim, retorna-se a discussão já realizada anteriormente sobre a possibilidade ou não de delegação do Poder de Polícia e mantemos o entendimento também para o presente tema de que são delegáveis os atos do presídio e das penitenciárias de mera gestão administrativa, devendo continuar com o Estado o Poder de Império diante dos custodiados.

Desse modo, a assistência meramente material ao preso, como o fornecimento de vestuário, alimentação e produtos de limpeza, bem como a própria construção do presídio, podem ser delegados, o mesmo não acontecendo com as questões envolvendo execução penal, como, por exemplo, atividade jurisdicional, de segurança e organização do trabalho dos presos⁸⁴⁵, que devem ficar sobre o encargo do Juiz de Execução Penal que tem atribuição no local de jurisdição do presídio, sendo uma questão fora

⁸⁴¹Decreto-Lei Português 145/2004 Artigo 2.º Âmbito e mecanismos de gestão 1 - As funções específicas do Estado relativas à segurança, coordenação do tratamento penitenciário e articulação com os tribunais e demais órgãos e serviços do Estado são exclusivamente asseguradas pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais. 2 - As actividades de apoio à gestão prisional, relativas à logística e prestação de serviços à população reclusa, tais como as de manutenção e conservação de instalações e equipamentos, lavandaria e engomaria, restauração, cantina, assistência médico-sanitária, apoio ao tratamento penitenciário, creche, assistência religiosa e espiritual, ensino e formação profissional, podem ser confiadas a entidades privadas, nos termos que vierem a ser estabelecidos por via de protocolo, acordo ou outra forma de colaboração, a celebrar pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais e sujeito a homologação pelo Ministro da Justiça.

⁸⁴²Possuímos conhecimento das referidas discussões em decorrência da nossa atuação como Defensor Público Federal no Brasil.

⁸⁴³ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal, ADPF 347 MC/DF, Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>.

⁸⁴⁴GOMES, Andréia de Oliveira1 RICCI, Camila Milazotto - Aspectos negativos e positivos da privatização dos presídios brasileiros, Artigo apresentado no 4º *Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais organizado pela COOPEX-Coordenação de pesquisa e extensão do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz*, 2016. Disponível em <https://fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/593705185dbab.pdf>. p. 7.

⁸⁴⁵MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaella - Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação, *Rev. Bras. Polít. Públicas*, V 7, N 1 (2017), pp.304-320. p.307.

das próprias atribuições do próprio Poder Executivo, estando inserida como uma atividade-fim do Poder Judiciário.

A própria fiscalização dos presos deve ser realizada por agentes de Estado, no caso, pelos outrora agentes penitenciários e agora policiais penais no Brasil⁸⁴⁶ e pelos guardas prisionais em Portugal⁸⁴⁷, cujas atribuições previstas em lei não podem ser delegadas para a iniciativa privada.

Na área hospitalar, vários Estados vêm se utilizando das Parcerias Público-Privadas, até mesmo porque, como lembra MARIA JOÃO ESTORNINHO analisando a situação específica de Portugal, a área de saúde e a área de educação são atividades prioritárias que podem ser realizadas indistintamente pela Poder Público e pela iniciativa privada⁸⁴⁸ e no Brasil a própria Constituição da República permite a participação do pessoas jurídicas privadas na prestação do serviço público de saúde⁸⁴⁹.

A título comparativo, no Reino Unido as PPPs na área saúde são conhecidas como “Trust Local Finance”, que é uma parceria que envolvem três pessoas: o Serviço Nacional de Saúde Britânico, o setor privado e as autoridades dos governos locais⁸⁵⁰.

Assim, seguindo o exemplo de alguns Estados, como o Reino Unido acima mencionado, bem como procurando resultados mais eficientes para as unidades hospitalares⁸⁵¹, no início da década de noventa Portugal editou a lei 48/90, a então Lei de Base da Saúde, prevendo a possibilidade do Ministério da Saúde Português contratar entidades privadas de saúde pra garantir o atendimento à

⁸⁴⁶No âmbito federal no Brasil a carreira de agentes penitenciários é regulamentada pela lei 10.693/2003, que prevê o seguinte: “Art. 2º Compete aos ocupantes do cargo de Agente Federal de Execução Penal o exercício das atividades de atendimento, vigilância, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais federais e das atividades de natureza técnica, administrativa e de apoio a elas relacionadas.(Redação dada pela 13.327, de 2016)”. Além dessa lei, cada estado-membro prevê em sua esfera o cargo de agente penitenciário estadual por meio de leis estaduais prevendo atribuições equivalentes aos dos agentes penitenciários federais. Frise-se, entretanto, que todas essas leis, inclusive a federal, vão ter que se adaptar ao novo Texto Constitucional, pois a Emenda Constitucional 104 de 2019 mudou o nome dos agentes penitenciários para Policiais Penais nos seguintes termos: Art. 3º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 144. VI - policiais penais federal, estaduais e distrital. § 5º-A. Às policias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais”.

⁸⁴⁷Em Portugal, os guardas prisionais são regulamentados principalmente pelo Decreto-Lei n.º 3/2014, que é o Estatuto do Corpo da Guarda Prisional e que prevê o seguinte: Artigo 3.º Corpo da Guarda Prisional. 1 - O CGP é constituído pelos trabalhadores da DGRSP com funções de segurança pública em meio institucional, armados e uniformizados, integrados nas carreiras especiais de chefe da guarda prisional e de guarda prisional e que têm por missão garantir a segurança e tranquilidade da comunidade prisional, mantendo a ordem e a segurança do sistema prisional, protegendo a vida e a integridade dos cidadãos em cumprimento de penas e medidas privativas da liberdade e assegurando o respeito pelo cumprimento da lei e das decisões judiciais, bem como pelos direitos e liberdades fundamentais desses cidadãos.

⁸⁴⁸ESTORNINHO, Maria João - *Organização Administrativa da Saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Coimbra: Almedina, 2008. p. 69.

⁸⁴⁹Constituição do Brasil de 1988: Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, **por pessoa física ou jurídica de direito privado**. (Grifos Nossos).

⁸⁵⁰BENNETT, John; IOSSA, Elizabeth - Delegation of Contracting in the Private Provision of Public Services, *Review of Industrial Organization*, N 1, 29.1 (2006), pp.75.92. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/5157329_Delegation_of_Contracting_in_the_Private_Provi_on_of_Public_Services. p.76.

⁸⁵¹MATOS, Andreia Afonso de; NUNES, Alexandre Morais - Gestão hospitalar em Portugal: resultados comparados entre hospitais com gestão pública e em parceria público-privadas, *Rev. Gest. Sist. Saúde*, V 8, N 1 (2019), pp.1-12. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=revista%page=articulo=op=view&path%5B%5D=13674>. p.2.

população quando ficar constatado no caso concreto o melhor custo-benefício da referida opção⁸⁵², o que implicou na criação entre os anos de 1995 e 2001 de algumas experiências de gestão empresarial em hospitais públicos portugueses⁸⁵³, que, no entanto, não obtiveram os resultados esperados⁸⁵⁴, bem como foi realizada a feitura do já revogado Decreto-Lei 185/2002 definindo o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e investimento privados⁸⁵⁵.

Avançando na política supramencionada e dentro do seu chamado 5º ciclo político, que era focado na busca da eficiência na prestação do serviço público⁸⁵⁶, Portugal anunciou em 2002 a construção de dez hospitais através da espécie de concessão cá estudada, com uma peculiaridade que muito aproximava as referidas Parcerias Público-Privadas portuguesas das PPPs brasileiras, qual seja: além de realização da construção, os parceiros privados ficariam responsáveis pela prestação dos próprios serviços clínicos, existindo a delegação ao mesmo tempo da realização da obra e também da prestação do serviço, sendo as PPPs na área de saúde portuguesas para JOAQUIM MIRANDA SARMENTO uma das áreas onde a busca pelo uso do instituto é mais válida em virtude do aumento dos gastos estatais em Portugal com saúde em decorrência de uma série de fatores, como, por exemplo, o aumento da esperança de vidas das pessoas⁸⁵⁷.

Entretanto, a previsão de 10 hospitais em Portugal foi considerada pelo Tribunal de Contas Português uma previsão que se demonstrou manifestamente irrealista⁸⁵⁸ e que encontrou diversas dificuldades no seu início em virtude principalmente da falta da experiência portuguesa com o modelo adotado e na ausência de um projeto-piloto⁸⁵⁹. Como exemplo de consequência dessas dificuldades, o Tribunal de Contas em testilha traz o fato de que em 2003 a previsão era a realização dos 10 concursos para os hospitais previstos, porém o primeiro concurso só aconteceu em 2006 e todos que aconteceram sofreram grandes atrasos⁸⁶⁰.

⁸⁵²Lei Portuguesa 48/90(Revogada). CAPÍTULO II Das entidades prestadoras dos cuidados de saúde em geral BASE XII 3 - O Ministério da Saúde e as administrações regionais de saúde podem contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, e desde que esteja garantido o direito de acesso.

⁸⁵³MATOS, Andreia Afonso de; NUNES, Alexandre Morais - Gestão hospitalar em Portugal: resultados comparados entre hospitais com gestão pública e em parceria público-privadas, *Rev. Gest. Sist. Saúde*, V 8; N 1 (2019), pp.1-12. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=revista%page=article&view&path%5B%5D=13674>. p.4.

⁸⁵⁴NUNES, Alexandre Morais - Rede Hospitalar em Portugal: resultados de diferentes modelos organizacionais, *Revista de Gestão em Sistema de Saúde*, N 9(1) (2020), pp.154-172. p.155. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/revistargss/article/view/13286/8241>.

⁸⁵⁵ESTORNINHO, Maria João - *Organização Administrativa da Saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Coimbra: Almedina, 2008, p.121. Atualmente o decreto-lei que aborda a matéria é o 18/2017, que tem o seguinte teor em seu Sumário: "Regula o Regime Jurídico e os Estatutos aplicáveis às unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde com a natureza de Entidades Públicas Empresariais, bem como as integradas no Setor Público Administrativo".

⁸⁵⁶SIMÕES, Jorge; FRONTEIRA, Inês - Ciclos políticos, em Portugal, e papel do estado e dos setores privado e social, na saúde, *Revista e-Pública*, V 6, N 1. (2019), pp.4-14. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v6n1/v6n1a02.pdf>. p.10.

⁸⁵⁷CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.562.

⁸⁵⁸RELATÓRIO do Tribunal de Contas N.º15/2009AUDIT - *Auditoria ao Programa de Parcerias Público-Privadas da Saúde Primeira vaga de Hospitais*, Lisboa, 2009. p.13.

⁸⁵⁹*Idem, ibidem*. p.13.

⁸⁶⁰*Idem, ibidem*. p.10.

Diante dessa realidade, apenas quatro hospitais em Portugal foram criados nos últimos anos mediante o regime da Parcerias Público-Privadas (Hospital de Cascais, em 2010; Hospital de Braga, em 2011; Hospital de Loures, em 2012 e Hospital de Vila Franca de Xira, em 2013)⁸⁶¹, experiências que adotaram um modelo contratual no qual o parceiro privado fica responsável desde a implementação da infraestrutura até a gestão dos hospitais⁸⁶². Apesar das dificuldades iniciais relatadas, recente relatório do Tribunal de Contas de Portugal constatou que os quatro hospitais acima mencionados geraram poupanças que justificaram o uso do modelo de Parceria Público-Privada⁸⁶³.

Um desses exemplos supramencionados, o Hospital de Braga, inaugurado em 2011 por meio de uma Parcerias Público-Privada entre o Estado de Portugal e o Grupo José de Mello Saúde, atende mais de um milhão de pessoas entre os distritos de Braga e Viana do Castelo⁸⁶⁴.

Outrossim, em 2019, a mencionada Lei Portuguesa 48/90 foi revogada pela lei portuguesa 95/2019, tornando-se essa última a Nova Lei de Base da Saúde Portuguesa. No entanto, a lei atual continua prevendo a possibilidade da contratação de entidades privadas para a prestação de serviços públicos de saúde quando ficar constatado no caso concreto a impossibilidade de o Poder Público realizar o serviço a contento⁸⁶⁵, o que é um reconhecimento da melhoria nos serviços de saúde pública promovidos pela adoção das Parcerias Público-Privadas em Portugal⁸⁶⁶.

No Brasil, o uso de Parcerias Público-Privadas na área de saúde também já é uma realidade e a prestação de serviços públicos de saúde por entidades privadas já foi considerado constitucional pelo STF⁸⁶⁷. Entretanto, a referida prática se dá ainda em pequena quantidade no âmbito apenas dos Estados-membros e dos municípios e não no âmbito federal, não existindo nenhum hospital federal no Brasil realizado por meio de uma PPP.

⁸⁶¹MATOS, Andreia Afonso de; NUNES, Alexandre Morais - Gestão hospitalar em Portugal: resultados comparados entre hospitais com gestão pública e em parceria público-privadas, *Rev. Gest. Sist. Saúde*, V 8; N 1 (2019), pp.1-12. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=revista%page=articulo&path%5B%5D=13674>. p.7.

⁸⁶²NUNES, Andreia dos Santos Ramos Afonso de Matos Morais - *Eficiência e produtividade nas unidades hospitalares em Portugal: análise comparada dos regimes PPP e E.P.E.*, 2020, Tese de doutoramento, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. p.119.

⁸⁶³RELATÓRIO do Tribunal de Contas. Relatório n.º 5/2021 – OAC. 2.ª Secção - *Parcerias Público-Privadas hospitalares no SNS*, Lisboa, 2021. p.6.

⁸⁶⁴Fonte: <https://www.hospitaldebraga.pt/hospital/sobre-nos>.

⁸⁶⁵Lei Portuguesa 95/90: Base 25 Contratos para a prestação de cuidados de saúde 1 - Tendo em vista a prestação de cuidados e serviços de saúde a beneficiários do SNS, e quando o SNS não tiver, comprovadamente, capacidade para a prestação de cuidados em tempo útil, podem ser celebrados contratos com entidades do setor privado, do setor social e profissionais em regime de trabalho independente, condicionados à avaliação da sua necessidade.

⁸⁶⁶MATOS, Andreia Afonso de; NUNES, Alexandre Morais - Gestão hospitalar em Portugal: resultados comparados entre hospitais com gestão pública e em parceria público-privadas, *Rev. Gest. Sist. Saúde*, V 8; N 1 (2019), pp.1-12. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=revista%page=articulo&path%5B%5D=13674>. p.8

⁸⁶⁷GONTIJO, Bruno Fontenelle; DIAS, Maria Tereza Fonseca – Parcerias na Saúde: modelos de participação de Entes Privados no Serviço Público de Saúde, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.79-106. p.87.

O primeiro hospital brasileiro gerido por uma Parceria Público-Privada foi inaugurado em 13 de setembro de 2010 no Município de Salvador, no estado da Bahia, sendo denominado de Hospital do Subúrbio, constando com 373 leitos e com o recebimento de quatro prêmios internacionais⁸⁶⁸.

Já no Estado de São Paulo, maior estado-membro do Brasil, só no ano de 2018 foram inaugurados os primeiros hospitais geridos por meio de uma Parceria Público-Privada⁸⁶⁹.

Ademais, diferentemente do que acontece, conforme visto, em relação aos presídios, na construção e gestão de hospitais não existem discussões doutrinárias sobre uma possível impossibilidade do uso de Parcerias Público-Privadas devido ao fato de não haver dúvidas de se tratar de um serviço público passível de delegação para a entidades de direito privado, tal como mencionado acima, até mesmo porque é um serviço ordinariamente realizado também pela iniciativa privada, tanto no Brasil como em Portugal, mediante autorização e fiscalização do Poder Público.

De qualquer forma, BRUNO FONTENELLE GONTIJO e MARIA TEREZA FONSECA defendem que uso das Parcerias Público-Privadas no Brasil na área de saúde só devem acontecer por meio de uma concessão administrativa e não de uma concessão patrocinada para que o serviço não seja prestado de forma onerosa aos usuários diretos, podendo o parceiro privado, além da contraprestação recebida pelo próprio poder público, ser remunerado por outras fontes, como a exploração de estacionamentos e lanchonetes no âmbito dos hospitais⁸⁷⁰.

Além disso, a união do Poder Público com a iniciativa privada para tratar de questões da área de saúde pública é uma opção interessante, pois pode juntar a experiência de políticas públicas do setor público com a agilidade do setor privado visando melhorar a condição de saúde da população, o que acaba vindo a atingir o interesse público primário.

Entretanto, as Parcerias Público-Privadas na área saúde não foram implementadas em Portugal na dimensão que era esperada e ainda vêm com um crescimento tímido no Brasil. Porém, ao que parece, a realidade em questão não se dá em face de discussões jurídicas quanto ao uso do instituto, mas sim também por questões políticas e de opções administrativas.

De qualquer forma, como afirma MICHAEL R. REICH, as Parcerias Público-Privadas na área de saúde devem ser realizadas com muitas cautelas, principalmente de ordem éticas, para que as

⁸⁶⁸Fonte: http://www.hospitaldosuburbio.com.br/prodal/?page_id=5327.

⁸⁶⁹Fonte: <http://portalhospitaisbrasil.com.br/inova-saude-entrega-primeiros-hospitais-de-ppp-em-sao-paulo/>.

⁸⁷⁰GONTIJO, Bruno Fontenelle; DIAS, Maria Tereza Fonseca – Parcerias na Saúde: modelos de participação de Entes Privados no Serviço Público de Saúde, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.79-106. p.102/103.

políticas públicas na referida seara não sejam realizadas de forma a atender primordialmente aos interesses privados e não aos interesses da coletividade⁸⁷¹.

Por outro lado, as Parcerias Público-Privadas não deixam de ser uma opção interessante na área de saúde, até mesmo, como afirma ADETOKUNBO O. LUCAS, uma opção mais confiável do que as várias ações filantrópicas na referida área realizadas por grandes laboratórios, tendo vista a existência de dúvidas sobre quais são os reais interesses desses últimos nas realizações das referidas atividades⁸⁷².

Concordamos com o autor mencionado no parágrafo anterior, pois nas Parcerias Público-Privadas o objetivo do parceiro privado é bem claro, sendo definido e delimitado em contrato, qual seja: o lucro. Assim, acabam diminuindo a margem para a existência de interesses escusos.

No que diz respeito à área de educação, em Portugal não existem discussões doutrinárias relevantes acerca de uma eventual impossibilidade jurídica do uso de Parcerias Público-Privada, também devido ao fato de ser uma área de forte atuação da iniciativa privada, não havendo em Portugal um monopólio da Escola Pública⁸⁷³, existindo, inclusive, um Decreto-Lei, o 152/2013, regulamentando a cooperação na área de educação entre o Poder Público e entidades privadas, sendo previstas, dentre outras medidas, o contrato de patrocínio⁸⁷⁴ e o contrato de cooperação⁸⁷⁵, que são verdadeiras Parcerias Público-Privadas.

No mais, algumas universidades lusitanas são criadas como fundações públicas de direito privado estadual, tal como é o caso da Universidade do Porto e da Universidade de Aveiro em Portugal⁸⁷⁶. Além disso, tal como investigou em trabalho de doutoramento RODRIGO GABRIEL MOISÉS, a legislação portuguesa, seguindo orientações da União Europeia no sentido de oportunizar que as pessoas possam escolher a sua escola ou a escola dos seus filhos, permite o financiamento de entidades privadas para que elas prestem o serviço de educação gratuito⁸⁷⁷.

⁸⁷¹REICH, Michael R. Introduction: Public-Private Partnerships for Public, In REICH, Michael R. Health, *Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002.

⁸⁷²LUCAS, Adetokunbo O - Public-Private Partnerships: Illustrative Examples, In REICH, Michael R. Health - *Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002, pp.19-39. p.35.

⁸⁷³GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.243.

⁸⁷⁴TRINDADE, Antônio Augusto Cançado - *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.p.492.

⁸⁷⁵Decreto-Lei Português 152/2013. Art.19. Contratos de patrocínio Natureza Jurídica. 1 - O Estado pode celebrar com as entidades proprietárias de estabelecimentos de ensino particular contratos de patrocínio, quando a ação pedagógica, o interesse pelos cursos, o nível dos programas, os métodos e os meios de ensino ou a qualidade do pessoal docente o justifiquem.

⁸⁷⁶Decreto-Lei Português 152/2013. Art.23. contratos de cooperação natureza jurídica. Os contratos de cooperação consistem na concessão e atribuição do apoio financeiro necessário com vista a assegurar a escolarização de alunos com necessidades educativas especiais nos termos do disposto no artigo anterior.

⁸⁷⁷OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.69.

⁸⁷⁸MOISÉS, Rodrigo Gabriel - *As novas formas de atuação do Estado e a utilização das Parcerias Público-Privadas na efetivação do direito à educação*, 2020, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa.p.214.

No Brasil, no entanto, existe um problema de ordem jurídica, qual seja: o artigo 206 da Constituição Brasileira exige que o ensino em estabelecimento oficiais de educação seja gratuito⁸⁷⁸, o que impede a realização de uma Parceria Público-Privada, pois inexistente a possibilidade do parceiro privado ser remunerado pelos estudantes, tornando-se impossível a utilização de uma PPP na modalidade patrocinada, tendo em vista que na mesma o parceiro privado é remunerado ao mesmo tempo com os valores pagos pelos usuários acrescidos de um adicional pago pelo próprio Poder Público.

Poderia se pensar da utilização de uma Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa, na qual é o próprio Poder Público quem integralmente remunera o parceiro privado, tal como defende FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES⁸⁷⁹, porém na referida modalidade de concessão especial o Poder Público é o usuário, direto ou indireto, do serviço, o que não seria o caso de um estabelecimento de ensino, no qual os usuários são os próprios estudantes, sendo uma situação diferente dos serviços de saúde, pois nestes o Poder Público deve efetivamente garantir a prestação para todas e todos, sendo por isso que o Poder Público acaba sendo usuário indireto quando o serviço é prestado por uma entidade privada.

Diante da realidade supramencionada, entendemos não ser, no contexto atual da legislação brasileira, possível a utilização das Parcerias Público-Privadas para o referido fim, tanto é assim que o próprio VERNALHA GUIMARÃES reconhece que a opção do uso da concessão administrativa para a prestação de serviço público de educação pode gerar controvérsias em virtude da transferência de uma atividade-fim do Estado⁸⁸⁰.

Assim, ainda que existam entendimentos em sentido contrário⁸⁸¹, mantemos o posicionamento da impossibilidade do uso das Parcerias Público-Privadas na área de educação no Brasil mesmo sabendo que se trata de uma atividade de livre prestação à iniciativa privada⁸⁸², uma vez existirem peculiaridades que diferenciam o ensino privado do ensino público gratuito, existindo um regime

⁸⁷⁸Constituição Brasileira de 1988: Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Em Portugal, a Constituição apenas diz que o Estado buscará progressivamente a gratuidade do ensino: Constituição de Portugal de 1976: Art.74, 1: e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;

⁸⁷⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.p.191.

⁸⁸⁰*Idem, ibidem*. p.191.

⁸⁸¹Rodrigo Gabriel Moisés defende a possibilidade do uso das PPPs no Brasil na área de educação, porém, em verdade, ele dá um conceito amplo ao instituto sem abordar as espécies legais de PPPs no Brasil e sim mencionando algumas outras situações, como, por exemplo, a concessão de um voucher educacional fornecido pelo Estado aos particulares a ser usado nas escolas privadas. Cf. MOISÉS, Rodrigo Gabriel - *As novas formas de atuação do Estado e a utilização das Parcerias Público-Privadas na efetivação do direito à educação*, 2020, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa.p.302.

⁸⁸²Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; I - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

jurídico para cada⁸⁸³, devendo o ensino público ser tratado como uma política pública, sendo essa a razão pela qual a própria Constituição Brasileira também afirma ser a educação um dever do Estado⁸⁸⁴.

Desse modo, no Brasil a parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada para ampliar o acesso à educação para a população, principalmente para os que não possuem condições de arcar com os valores das mensalidades, acaba se resumindo à concessão pelo Poder Público de bolsas, parciais ou integrais⁸⁸⁵, ou de créditos para financiamento estudantil com juros menores⁸⁸⁶ para os alunos poderem ter acesso também a universidades privadas, o que é uma medida de total interesse dos empresários da educação, pois os mesmos preenchem as suas salas de aulas com alunos custeados pelo Poder Público.

Outrossim, também são realizadas parcerias com organizações da sociedade civil (OSC), que seriam Parcerias Público-Privada dentro de um sentido amplo do termo⁸⁸⁷. Como exemplo, existem parcerias com o INSTITUTO AYRTON SENNA, entidade sem fins lucrativos criada por meio da afetação do patrimônio do falecido piloto brasileiro que dá o nome à mesma para a realização de políticas assistenciais, em especial, atividades de educação para a população necessitada⁸⁸⁸, situação na qual, diga-se, o uso do termo “parceria” entre o Poder Público e entidades privadas é perfeitamente aplicável, uma vez que ambos caminham com os mesmos objetivos de ordem social⁸⁸⁹.

No mais, no município brasileiro de Belo Horizonte foi supostamente realizada uma Parceria Público-Privada na área de educação, porém, em verdade, o projeto se deu apenas para a realização da obra pública da escola e para a prestação de serviços não educacionais, como os de segurança e o de limpeza⁸⁹⁰.

Ademais, as Parcerias Público-Privada podem ser utilizadas para as mais diversas áreas e com diversas utilidades, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público, por meio da restauração de prédios antigos que podem vir a ser explorados pela iniciativa privada com fins turísticos ou de lazer, o que é uma prática muito comum na Europa, inclusive em Portugal e que vem crescendo de

⁸⁸³MOISÉS, Rodrigo Gabriel – *As novas formas de atuação do Estado e a utilização das Parcerias Público-Privadas na efetivação do direito à educação*, 2020, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa.p.174.

⁸⁸⁴Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁸⁸⁵A concessão de bolsas pelo Governo Federal Brasileiro é realizada por meio do programa PROUNI. Fonte: <http://siteprouni.mec.gov.br/>.

⁸⁸⁶O financiamento estudantil pelo Governo Federal Brasileiro é feito por meio do programa FIES. Fonte: <http://fies.mec.gov.br/>.

⁸⁸⁷CÊA, Georgia Sobreira dos Santos – Parceria Público-Privada e hipertrofia do mercado da educação, *Revista Germinal*, V13, N1 (2021), pp.30-47. p.39.

⁸⁸⁸PERONI, Vera Maria Vidal; CAETANO, Maria Raquel - Redefinição do Papel do Estado, Terceira Via, novo desenvolvimento e as parcerias público-privadas na educação, *Revista da FAEBA – Educação e Contemporaneidade*, V 21, N 38 (2012), pp.57-67. Disponível em <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeba/article/view/497>. p.63.

⁸⁸⁹De qualquer forma, conforme já exposto neste mesmo capítulo, entendemos que as PPPs no Brasil seriam só aquelas situações reguladas pela lei 11.079/2004.

⁸⁹⁰MOISÉS, Rodrigo Gabriel – *As novas formas de atuação do Estado e a utilização das Parcerias Público-Privadas na efetivação do direito à educação*, 2020, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa.p.334.

importância nos últimos anos em solo brasileiro, ainda que sem o uso das PPPs, nem em Portugal nem no Brasil, para a referida finalidade.

Enfim, as experiências acima mencionadas demonstram que a realização de uma Parceria Público-Privada será exitosa quando se estiver diante de uma atividade passível de gerar para o parceiro privado o interesse em uma exploração econômica ou nos casos nos quais o Poder Público não possui condições de realizar a atividade administrativa, mas possui a capacidade de arcar financeiramente com ela, ainda que parcialmente.

Importante lembrar ainda que em todas essas situações podem vir a existir conflitos, que, tal como estudado nesta tese doutoral, podem vir a ser resolvidos por meio da utilização da arbitragem.

1.8 Considerações Finais do Capítulo

A presente tese tem como eixo central de estudo a realização das arbitragens das Parcerias Público-Privadas, sendo esta última o tema que procuramos de forma primordial abordar, mas para isso precisamos falar sobre a contratação pública na Europa, em Portugal e no Brasil, principalmente no que tange a contratação pública para a realização de obras públicas e para a prestação de serviços públicos, que normalmente representam os objetos das Parcerias Público-Privadas.

As principais conclusões sobre as questões abordadas neste capítulo deixaremos para mencionar no final desta tese, porém desde já podemos mencionar que os contratos públicos possuem princípios próprios. No mais, as obras públicas e os serviços públicos podem ser realizados de forma direta ou indireta, havendo no último caso a feitura de um contrato público. Ademais, existe uma importância histórica das Parcerias Público-Privadas no Brasil, em Portugal e no restante do mundo; bem como vantagens e desvantagens na adoção de uma PPP; sendo a questão da repartição dos riscos um dos principais pontos da referida espécie de contratação pública, que possui um regime jurídico próprio tanto em Portugal como no Brasil.

Capítulo II – Das formas de resolução de conflitos

2.1 Introito

A presente tese de doutoramento tem como objetivo analisar especificamente a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. Desse modo, nossa preocupação é abordar a questão da resolução dos conflitos nas ditas parcerias.

Outrossim, a busca de mecanismos de resolução de conflitos por parte do Poder Público é, assim como afirma SAULO LINFORFER PIVETTA, também uma preocupação em dar tratamento igual a todos os cidadãos ao permitir que possam ter acesso à resolução dos seus problemas perante o Poder Público com uma maior facilidade⁸⁹¹.

Assim, importante se faz analisar especificamente a resolução dos conflitos de um modo geral, seja para utilizar como base para o estudo da arbitragem a ser feito a seguir seja para demonstrar a existência de outros mecanismos à disposição do próprio Poder Público para resolver os seus litígios, até mesmo porque, como afirma JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, a arbitragem é uma “subespécie autônoma com recorte jurídico diferenciado”⁸⁹² das formas de resolução extrajudicial de conflitos, não se devendo, portanto, relegar as outras formas de pacificação dos conflitos interpessoais.

Desse modo, começaremos no tópico seguinte abordando a importância do estudo das formas de resolução de conflitos não apenas para a presente tese, como se faz neste tópico, mas também de uma forma geral.

2.2 Importância do tema

A busca pela justiça e pela paz é uma questão na pauta dos Estados e positivada pelos ordenamentos jurídicos locais, não sendo diferente no Brasil e em Portugal, até mesmo porque há registros históricos que as civilizações que perduraram no tempo foram justamente as que obtiveram êxito em criar uma eficiente forma de pacificação de conflitos⁸⁹³, o que nos faz concluir, a contrário senso, que a falta de meios eficazes de solução das desavenças foi uma das justificativas para a extinção de algumas comunidades, uma vez que a continuidade de uma guerra tende a terminar por destruir, total ou parcialmente, os vencidos e a possibilidade de se reerguer não era uma característica inerente a todas as sociedades.

⁸⁹¹PIVETTA, Saulo Lindorfer - Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídicos administrativos, In MARRARA, Thiago, *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.461-372. p.481.

⁸⁹²ROCHA, Joaquim Freitas da - *Destadualização do direito tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem*, In FONSECA, Isabel Celeste, *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.221-226. p.223.

⁸⁹³CAZZARO, Kleber; PEREIRA, Jailson - *O instituto da arbitragem no Brasil e na Espanha: comparações legislativas*, V 28, N 1 (2014), pp.49-72. Disponível em <https://doi.org/10.5335/rjd28il.4830>. p.52.

Assim sendo, um dos objetivos da República Federativa do Brasil expressamente previsto na Constituição da República Brasileira é construir uma sociedade justa⁸⁹⁴ e um dos princípios que regem as suas relações internacionais é a defesa da paz entre os povos⁸⁹⁵.

Da mesma forma, em Portugal a Constituição local prevê a obrigatoriedade da busca no âmbito internacional pela resolução pacífica dos conflitos,⁸⁹⁶ bem como no âmbito nacional a procura por um desenvolvimento harmonioso em todo o seu território⁸⁹⁷.

No âmbito externo e não pessoal as disposições constitucionais acima surtem efeitos práticos, uma vez que nem Brasil nem Portugal possuem, ao menos nos tempos mais modernos, o costume de se envolverem em movimentos bélicos, sendo os mesmos considerados no âmbito internacional Estados pacíficos que só se envolveram em guerras, sejam elas externas sejam elas internas, no passado e que no presente vêm conseguindo resolver os seus conflitos pontuais com outros Estados por meio da diplomacia.

Nesse diapasão, Portugal, conforme dados do Instituto de Economia e Paz, é considerado na atualidade o terceiro Estado mais pacífico do mundo, em pesquisa que analisa diversos fatores, como qualidade de vida e diversas questões ligadas à violência, como a existência de conflitos externos e a prática de crimes⁸⁹⁸. Sendo esse um dos motivos pelos quais nos últimos anos vem acontecendo uma grande imigração de brasileiros em Portugal.

Entretanto, apesar das disposições constitucionais e da realidade acima mencionadas, a sociedade contemporânea, incluindo a portuguesa e, principalmente, a brasileira, é extremamente conflituosa⁸⁹⁹ no que diz respeito especificamente as relações interpessoais, até mesmo por que é composta por pessoas diferentes, cada qual com uma originalidade única decorrente de “circunstâncias existenciais personalíssimas”⁹⁰⁰, o que, inevitavelmente, vai gerar situações de conflitos entre os seus membros⁹⁰¹, que são divididos em classes sociais diferentes, sendo, conforme afirma

⁸⁹⁴Constituição do Brasil de 1988: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁸⁹⁵Constituição do Brasil de 1988: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VI - defesa da paz.

⁸⁹⁶Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 7.º Relações internacionais.1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. (Grifos nossos).

⁸⁹⁷Constituição Portuguesa. Artigo 9.º.Tarefas fundamentais do Estado: g) promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;

⁸⁹⁸Fonte: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2019/07/GPI-2019web.pdf>.

⁸⁹⁹JUNIOR, Joel Dias Figueira - *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*, São Paulo: LTr, 1990.p.14.

⁹⁰⁰VASCONCELOS, Carlos Eduardo de - *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, São Paulo: Método, 2008. p.19.

⁹⁰¹SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco - A (im) possibilidade da (auto) composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30729>. V 18 N3 (2017), pp.69-93. p.74.

JÜRGER HABERMAS, ao analisar a Teoria da Racionalização de MAX WEBER, um problema garantir a unidade diante da “multiplicidade das situações sociais de ação e da esfera da vida”⁹⁰².

Dentro dessa realidade, as pessoas que compõe a mesma classe naturalmente vão, em busca de fazer prevalecer os seus interesses, agir contra as pessoas de classes diferentes, tal como acontece, assim como afirmava MAX WEBER, em questões envolvendo o “mercado de trabalho, o mercado de produto e as empresas capitalistas”⁹⁰³, o que torna os conflitos um verdadeiro “desafio de poder”⁹⁰⁴. Além disso, como lembram CÂNDIDO DINAMARCO, GUSTAVO BADARÓ e BRUNO CARRILHO LOPES, os bens materiais e imateriais são finitos, o que colabora com a existência de conflitos em relação aos mesmos⁹⁰⁵.

Desse modo, como afirma GEMA LEON, os conflitos representam uma característica inevitável das relações sociais, sendo a diferença em cada caso concreto a adoção de uma postura construtiva ou de uma postura destrutiva⁹⁰⁶.

Além disso, existem diversas situações no cotidiano das pessoas que colaboram com a existência de conflitos, como, por exemplo, as questões inerentes aos direitos dos consumidores ou, até mesmo, a falta de bom senso das pessoas⁹⁰⁷, o que dificulta uma convivência pacífica.

Assim, os conflitos fazem parte da vida social de todas as pessoas, tendo em vista que, como afirmam UMAR A. OSENI e ABU UMAR FARUQ AHMAD, em estudo sobre a resolução extrajudicial de conflitos nos litígios financeiros islâmicos, disputas são inevitáveis em todas as espécies de relacionamentos⁹⁰⁸.

Nesse sentido, DULCE NASCIMENTO afirma o fato de antigamente ser adotada pelas sociedades uma escola unitária, na qual o conflito era visto como algo muito danoso e que deveria ser evitado a todos os custos, porém, com o tempo, as sociedades passaram a adotar uma escola pluralista, na qual passou a se reconhecer a inevitabilidade dos conflitos⁹⁰⁹, o que gerou a necessidade de se buscar meios para resolver os mesmos da forma menos traumática possível.

⁹⁰²HABERMAS, Jürgen - *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*, Vol.1. Trad.: Paulo Asthor Soethe, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.p.33.

⁹⁰³WEBER, Max - *Ensaio de Sociologia*, Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.p.216.

⁹⁰⁴NATARI, Márcio Bonini - A lei da arbitragem na Administração Pública, *Revista Direito em Debate do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijui*, N 45 (2016), pp.2-27. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/revistadireitoemdebate> > article. p.10.

⁹⁰⁵DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.34.

⁹⁰⁶LEON, Gema. El conflito - El proceso de mediación. Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2019, Palestra proferida no evento: *Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas* – CONIPUB, 2019.

⁹⁰⁷CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sai - A conciliação no Brasil e a importância da figura dos juizes leigos para o seu desenvolvimento, *Anais do VI Congresso Internacional UFES/Paris-Est.2017*. p.17.

⁹⁰⁸OSENI U A; AHMAD A U F - Dispute resolution in Islamic finance: A case analysis of Malaysia, In H A; El-Karanshawy *Et al, Ethics, governance and regulation in Islamic finance*, Catar: Bloomsbury Qatar Foundationp, 2015, pp.125-132.Disponível em <https://uaelaws.files.wordpress.com/2012/09/dispute/resolution-in-islamic-finance-a-case-analysis-of-malaysia.pdf>. pp.125-132. p.126.

⁹⁰⁹NASCIMENTO, Dulce - Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira, *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit*, V 5 (2016), pp.201-21. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/333/403>. p.202/203.

Outrossim, os conflitos se manifestam de diversas formas, como, por exemplo, por meio da realização de greves, das lutas dos movimentos sociais e da prática de crimes⁹¹⁰, fazendo com que os meios de resolução dos conflitos também acabem se tornando uma realidade comum no cotidiano de cada sociedade.

Desse modo, como afirma FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO, o conflito decorre do próprio convívio das pessoas, porém é possível a sua resolução “de forma justa e pacífica”⁹¹¹.

Entretanto, ordinariamente, quando se é abordada a questão da resolução de conflitos interpessoais, pensa-se logo na resolução realizada pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário, gerando a chamada “cultura do litígio”⁹¹² ou “cultura da sentença”⁹¹³ que se sobrepõe a chamada “cultura da pacificação”⁹¹⁴ ou “cultura da negociação”⁹¹⁵.

A realidade acima acontece tanto em Portugal como no Brasil, assim como também em outras partes do mundo, como na Itália, por exemplo⁹¹⁶. Nesse sentido, ROLANDO VEGA ROBERT afirma que na Costa Rica existem por ano aproximadamente um milhão de novos processos perante o Poder Judiciário em uma população de apenas pouco mais de quatro milhões habitantes⁹¹⁷.

A situação mencionada acima decorre, dentre outras razões, do enraizamento de uma cultura popular em acreditar que apenas o Estado por intermédio do Poder Judiciário possui efetiva condições de solucionar a contento as desavenças entre as pessoas quando elas não conseguem resolver por conta própria, gerando o entendimento acerca da necessidade de um monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, o que para DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO decorre de alguns equívocos cometidos até hoje, como, por exemplo, uma “kafkiana processualística”⁹¹⁸.

JOANA DURO ainda nos lembra que a própria evolução do Direito foi realizada tendencialmente dentro de um pensamento minimalista de que o acesso jurisdicional só é efetivo se for realizado por meio de uma tutela judicial⁹¹⁹.

⁹¹⁰ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de - *A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade Federal de Minas Gerais.p.18.

⁹¹¹CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso - A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, V 5, N 2 (2019), pp.1-19. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5875/pdf.p.5>.

⁹¹²JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.55.

⁹¹³CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso - A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, V 5, N 2 (2019), pp.1-19. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5875/pdf.p.6>.

⁹¹⁴MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.438.

⁹¹⁵UBÍRIA, Fernando - Cultura de Prevención del dano y ejercicio del derecho. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2019, Palestra proferida no evento: *Congresso Internacional de Altos Estudos Jurídicos – CAED-JUS*, 2019.

⁹¹⁶PROIETTI, Roberto - Novità e specificità nella gestione del contenzioso della Pubblica Amministrazione. Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'InternoXXV, *Corso di formazione per l'accesso alla qualifica di Viceprefetto*, 2011, Disponível em <http://ssaistorico.interno.gov.it/download/allegati1/gruppo7.pdf>. p.17.

⁹¹⁷ROBERT, Rolando Veja - Los Mecanismos de Resolución alterna de resolución de conflictos en Costa Rica, In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón, *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. p.177.

⁹¹⁸NETO, Diogo Figueiredo Moreira - Arbitragem nos contratos administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, V 209 (1997), pp.81-90. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br. p.81.

⁹¹⁹DURO, Joana. Direito à outorga do compromisso arbitral, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 52-56. p.52.

Outra situação que colabora com a questão cá levantada, como traz RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, é a difusão da ideia de que o pronto e imediato ajuizamento de uma ação perante o Poder o Judiciário já é uma forma de manifestação de cidadania⁹²⁰, o que por si só já acaba trazendo uma sensação de conforto e empoderamento ao cidadão que está se sentido injustiçado com alguma situação causada por outrem, com a própria citação para participar de um processo judicial já sendo vista como uma forma de penitenciar a pessoa contra a qual se está em litígio.

Entretanto, como afirma o mesmo autor supracitado e em posição a qual concordamos, a referida sensação de conforto é falaciosa, dando uma falsa impressão de que o problema foi resolvido, quando, em verdade, ele foi apenas ampliado, pois a judicialização acaba deixando os ânimos entre os litigantes ainda mais acirrados e as partes ainda mais afastadas, o que acaba vindo a prolongar um conflito que poderia ser resolvido de outras formas que não sobrecarregassem demasiadamente e desnecessariamente o Poder Judiciário⁹²¹.

Além disso, como afirmam CATHERINE ELLIOT e FRANCES QUINN, a resolução por meio de uma corte jurídica é realizada dentro de uma atmosfera mais agressiva, o que dificulta a satisfação das partes com o resultado⁹²².

Ademais, concordamos, conforme será aprofundado em seguida, que a ampliação do acesso à justiça é uma questão de cidadania, porém ela não precisa ser realizada necessariamente por intermédio de uma ação judicial.

No mais, o estímulo à judicialização se agrava pela própria formação dos advogados e dos profissionais do Direito de um modo geral, que tradicionalmente se dá baseada no litígio e não na busca pelo consenso⁹²³, com a conseqüente formação de advogados litigiosos e processualistas⁹²⁴, uma vez que os estudantes dos cursos de Ciências Jurídicas são ensinados a litigar, porém não são ensinados a realizar negociações de forma adequada⁹²⁵ nem muito menos recebem incentivos para procurarem, quando formados, priorizarem a resolução extrajudicial, muito pelo contrário, eles acabam adquirindo uma visão de que é mais rentável economicamente o ajuizamento de uma ação judicial ao invés da feitura de um acordo ou de uma solução pela via arbitral, uma vez que poderão cobrar valores diferentes pelo próprio ajuizamento da ação, pela participação em audiências, bem como pela

⁹²⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.67.

⁹²¹*Idem, ibidem*. p.73.

⁹²²ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances - *English Legal System*, 11ªed, London: Pearson.2010. p.62/63.

⁹²³PAULA, Virgílio Queiroz de - Necessidade de Mudança da Cultura do litígio: uma evolução na forma de educação dos operadores do Direito, *Revista Brasileira de Educação e Cultura*, N 13 (2016) pp.48-59. Disponível em <https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura/article/view/253>. p.49.

⁹²⁴CASTELLANOS, José María Díaz - El Arbitraje en Honduras, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón. *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago. CEJA:2005. pp.294-303. p.301.

⁹²⁵NETO, João Luiz Lessa - O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*, V 224 (2015), pp.427-441. Disponível em <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/32220>. p.32

interposição de cada um dos mais variados recursos previstos nas legislações processuais tanto em Portugal como no Brasil, o que torna a própria procrastinação dos processos judiciais algo economicamente atraente para o causídico, principalmente em uma realidade na qual as profissões jurídicas se tornaram um grande negócio e com forte influência de interesses financeiros⁹²⁶.

A realidade supramencionada vem melhorando, ainda que de forma tímida, no decorrer dos últimos anos, inclusive com o aumento do estudo da resolução extrajudicial dos conflitos em algumas universidades lusitanas e brasileiras, até mesmo em cursos de pós-graduação, o que acaba estimulando a investigação e a publicação de trabalhos acadêmicos e livros jurídicos, bem como a realização de eventos abordando a temática

Entretanto, no Brasil apenas em 14 de dezembro de 2018, por meio da portaria 1351 do Ministro da Educação, a matéria “Resolução dos conflitos”⁹²⁷ se tornou obrigatória nos cursos de Direito, já em Portugal a matéria ainda não é obrigatória na grade curricular do curso de Ciências Jurídicas, sendo oferecida apenas em cursos breves ou como optativa em algumas Universidades, tal como, segundo MARIANA FRANÇA GOUVEIA, acontece na licenciatura da Universidade Nova de Lisboa desde o ano letivo 2006/2007⁹²⁸, ou seja, há pouco mais de dez anos.

Assim, ainda estamos longe de uma realidade na qual se busca formar profissionais do Direito efetivamente vocacionados e preparados para a resolução extrajudicial dos litígios, bem como também ainda se está distante da criação de uma nova categoria de profissional da área jurídica que na atualidade alguns estudiosos já vêm defendendo, qual seja: o administrador de conflitos ou gerenciador de casos⁹²⁹, adepto da chamada advocacia colaborativa⁹³⁰.

Além disso, como lembra FERNANDA TARTUCE, muitas vezes a disciplina sobre resolução de conflitos é chamada de “Mediação e Arbitragem”, exigindo que seja trabalhado em sala de aula pelo professor mecanismos que, conforme será estudado no decorrer da presente tese, possuem

⁹²⁶DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal, *Revista Direito e Democracia*, V 3 N 2 (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. pp.281-324. p.297.

⁹²⁷Portaria 1351: do Ministério da Educação no Brasil Art. 1º Fica homologado o Parecer CNE/CES nº 635/2018, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, aprovado na Sessão Pública de 4 de outubro de 2018, que, junto ao Projeto de Resolução a ele Anexo, institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. Parecer CNE/CES nº 635/2018.Art. 5º. O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas: II - Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, **Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. (Grifos nossos).

⁹²⁸GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.13.

⁹²⁹DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007. p.10.

⁹³⁰NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do; ARAUJO, Bruno Manoel Viana de - A arbitragem em direito nacional: justiça multiportas e o código de processo civil de 2015, *Revista de Processo*, V 285 (2018), pp.397-417. p.3.

características bem diferentes⁹³¹, o que dificulta a especialização em apenas uma dessas áreas do conhecimento.

O XIV Governo Constitucional português, que durou de 1999 até 2002, com o objetivo de diminuir a morosidade do Poder Judiciário e colaborar com as resoluções extrajudiciais dos conflitos⁹³², procurou redistribuir algumas competências do Poder Judiciário para outras profissões⁹³³. Entretanto, a referida medida não foi muito bem recebida e sofreu críticas até mesmo da própria Ordem dos Advogados⁹³⁴, o que acabou implicando na impossibilidade de alcançar os objetivos almejados, demonstrando, assim, uma resistência dos próprios profissionais da área jurídica de Portugal a medidas desjudicializadoras, o que também acontece no Brasil em virtude de uma preocupação em manter a reserva de mercado, o que decorre justamente da cultura em não visualizar como rentável o mercado da resolução extrajudicial, bem como a própria dificuldade das pessoas em enfrentarem novas realidades.

Desse modo, a realidade acima menciona acaba colaborando em deixar o Poder Judiciário sobrecarregado de processos judiciais. A título de exemplo, só no ano de 2017 o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro contabilizou a existência no Brasil de quase oitenta milhões de processos⁹³⁵, o que representa um número equivalente a 40% da população, o que não quer dizer que esse seja o percentual de pessoas envolvidas em processos judiciais no Brasil, tendo em vista existirem pessoas com mais de um processo, existindo também os chamados litigantes habituais. De qualquer forma, a referida porcentagem representa uma quantidade extremamente alta de processos judiciais, principalmente em se tratando, conforme acima mencionado, de um país pacífico nas suas relações internacionais e que preza pela solução pacífica dos conflitos em seu Texto Constitucional. A questão é tão grave que a taxa de congestionamento de processos no Brasil passa de 70%⁹³⁶.

Em Portugal, por sua vez, a pendência média por juiz é de 737 processos, havendo tribunais cuja pendência está acima de mil processos, o que também representam números extremamente

⁹³¹TARTUCE, Fernanda - Conciliação em Juízo. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019. pp.195-226. p.199.

⁹³²DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal, *Revista Direito e Democracia*, V 3 N 2 (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. pp.281-324. p.311.

⁹³³As referidas medidas foram concretizadas por meio do DL n.º 272/2001, que passou algumas atribuições de jurisdição voluntária para o Ministério Público e para as conservatórias de registro civil, bem como por meio do DL n.º 273/2001, que passou algumas atividades meramente burocráticas do Poder Judiciário também para os conservadores de registro.

⁹³⁴DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. *Revista Direito e Democracia*, V 3, N 2 (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. pp.281-324. p.312.

⁹³⁵MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.224.

⁹³⁶SILVA, Clarissa Sampaio - Desjudicialização na resolução de conflitos com a administração pública: comparações entre brasil e Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp.23-55. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf. p.28.

elevados de processos represados⁹³⁷ e que implicaram na existência em 2017 de 71.337 processos pendentes só na primeira instância da justiça administrativa e fiscal portuguesa⁹³⁸.

O excesso na quantidade de demandas judiciais acaba tornando os processos mais demorados e de difícil solução, criando uma crise existente no Sistema Judiciário brasileiro, português⁹³⁹ e em outras partes do mundo, obstaculizando o acesso à justiça e trazendo prejuízos para a sociedade de um modo geral e gastos desnecessários para a Administração Pública, incluindo o pagamento de eventuais indenizações em decorrência da demora nos julgamentos⁹⁴⁰.

A situação em questão acaba sendo piorada pela crise do próprio Estado, que cada vez mais encontra dificuldades de como lidar com as novas realidades sociais⁹⁴¹, o que é uma decorrência também da passagem do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), o que fez o Estado acabar ficando sobrecarregado com a assunção da realização de novas atividades, como moradia, educação, previdência, assistência social e transporte⁹⁴², ampliando a chamada “crise de do serviço público”⁹⁴³, tal como estudado no capítulo primeiro, o que naturalmente gerou novas demandas perante o Poder Judiciário, principalmente novas demandas contra o próprio Estado, que no Brasil é o maior usuário do serviço do Poder Judiciário⁹⁴⁴.

Os chamados “novos direitos”, como o Direito Ambiental, ainda que representem um aspecto socialmente positivo, acabam fazendo surgir também novas demandas outrora não existentes. A título de exemplo, PAN SUN KIN menciona uma situação na qual a Secretária de Transportes Coreanos resolveu construir uma autopista, porém uma monja budista iniciou um protesto para salvar as Salamandras das montanhas de Chunsung e que teve a adesão de grupos ambientalista, gerando, assim, uma demanda (ainda que justa) não esperada perante o Poder Judiciário local⁹⁴⁵

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO ainda traz outra questão que acaba colaborando em deixar o Poder Judiciário sobrecarregado: a chamada “fúria legislativa”⁹⁴⁶, que seria um subproduto da “normocracia”⁹⁴⁷, que é a tendência de resolver os problemas por meio da criação de mais normas⁹⁴⁸,

⁹³⁷CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.95.

⁹³⁸SILVA, Clarissa Sampaio - Desjudicialização na resolução de conflitos com a administração pública: comparações entre Brasil e Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp.23-55. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf.p.29.

⁹³⁹ALMEIDA, Jorge - Novos contextos organizacionais: O caso da administração e gestão da justiça. *Atas do Vº Congresso Português de Sociologia*, Braga, 2004. Disponível em <https://aps.pt/pt/pt/atas-v-congresso-so/>. [26-34]. p.32.

⁹⁴⁰FERRARIS, Di Valeria - L'accesso alla giustizia. In ANASTASIA, Stefano; CALDERONE, Valentina; FANOLI, Lorenzo. *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma: Rediese: 2014. pp.107-118. p.118.

⁹⁴¹MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion - *Mediação e Arbitragem*, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.76-78.

⁹⁴²FILHO, Fernando Fortes Said - A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça, *Revista da AJURIS*, V 44, N 142 (2017), pp.1-22. Disponível em <https://seer.ufs.br/index.php/dike>. p.179.

⁹⁴³NOHARA, Irene Patricia - *Direito administrativo*. 9ªed, São Paulo: Atlas. 2019. p.215.

⁹⁴⁴TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019. p.39.

⁹⁴⁵KIM, Pan Suk -Desafios a la capacidad pública en la era de una administración pública en evolución y reforma del gobierno - *Revista Gestão polít. Pública*, V 16 N 2 (2007), pp.511-537. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13316208.p.523>.

⁹⁴⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.77/78

⁹⁴⁷*Idem, ibidem*. p.77/78.

uma vez caber ao Poder Judiciário realizar a interpretação das novas normas criadas, bem como resolver boa parte dos conflitos que surgem em decorrência delas⁹⁴⁹.

Além disso, quanto mais normas existirem, mais espaços para divergências vão existir⁹⁵⁰, como, por exemplo, aconteceu no Brasil quando alguns estados-membros começaram a estipular por meio de leis o tempo máximo que os clientes de agências bancárias poderiam esperar o atendimento em filas, o que acabou gerando uma série de ações judiciais porque os bancos não respeitavam os parâmetros máximos obedecidos.

Desse modo, como afirma JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, o excesso de norma acaba gerando uma desordem, uma vez que inevitavelmente surgirão dúvidas se uma lei nova revoga uma lei antiga ou se uma norma contida em um tratado prefere ou não uma norma do direito europeu que aborde a mesma matéria⁹⁵¹. Todas essas situações mencionadas acabarão por gerar ações perante o Poder Judiciário

Por outro lado, o excesso de judicialização não é algo novo e decorre de uma série de outros fatores, em especial, como lembra ADRIANE DE OLIVEIRA NINGELISKI, das mudanças ocorridas nas sociedades ocidentais após a Segunda Guerra Mundial⁹⁵², tendo em vista que os malefícios causados pela guerra acabaram levando as pessoas a procurarem o Poder Judiciário com o intuito de conseguirem os ressarcimentos cabíveis em decorrência dos danos causados nos eventos bélicos, sejam eles de ordem material ou de ordem moral, ações essas ajuizadas tanto pelos veteranos de guerra como pelos familiares daqueles que não sobreviveram aos confrontos ocorridos e que acabaram ajudando a sobrecarregar o Poder Judiciário até hoje, tendo em vista a complexidade de muitas dessas ações.

Além disso, BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS lembra o fato de que a transformação do Estado Liberal para o Estado Providência em meados da década de sessenta acabou gerando um aumento dos direitos sociais e a inclusão das classes trabalhadores no circuito das relações de consumo, bem como a inclusão da mulher no mercado de trabalho em postos outrora ocupados apenas por homens, situações que acabaram aumentando a litigiosidade e, em consequência, o aumento de demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário⁹⁵³, sejam elas questões abordando Direito do Trabalho sejam elas questões abordando de Direito das Famílias, como decorrência da dificuldade das pessoas do sexo masculino absorverem o avanço do empoderamento feminino.

⁹⁴⁹ *Idem, ibidem*. p.77/78.

⁹⁵⁰ *Idem, ibidem*.p.83.

⁹⁵¹ MOURA, Gregore Moreira de - Direito Constitucional Fraterno, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

⁹⁵² ROCHA, Joaquim Freitas da - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>. p.391.

⁹⁵³ NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p.51.

⁹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Souza - *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*, 14ªed,São Paulo: Cortez, 2013.p.203.

Outra questão relevante para o incentivo da litigiosidade foi a expansão da literacia em virtude da ampliação dos sistemas de ensino, o que aconteceu tanto no Brasil como em Portugal, tendo em vista que, na medida na qual a população passa a ser mais letrada, passa a ser também mais consciente, aumentando a busca pelos seus direitos⁹⁵⁴, ampliando de forma proporcional o número de ações judiciais, o que demonstra que até mesmo conquistas extremamente relevantes para a sociedade podem implicar no aumento da quantidade de demandas perante o Poder Judiciário.

MADALENA DUARTE, por sua vez, analisando especificamente a situação de Portugal, menciona a atitude de algumas empresas que, ao invés da utilização de outras formas de buscar seus créditos, optam por cobrar as suas dívidas por meio de ações judiciais, tornando-se litigantes de massa e sobrecarregando o Poder Judiciário⁹⁵⁵.

Desse modo, diante das situações acima mencionadas, a busca pelo efetivo acesso à justiça deve ser uma preocupação constante em qualquer sociedade democrática e que efetivamente se preocupa com seus cidadãos ao oferecer serviços públicos que atendam os interesses da sociedade e que incluam o máximo de pessoas possível, uma vez que, como afirma J.J. FLORENTINO DOS SANTOS MENDONÇA, quanto menor for o nível de exclusão das pessoas, mais igualitário será o acesso à justiça⁹⁵⁶, o que acaba gerando um círculo benéfico, tendo em vista que inclusão das pessoas no sistema de Justiça, da mesma forma como acontece com o aumento de instrução das mesmas, diminui de forma significativa as dificuldades em se buscar mecanismos para lutar pelos seus Direitos.

Por outro lado, não podemos confundir o conceito de acesso à justiça com o de acesso ao Poder Judiciário, devendo ser estudados meios das pessoas perseguirem seus direitos sem precisarem passar pelo referido poder estatal, até como forma dele ficar menos sobrecarregado, atingindo, assim, o interesse de toda a sociedade.

Entretanto, como afirma JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR, não basta apenas a previsão legal e principiológica do acesso à justiça, urge a necessidade da existência de mecanismo que garantam a efetivação dos direitos subjetivos⁹⁵⁷, em especial para os mais necessitados.

Sendo assim, conforme será visto no tópico seguinte, as questões acima mencionadas acabaram gerando uma preocupação dos acadêmicos, o que implicou em investigações específicas sobre o acesso à justiça por profissionais e estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento,

⁹⁵⁴VIANA, Fernando; ANDRADE, Francisco; NOVAIS, Paulo - Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia – A plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL), *Revista Scientia Juridica*, Tomo LXV, N 341 (2016). pp.207-240. p.208.

⁹⁵⁵DUARTE, Madalena - Acesso ao direito e à justiça: Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal, *Oficina dos Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*, N° 270. Coimbra: 2007. Disponível na internet em: <http://hdl.handle.net/10316/11098> . pp. 1-17. p.6.

⁹⁵⁶MENDONÇA, Florentino dos Santos Mendonça - *Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça*, Almedina: São Paulo, 2016.p.94

⁹⁵⁷JUNIOR, Joel Dias Figueira - *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.137.

como, por exemplo, a sociologia e a ciência política, mas sobretudo por profissionais e investigadores da área jurídica, onde os obstáculos ao acesso à justiça são sentidos de forma mais direta.

Por fim, como acessar à justiça é um instrumento para os cidadãos ter acesso aos seus direitos, pode-se afirmar que ela é um mecanismo importante para garantir a própria cidadania civil⁹⁵⁸, inclusive, tal como se aprofunda na presente tese doutoral, quando são buscados mecanismos para ampliar o acesso à justiça para o próprio Poder Público, tendo em vista a obrigação deste último de agir em busca do interesse público primário.

Desse modo, passaremos a partir do tópico seguinte a aprofundar os estudos acerca do acesso à justiça.

2.3 Das ondas Renovatórias do Acesso à Justiça

Diante da necessidade de aprofundamento no campo acadêmico e na praxe forense do estudo do acesso à justiça, foi realizada na Itália na década de setenta uma investigação denominada Projeto de Florença, organizada pelo autor italiano MAURO CAPPELLETTI com o auxílio do autor americano BRYANT GARTH e que acabou se tornando uma referência mundial, especialmente no meio jurídico, sobre o estudo do acesso à justiça, especificamente no que diz respeito à representação por um profissional da área jurídica e o estudo do acesso à justiça como uma forma de efetivar os direitos fundamentais do ser humano⁹⁵⁹.

Como conclusão da referida investigação, os autores acima mencionados propuseram três ondas renovatórias ao estudo do Direito Processual visando melhorar o acesso à justiça por parte das pessoas de um modo geral, em especial para os desprovidos de recursos financeiros e que foram assim denominadas: a busca de uma melhor assistência judiciária, a instrumentalidade do controle difuso e um novo enfoque ao acesso à justiça.⁹⁶⁰

As referidas ondas renovatórias até a presente data são utilizadas como motivação para alterações nas legislações e no modo de pensar de diversos Estados, incluindo Portugal e o Brasil.

Passemos a analisar cada uma dessas três ondas renovatórias, tendo em vista que elas se tornaram estudo obrigatórios de todos que investigam a questão do acesso à justiça, tal como se faz na presente tese de doutoramento em relação aos litígios surgidos no decorrer das Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal.

⁹⁵⁸RIBEIRO, Ludmila - A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça, *Revista de Direito FGV*, N 8 (2008). pp.465-492. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/emenda-constitucional-45-questao-acesso-justica>. p.471

⁹⁵⁹CASTRO, André Luis Machado. BERNARDES, Márcia Nina - Construindo uma Nova Defensoria Pública, In SOUZA, José Augusto Garcia de, *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p.106

⁹⁶⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p.11.

2.3.1 Da primeira onda Renovatória do Acesso à Justiça

Na primeira onda renovatória, o foco foi a preocupação em garantir mecanismos para a população necessitada conseguir acessar à justiça, onde foram estudadas formas do Estado prestar a assistência jurídica gratuita aos que não possuem condições de contratar um advogado, profissional, como regra, imprescindível, em qualquer demanda jurídica, mas muitas vezes pouco acessível, uma vez que quanto menor é a condição econômica e social da pessoa, maior é a dificuldade da mesma em entrar em contato com um advogado privado para o representar⁹⁶¹.

No mais, oportunizar o acesso à justiça ao indivíduo é extremamente importante, primeiramente como forma de o empoderar e dar mais dignidade ao mesmo, além de, como afirma ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, ser uma forma de “vindicar seus direitos contra as manifestações do Poder Arbitrário”⁹⁶².

Uma das formas encontrada de garantir a assistência jurídica gratuita foi o chamado modelo “Judicare”, adotado em Portugal por meio do apoio judiciário⁹⁶³, em decorrência de previsão de Constitucional⁹⁶⁴, no qual o Estado remunera advogados privados sem vínculos efetivos com o Poder Público para que eles prestem a referida assistência⁹⁶⁵, devendo a remuneração ser compatível com os valores pagos pelo mercado⁹⁶⁶.

Normalmente os referidos profissionais do Direito são escolhidos por meio de uma lista disponibilizada pela Ordem dos Advogados local com o nome dos advogados interessados em prestar a referida atividade.

Outro modelo estudado foi o “Staff Model”, também chamado de “Salaried Staff”, adotado no Brasil, no qual o Poder Público tem um quadro de agentes públicos efetivos com a atribuição exclusiva de prestar a referida assistência⁹⁶⁷, o que é feito no Brasil por meio de uma instituição jurídica denominada Defensoria Pública⁹⁶⁸, que possui autonomia administrativa e financeira e que é

⁹⁶¹PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo - E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N 65 (2003), pp.77-106. Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/1181>. p.2.

⁹⁶²TRINDADE, Antônio Augusto Cançado - *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.p.334.

⁹⁶³PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo - E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N 65 (2003), pp.77-106. Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/1181>. p.10.

⁹⁶⁴Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

⁹⁶⁵LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima - *Defensoria Pública*, 3ªed, Salvador: JusPodivm, 2014.p.58.

⁹⁶⁶PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo - E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N 65 (2003), pp.77-106. Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/1181>.p.2.

⁹⁶⁷LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima - *Defensoria Pública*, 3ªed, Salvador: JusPodivm, 2014. p.59.

⁹⁶⁸Constituição Brasileiro de 1988: Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

presentada pelos Defensores Públicos, profissionais do Direito que possuem autonomia funcional para o exercício de suas atividades públicas e são nomeados após aprovação em concurso público de provas e títulos.

No Brasil, que sofre de grandes problemas sociais, a existência de uma instituição jurídica para tutelar os mais necessitados é de suma importância, eis o porquê da opção pelo modelo adotado.

Existe, ainda, o modelo de assistência jurídica “Pro Bono” ou Caritativo, no qual os advogados defendem de forma voluntária os mais necessitados por mera caridade, sem o recebimento de qualquer contraprestação por parte do Poder Público e também da própria parte assistida, atuando em virtude de um aspecto humanitário⁹⁶⁹, existindo no máximo o recebimento dos honorários sucumbenciais no caso de procedência na demanda judicial, o que, naturalmente, não vai acontecer no caso de improcedência do pleito realizado perante o Poder Judiciário, o que transforma o trabalho do advogado em uma atuação de risco e não de meio, diferentemente de como ordinariamente se dá em relação à referida profissão, tendo em vista que os honorários contratuais, que não existem na advocacia “Pro Bono”, são garantido independentemente de sucesso na demanda.

Esse último modelo existe em Portugal e no Brasil apenas como uma possibilidade de os advogados complementarem o modelo estatal caso assim tenham interesse e em respeito aos estatutos de ética da advocacia local ou quando excepcionalmente são convidados para tal mister em prol da garantia do contraditório e da ampla defesa em um processo específico, não podendo os advogados se utilizarem da referida assistência jurídica gratuita como forma de atrair clientes ou para obter qualquer tipo de autopromoção, mas sim com o intuito meramente altruísta.

Além disso, o Poder Público não pode se furtar em oferecer a assistência jurídica gratuita sob o argumento de que ela está sendo oferecida graciosamente pelos advogados, assim como também não pode obrigar esses a últimos a trabalharem sem o recebimento de qualquer contraprestação, sendo por esse motivo que tanto Portugal como o Brasil, ainda que adotando modelos diferentes, assumem, ao menos no aspecto teórico, o ônus pela prestação da assistência jurídica gratuita às pessoas desprovidas de recursos financeiros ou que estejam em algum outro estado de hipossuficiência, como, por exemplo, no caso das pessoas extremamente idosas ou, ainda, das crianças que estejam, independentemente da condição financeira, em uma situação de risco⁹⁷⁰.

⁹⁶⁹ *Idem, ibidem*.p.57.

⁹⁷⁰ Existem autores defendendo a existência de um modelo misto de assistência jurídica gratuita (Cf. REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo - *Comentários à lei da Defensoria Pública*, São Paulo: Saraiva, 2013.p.29.), porém não adotamos o referido entendimento porque, em verdade, falar em um sistema misto representa apenas a junção dos sistemas acima mencionados, o que, naturalmente, é possível e efetivamente acontece tanto no Brasil como em Portugal quando os mesmos aceitam a advocacia “Pro Bono” em complemento ao modelo de assistência jurídica gratuita adotado pelo Estado ou, ainda, especificamente no Brasil, quando o referido Estado aceita também a nomeação dos chamados advogados dativos nas cidades onde não há Defensoria Pública devidamente instalada, em especial nas causas penais, onde o Direito de defesa no Brasil

2.3.2 Da segunda onda Renovatória do Acesso à Justiça

Na segunda onda renovatória proposta houve uma preocupação com a tutela coletiva, que ganhou uma “pluralidade de formas”⁹⁷¹. Desta feita, na referida onda foram estudadas que instituições, como o Ministério Público, as associações, os sindicatos e, no caso específico do Brasil, as Defensorias Públicas, bem como que ações judiciais, como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, poderiam ser utilizadas para viabilizar Direitos comuns a várias pessoas, como acontece com os chamados direitos coletivos “lato sensu”⁹⁷², que é um gênero que se divide em direitos difusos, em direitos coletivos “stricto sensu” e em direitos individuais homogêneos.

Desse modo, a segunda onda tentou afastar o que JOSÉ MÁRIO WANDERLEY NETO chamou de “tradicional concepção individualista e liberal”⁹⁷³ do sistema processual então comumente vigente, que teria como foco principal as ações individuais e não as coletivas.

Assim, por meio da segunda onda foram buscados meios de fazer com que causas outrora relegadas a um segundo plano porque as pessoas não tinham condições de se unir em prol de um objetivo comum pudessem ser efetivamente debatidas pelo Poder Judiciário, evitando, assim, o que se chama de obstáculo organizacional ao acesso à justiça, que é justamente a dificuldade das pessoas em se organizarem em busca de um interesse comum, principalmente quando o mesmo implica no ajuizamento de uma ação judicial visando a satisfação de todos os envolvidos⁹⁷⁴.

Além do mais, muitas vezes o bem da vida objeto de um litígio tem um valor pequeno para estimular apenas uma pessoa a buscar o Poder Judiciário, porém, a partir do momento em que existem instituições responsáveis pela tutela coletiva, a questão pode vir a ser resolvida por apenas uma ação, possibilitando o atingimento de pessoas que não iriam lutar pelos seus direitos de forma individual, o que, além de se fazer justiça com essas pessoas, também acaba por gerar um caráter didático ao responsável pelo dano, o desestimulando a praticar condutas similares com outras pessoas com a causação de novas condutas ilícitas.

Além disso, as formas de viabilizar a luta pelos direitos, por menor que eles sejam, oportuniza o cumprimento pelas pessoas da obrigação que IHERING afirmava existir para todo cidadão de que

é considerado indisponível, situação na qual o próprio juízo nomeará um advogado de sua confiança da comarca para, exercendo um múnus público da profissão, realizar a defesa da pessoa desassistida, naturalmente, mediante o recebimento de um remuneração do Poder Público a ser paga a posteriori.

⁹⁷¹PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo - E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N 65 (2003), pp.77-106. Disponível em <http://journals.openedition.org/rcs/1181>.p.3.

⁹⁷²JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti - *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, V.4. 3ªed, Salvador: Juspodivm. 2009.p.75.

⁹⁷³NETO, José Mário Wanderley Gomes - *O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p.81.

⁹⁷⁴FERRARIS, Di Valeria - L'accesso alla giustizia. In ANASTASIA, Stefano; CALDERONE, Valentina; FANOLI, Lorenzo - *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*.Roma: Rediese: 2014. pp.107-118. p.108.

temos o dever de lutar pelos nossos direitos, por menor que ele seja, sob pena de cometermos um “suicídio moral”⁹⁷⁵.

De fato, consideremos exagerada para os tempos atuais a posição de IHERING acima mencionada, uma vez que o trabalho pelo perdão das pessoas é uma forma de colaborar com a paz social, sendo perfeitamente aceitável a posição de quem prefere optar por abrir mão de seus direitos por preferir não se envolver em conflitos, inclusive, achamos interessante quando JOEL FIGUEIRA JUNIOR critica a obra de IHERING ao afirmar que deveríamos sair da “luta pelo direito” para priorizar a “luta pela autocomposição”,⁹⁷⁶ posição na qual concordamos, pois, conforme será visto em seguida, defendemos a resolução extrajudicial dos conflitos.

Entretanto, não temos dúvida de que o ideal é a existência de mecanismos que viabilizem a luta por todo e qualquer tipo de direito, pois renunciar a um direito deve ser uma opção e não a única alternativa existente, o que torna a dificuldade em se unir em busca de interesses comum efetivamente um obstáculo ao acesso à justiça e, em consequência, a segunda onda renovatória extremamente importante.

No mais, da mesma forma em que a segunda onda teve a utilidade de ampliar a esfera da busca de direitos das pessoas, ela também possibilitou a diminuição dos processos existentes no Poder Judiciário por meio da propositura de ações coletivas que antes eram propostas por diversas pessoas individualmente, gerando as chamadas demandas repetitivas⁹⁷⁷.

A situação acima também acabou colaborando com a uniformização da jurisprudência e, naturalmente, com a diminuição da incidência de várias ações díspares em juízos distintos sobre o mesmo assunto⁹⁷⁸, ajudando a efetivar o princípio da segurança jurídica ao evitar que pessoas em situações iguais obtivessem julgamentos diferentes, situação que acaba vindo por gerar uma sensação de injustiça e descontentamento com o trabalho realizado pelo Poder Público por intermédio dos membros do Poder Judiciário.

Assim, a tutela coletiva prevista na segunda onda acaba por ajudar de forma indireta a aumentar a credibilidade do Poder Judiciário e das instituições essenciais à justiça que possuem legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas em prol de diversas pessoas, gerando uma uniformidade não só na jurisprudência, mas também no próprio atuar da Administração Pública.

⁹⁷⁵IHERING, R. Von - *A Luta pelo Direito*, Trad. José Tavares Bastos, Versão para e-book eBooksBrasil.com. Digitalizado da Primeira Edição de 1909.p.22.

⁹⁷⁶JUNIOR, Figueira Joel - *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019,p.86.

⁹⁷⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.441.

⁹⁷⁸CASTILHO, Ricardo - *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*, São Paulo: Atlas, 2006. p.12

Além disso, a tutela coletiva também está em consonância com o princípio da eficiência que rege a Administração Pública, pois resolver vários litígios por meio de apenas uma ação judicial é uma forma de fazer o melhor possível, no menor espaço de tempo e sobre o menor custo.

Desse modo, a segunda renovatória não apenas facilitou a preservação dos interesses individuais e coletivos das pessoas, como acabou servindo para se preservar o próprio interesse público primário.

Desta feita, como influência da segunda onda renovatória, a tutela coletiva é uma realidade em todo o mundo e os estudos em questão acabaram por influenciar tanto a legislação brasileira⁹⁷⁹ como a legislação portuguesa⁹⁸⁰ no que diz respeito à previsão legal para o ajuizamento de demandas coletivas.

2.3.3 Da terceira onda Renovatória do Acesso à Justiça

Na terceira onda renovatória estudada se buscou inicialmente mecanismos para melhorar de forma direta o próprio Poder Judiciário, uma vez que, conforme afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-se a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que valem dos processos”⁹⁸¹.

Assim, devem ser buscados mecanismos para melhorar o Poder Judiciário de forma a o fazer cada vez mais eficiente, tornando a busca por meios alternativos de resoluções de conflitos seja, como afirma MICHELLE TARTUFFO, uma alternativa e não uma obrigação⁹⁸². Além disso, devem ser buscados meios para tornar as decisões judiciais melhores, porém sem diminuir a qualidade jurídica⁹⁸³.

Desse modo, na medida em que o Poder Judiciário permite o ajuizamento de demandas judiciais individuais ou coletivas por todas as pessoas, incluindo os desprovidos de recursos, urge a necessidade de se buscar melhorar o serviço público prestado pelo mesmo, como forma de efetivamente satisfazer as pessoas que o procuram, independentemente do resultado do processo judicial ser favorável ou não aos interesses dos demandantes, pois não há utilidade em garantir o acesso à justiça se não for garantido também, conforme afirma JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, o decesso à justiça, com a população efetivamente podendo entrar e sair do Poder Judiciário⁹⁸⁴ e não ficar

⁹⁷⁹No caso, a Lei Brasileira 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)

⁹⁸⁰No caso, a Lei Portuguesa 83/95(DIREITO DE PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL E DE AÇÃO POPULAR).

⁹⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.p.149.

⁹⁸²TARUFFO, Michelle - Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti, *Revista Argumenta - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, N 7 (2007), pp.257-270. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/84/84.p.264>.

⁹⁸³CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; LOPES, Joana Raquel Santos - A identificação das dimensões da gestão da qualidade na reforma dos sistemas judiciais. O caso dos tribunais portugueses, *Revista Lex Humana*. V 10, N 2 (2018), pp.60-68. Disponível em <http://200.156.15.185/seer/index.php/LexHumana/article/view/view/1595/726>. p.78.

⁹⁸⁴ALVIM, José Eduardo Carreira - Justiça: acesso e decesso, *Revista Jus Navigandi*, Ano 8, N 65 (2003),_p.1-3. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4078>. p.1.

esperando durante vários anos o desfecho de um litígio judicial em virtude das burocracias inerentes aos processos judiciais, assim como comumente acontece tanto no Brasil como em Portugal, principalmente nas causas com um nível de complexidade maior, como naquelas envolvendo herança com a presença de muito herdeiros e de um grande patrimônio⁹⁸⁵.

Assim, na terceira onda renovatória foram estudados, em um primeiro momento, mecanismos para dar mais celeridade aos processos judiciais, como, por exemplo, a necessidade da diminuição do número excessivo de recursos, a concentração dos atos judiciais, bem como a criação de juizados especializados no julgamento de pequenas causas, que possuem a finalidade de viabilizar um processo mais célere por meio da simplificação dos procedimentos para causas menos complexas⁹⁸⁶ e que, naturalmente, exigem uma dilação probatória mais reduzida, até mesmo para que o bem da vida que seja objeto do litígio não tenha um valor menor do que o gasto com a movimentação de toda a máquina pública do Poder Judiciário, o que também pode estimular, na linha defendida por IHERING, as pessoas a não abrirem mão dos seus direitos de pequena monta, as aproximando do Poder Judiciário⁹⁸⁷.

Esse ponto específico da terceira onda serviu como base para a Emenda Constitucional Brasileira número 45, que foi uma significativa mudança realizada na Constituição da República do Brasil na estrutura do Poder Judiciário brasileiro com o objetivo de dar uma maior capilaridade ao mesmo⁹⁸⁸.

Além disso, em um segundo momento, na terceira onda renovatória do processo também foram estudadas formas para solucionar os litígios sem ser por intermédio do Poder Judiciário, mas sim por meios mais informais e também menos custosos de solução dos conflitos, o que, na ótica de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, a qual concordamos, apesar de não diminuírem necessariamente a conflitualidade social e jurídica, colaboram com um relativo declínio da conflitualidade civil⁹⁸⁹, uma vez que as referidas formas extrajudiciais de resolução de conflitos acabam por aproximar as pessoas até mesmo nas situações em que não há a solução do litígio existente em determinado caso concreto, diferentemente do Poder Judiciário que acaba, em virtude das suas formalidades, afastando ainda mais as pessoas, situação que torna apenas os meios consensuais de resolução de conflitos capazes

⁹⁸⁵A situação em testilha muitas vezes acaba implicando no abandono de bens com valores históricos, que terminam sem cumprir a sua função social em virtude da existência de um litígio interminável acerca deles, acabando por atingir, dessa forma, o interesse de toda a sociedade.

⁹⁸⁶JUNIOR, Marco Aurélio Serau; DONOSO, Dênis - Os Juizados Especiais Federais e a retórica do acesso à justiça. In JUNIOR, Marco Aurélio Serau; Donoso, Dênis, *Juizados Especiais Federais: reflexões nos 10 anos de sua instalação*, Curitiba: Juruá, 2012. p.22.

⁹⁸⁷GALVÃO, Márcio Pirôpo - La experiencia brasileña de los juzgados especiales, La política pública de reducción de los costos procesales em pro de la solución de los conflictos, In SILVA, Adriano Rosa; MADURO, Flávio Mirza; GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; FILHO, Klever Paulo Leal - *Sociedade e Reivindicações de Direitos*, Rio de Janeiro: FGB/Pembroke Collins, 2020. pp.221-234. p.224.

⁹⁸⁸RIBEIRO, Ludmila - A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça, *Revista de Direito FGV*, N 8 (2008). pp.465-492. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/emenda-constitucional-45-questao-acesso-justica>. p.469.

⁹⁸⁹SANTOS, Boaventura de Souza - *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*, 14ªed, São Paulo: Cortez, 2013. p.16.

de solucionar a chamada “litigiosidade remanescente”⁹⁹⁰, que seriam as consequências para as relações que continuam mesmo após o Processo Judicial e que algumas vezes são efetivamente agravadas em virtude do mesmo.

Assim, ainda que no passado os meios de resolução não judicial de conflitos fossem vistos como uma justiça de segunda classe, na atualidade eles são vistos como uma forma de pacificação mais próxima da população⁹⁹¹, o que, naturalmente, pode, a depender do caso concreto, facilitar o fim do conflito entre os envolvidos.

Nesse diapasão, o presente ponto da terceira onda renovatória acaba servindo também para aclarar, tal como afirma BRUNO LOPES MEGNA, que o acesso ao Poder Judiciário é, ao menos como regra, um direito do cidadão e não um dever, uma vez que os envolvidos nos litígios possuem a faculdade, salvo em situações excepcionais, de, em comum acordo, buscarem outras formas de resolução dos seus conflitos⁹⁹².

Desse modo, surgiram os chamados Meios ou Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, ordinariamente conhecidos pela sigla MASCs, que são as formas de resolução fora do Poder Judiciário, como a negociação, a mediação, a conciliação e a resolução por meio da arbitragem⁹⁹³, que também são conhecidos pela sigla MESCs, que significa: Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos⁹⁹⁴, siglas nas quais, conforme será melhor explicitado em seguida, consideramos como igualmente adequadas para identificar o instituto em comento.

Desse modo, buscaremos analisar cada uma das principais formas de resolução de conflitos existentes, que podem ser estatais ou não estatais, haja vista a necessidade da coexistência de todas elas dentro de ordenamento jurídico, uma vez que atualmente se defende como modelo ideal de pacificação a existência de uma diversidade de opções para população, o chamado sistema multiportas de resolução de conflitos⁹⁹⁵, criado nos Estado Unidos na década de setenta sob a denominação “Multi-door Courthouses”⁹⁹⁶, em decorrência de uma palestra proferida em 1976 por FRANK SANDER, professor da Universidade Harvard⁹⁹⁷, no qual o mesmo defendia a possibilidade de cada cidadão escolher a

⁹⁹⁰PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos. (ADRS), In ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva - *Mediação de Conflitos*, Salvador: JusPodivm, 2016. pp.55-69. p.66.

⁹⁹¹DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. *Revista Direito e Democracia*, V 3, N 2 (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. pp.281-324. p.282.

⁹⁹²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.56.

⁹⁹³BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.36.

⁹⁹⁴GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.35.

⁹⁹⁵NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p.149.

⁹⁹⁶PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos. (ADRS). In ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva - *Mediação de Conflitos*, Salvador: JusPodivm, 2016, pp.55-69. p.58.

⁹⁹⁷GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.29.

porta que iria entrar no momento da busca pela resolução do litígio⁹⁹⁸, levando em consideração suas características pessoais, sua proximidade com a outra parte, bem como a natureza do litígio e do bem da vida que está sendo disputado, criando-se uma verdadeira “rede” integrada de resolução dos conflitos⁹⁹⁹, conforme sugere o Conselho Nacional de Justiça Brasileira¹⁰⁰⁰, levando em consideração, tal como afirma JOÃO LESSA DE AZEVEDO NETO, que cada conflito é diferente do outro, o que exige também uma forma diferente de resolução para cada um deles¹⁰⁰¹.

Além disso, ainda que nosso recorte de investigação tenha como foco principal a arbitragem, urge frisar que não se busca nesta tese doutoral encontrar qual é a melhor forma de resolução de conflitos de um modo geral, pois nosso entendimento é o de que todas as formas de resolução possuem o mesmo grau de importância e só as especificidades do caso concreto e as características pessoais das partes envolvidas no litígio é que poderão definir qual é a melhor forma de pacificação a ser utilizada para cada pessoa e em cada situação em que a mesma se encontrar, podendo a melhor forma de solução em determinado caso concreto ser justamente a por intermédio do Poder Judiciário, devido ao fato da presença do Poder Público no julgamento de determinados tipos de causas ser algo muitas vezes essencial, como acontece na demandas onde a intervenção do Ministério Público se faz imprescindível na atuação de fiscal da lei, como, por exemplo, na causa com a presença de interesse de incapazes.

Nesse diapasão, na atualidade, o sistema multiportas é expressamente adotado pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro¹⁰⁰², em vigor desde 2015, que prevê a necessidade do Poder Judiciário e dos demais entes que atuam no sistema de Justiça buscarem e estimularem, sempre que possível, os meios alternativos de resolução de conflitos¹⁰⁰³, não sendo o próprio Poder Judiciário tratado apenas como um lugar de julgamento por um juiz togado, mas sim como um lugar de resolução de conflitos entre as pessoas¹⁰⁰⁴.

No mais, os estudiosos mais modernos estão preferindo substituir o termo meios alternativos pelo termo meios adequados, justamente porque deverá ser analisado diante de cada caso concreto

⁹⁹⁸CUNHA, Leonardo Carneiro da - *Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.893.

⁹⁹⁹CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.71.

¹⁰⁰⁰Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro-CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro: art.5º: Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

¹⁰⁰¹NETO, João Lessa de Azevedo - A arbitragem e o Poder público, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

¹⁰⁰²FILHO, Fernando Fortes Said - A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça, *Revista da AJURIS*, V 44, N 142 (2017), pp.1-22. Disponível em <https://seer.ufs.br/index.php/dike>. p.198.

¹⁰⁰³Lei Brasileira 13.105/15 (Código de Processo Civil Brasileiro) Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdiccional ameaça ou lesão a direito: § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁰⁰⁴CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): “Mediação sem mediador” , *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/405>. p.472

qual é a forma mais adequada de resolver um litígio dentre as opções existentes¹⁰⁰⁵, o que pode envolver também questões extrajurídicas, como as de ordem sociais, econômicas e até mesmo de ordem psíquica dos envolvidos¹⁰⁰⁶.

Além disso, existem também autores que preferem o uso do termo “meio consensuais”¹⁰⁰⁷.

O objetivo no uso dessas últimas terminologias se dá com o intuito justamente de evitar a cultura, ainda existente, conforme visto alhures, de que o Poder Judiciário é a forma padrão básica de resolução dos conflitos¹⁰⁰⁸ e as outras formas seriam apenas alternativas para o evitar.

Além disso, essas terminologias mais atuais visam evitar o fato de existir quem considere o Poder Judiciário a forma normal de resolução de conflitos, enquanto as outras formas de resolução seriam meios anormais¹⁰⁰⁹, quando, em verdade, todas as formas de resolução de conflitos devem ser vistas como opções com o mesmo grau de importância à disposição do cidadão, que poderá decidir qual ira utilizar a depender das peculiaridades do caso concreto, bem como a depender também de quais são as suas preferências de ordem pessoal.

Nesse sentido, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA afirmam que a mediação e conciliação não devem ser medidas encaradas como uma forma apenas de desafogar o Poder Judiciário ou de conseguir uma decisão mais célere do que a dada por esse último, mas sim como formas de resolução de conflitos que sejam a mais adequadas para determinados casos concretos¹⁰¹⁰.

De qualquer forma, no decorrer do presente estudo as referidas terminologias usadas para nomear as formas de resolução diferentes do Judiciário serão utilizadas como sinônimas devido ao fato de cada autor estudado acabar vindo por utilizar o termo de sua preferência dentro das convicções que lhe são pessoais.

Além disso, consideramos que todos os meios de resolução de disputas são igualmente adequados, porém não deixam de ser alternativas à resolução pelo Poder Judiciário, o que nos faz concordar com CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS ao afirmar que o uso do termo “alternativo” não pode ser estigmatizado como algo secundário ou menos importante¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁵CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.894.

¹⁰⁰⁶MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.164.

¹⁰⁰⁷SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares - Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia, *Revista de Informação Legislativa do Senado*, N 182 (2009), pp.75-88. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916.p.77>.

¹⁰⁰⁸VILAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO, Michele Cândido - Defensoria como agente na mediação de conflitos, In. SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.247-268. p.250.

¹⁰⁰⁹UBÍRIA, Fernando - Cultura de Prevención del dano y ejercicio del derecho. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2019. Palestra proferida no evento: *Congresso Internacional de Altos Estudos Jurídicos – CAED-JUS*, 2019.

¹⁰¹⁰CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): “Mediação sem mediador”, *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdf.jus.br/xmlui/handle/tjdf/405>. p.2

¹⁰¹¹FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.25.

Assim, não nos parece equivocada o uso de nenhuma das terminologias mencionadas, pois consideramos a utilização de todas de suma importância para poder colaborar em deixar o Poder Judiciário menos desafogado para julgar as causas que necessariamente devem ser julgados pelo referido poder, como nos seguintes exemplos trazidos por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “anulação de casamento, homologação de sentença estrangeira, ação rescisória, ações no controle direito de constitucionalidade”¹⁰¹².

Concordamos com os exemplos mencionados por MANCUSO, pois a anulação do casamento é diferente de um divórcio, o qual, inexistindo interesses de menores, entendemos desnecessário a presença do Estado, diferentemente da anulação onde o que está em jogo é a existência de um vício que irá tornar sem efeito a mudança do estado civil das pessoas; já na homologação de sentença estrangeira a questão envolvida é a própria soberania do Estado, que é um ponto extremamente relevante; assim como na ação rescisória a demanda se dá contra um dos poderes da República, no caso, o próprio Poder Judiciário, o mesmo acontecendo nas ações de inconstitucionalidade em relação ao Poder Legislativo. Assim, de fato, nessas situações a presença do Estado por meio de um juiz togado proferindo o julgamento é essencial, não havendo o que se falar em relação ao tema em formas extrajudiciais de resolução dos conflitos.

Além dessas situações nas quais necessariamente deve existir a intervenção do Poder Judiciário, existem algumas outras nas quais as formas de resolução de conflitos sem a presença do Estado não seja recomendável, como, por exemplo, quando não existe um equilíbrio entre as partes envolvidas ou, ainda, no caso em por qualquer razão, física ou jurídica, uma das partes do litígio não estiver em condições de livremente manifestar seu interesse por uma forma não judicial de resolução de uma desavença¹⁰¹³.

No mais, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO usava a expressão “justiça parajudicial”¹⁰¹⁴. Entretanto, não concordávamos com a referida terminologia porque ela colocava os meios de resolução dos conflitos diferentes da resolução por intermédio do Poder Judiciário como se estivessem em uma situação paralela à jurisdição, quando, em verdade, entendemos, conforme será visto no tópico 2.9.3, que a arbitragem especificamente é uma espécie de jurisdição.

Assim, poderíamos utilizar a expressão em testilha para a conciliação, para a mediação e para a negociação, porém não para o procedimento arbitral, que pode ser considerado parajudicial, mas não parajudicial, não sendo por outra razão que o próprio DINAMARCO não usa mais na atualidade

¹⁰¹²MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.434.

¹⁰¹³PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos. (ADRS), In ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva - *Mediação de Conflitos*, Salvador: JusPodivm, 2016. pp.55-69. p.60.

¹⁰¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2004.p.137.

a referida expressão devido ao fato de reconhecer na sua obra mais atualizada o caráter efetivamente jurisdicional da arbitragem¹⁰¹⁵.

2.3.4 Da quarta onda Renovatória do Acesso à Justiça

Alguns autores aprofundaram os estudos de CAPPELLETTI e GARTH a ponto de afirmarem que existe na atualidade uma quarta onda de acesso à justiça, que teria foco no estudo da ética na atuação dos profissionais da área jurídica¹⁰¹⁶, o que inclui a preocupação com a trabalho dos árbitros e de todos os profissionais que participam do procedimento de arbitragem (objeto de estudo mais aprofundado desta tese), incluindo também eventuais peritos e advogados, o mesmo se estendendo para as partes litigantes, que também devem agir com lealdade e cooperação, sob pena de receberem condenações por litigância de má-fé.

No entanto, a questões de ordem ética não nos parecem uma preocupação específica do processo judicial nem mesmo específica das Ciências Jurídicas, uma vez que todos os profissionais devem agir de forma ética perante as pessoas que os procuram e diante dos seus colegas de profissão, sendo por esse motivo que é comum a existência de Códigos de Éticas nas mais variadas profissões existentes, bem como o estudo da matéria ética profissional em diversos cursos de graduações e licenciaturas das mais variadas áreas de conhecimento tanto em Portugal, como no Brasil, como em diversos outros Estados.

Desse modo, naturalmente consideramos as questões éticas de suma importância em todas as formas de resolução de conflitos, sejam as mesmas jurisdicionais ou não, porém não encontramos razões para justificar o seu tratamento como uma onda renovatória específica do acesso à justiça.

De qualquer forma, urge frisar de que não temos dúvidas de que para o sucesso de uma arbitragem realizada em uma Parceria Público-Privada a ética deve prevalecer tanto por parte do árbitro como parte dos parceiros públicos e privados, bem como de eventuais advogados que atuem no procedimento arbitral, fazendo-se necessária a adoção de compromissos éticos no contexto das contratações públicas¹⁰¹⁷.

2.4 Das espécies de resolução judiciais de conflitos: introito.

Inicialmente, FERNANDA MEDINA PANTOJA e RAFAEL ALVES DE ALMEIDA lembram que nem sempre os conflitos foram resolvidos pelo Estado, uma vez que outrora a resolução se dava ou pela força física ou

¹⁰¹⁵DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.p.211.

¹⁰¹⁶BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016.p.25.

¹⁰¹⁷FONSECA, Isabel Celeste - Das modas da contratação pública, códigos de ética e pactos de integridade: um *must have* contra a corrupção, In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020.p.53.

por um acordo com sacrifício de interesses ou, ainda, por meio da escolha de um terceiro de confiança das partes envolvidas para solucionar a desavença¹⁰¹⁸.

Desse modo, o que se chama hoje de resolução extrajudicial dos conflitos existe antes da criação do Poder Judiciário e até mesmo antes da existência do próprio Estado. Naturalmente, com o tempo foi criado o Estado e, em consequência, o Poder Judiciário como mais uma alternativa para solucionar os conflitos além das opções já existentes.

Assim, a doutrina especializada ordinariamente divide as formas de resolução de conflitos em três grandes subdivisões, quais sejam: a autotutela, quando uma pessoa resolve um conflito por conta própria; a autocomposição, quando as partes envolvidas no litígio resolvem o conflito em comum acordo com ou sem a ajuda de um terceiro e a heterocomposição, quando quem decide o conflito é um terceiro, escolhido ou não pelas partes.

Nos tópicos seguintes passaremos a analisar cada uma dessas formas de resolução das desavenças.

2.5 Da autotutela

O prefixo auto, em tradução livre, significa “aquilo que funciona por si mesmo” e o sufixo “tutela” significa “proteção”. Assim, a autotutela ou autodefesa como forma de resolução de conflitos seria quando a pessoa age por conta própria, a chamada justiça realizada pelas próprias mãos, seria a prevalência da lei do mais forte¹⁰¹⁹, com a aniquilação do outro¹⁰²⁰, forma de litígio típica do direito primitivo¹⁰²¹ e da ausência estatal¹⁰²², sendo considerada um meio de justiça precário e aleatório de resolução dos conflitos, pois acaba vindo a ser uma injustiça com a parte mais fraca, incapaz de se defender¹⁰²³. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma ser a autotutela uma: “espécie egoísta de autocomposição unilateral, é antissocial e incivilizada”¹⁰²⁴, adjetivos aos quais somos obrigados a concordar, pois não é de se imaginar que alguém possa defender como justo e razoável que a pessoa saia vencedora em um litígio pelo simples fato de ser mais forte ou de possuir armas mais fortes.

Além disso, a autotutela pode vir a colocar fim ao litígio, com o término na discussão, porém sem acabar com a animosidade entre as partes envolvidas, mantendo-se, assim, a desarmonia do

¹⁰¹⁸PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos. (ADRS), In ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva - *Mediação de Conflitos*, Salvador: JusPodivm, 2016. pp.55-69. p.55.

¹⁰¹⁹SILVA, Adriana dos Santos - *Acesso à Justiça e Arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005. p.4

¹⁰²⁰SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco - A (im) possibilidade da (auto) composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, V 18, N 3 (2017), pp.69-93. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30729>. p.83.

¹⁰²¹KELSEN, Hans - *A paz pelo Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.4.

¹⁰²²CATHARINA, Alexandre - A mediação como política pública e sua contribuição para construção de uma nova dimensão do princípio do acesso à justiça, *Direito das Políticas Públicas: revista do programa de pós-graduação em Direito da Unirio*, V 1, N2 (2019), pp.130-147. p.138.

¹⁰²³COSTA, Nilton César Antunes da Costa - *Poderes do árbitro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.36.

¹⁰²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.p.155.

meio social¹⁰²⁵, o que acaba vindo por não atender o interesse público primário, sendo por isso que JEAN JACQUES ROUSSEAU afirmava não enxergar moralidade em um ato de força física e concluía que a mesma não fazia Direito, devendo as pessoas só obedecerem aos poderes legítimos, o que não se conquista por intermédio da força física¹⁰²⁶.

Desse modo, com o tempo, a sociedade começou a ter uma formação ética que tornou ultrapassada os conceitos mais primitivos, trazendo a necessidade de se delimitar a atuação dos mais fortes na resolução dos litígios¹⁰²⁷, com a busca de outras formas mais justas de pacificação e que dessem oportunidade também aos mais vulneráveis de efetivarem a busca pelos seus direitos.

Assim, com a evolução da sociedade, a autotutela passou a ser vedada na maioria dos Estados, cabendo apenas ao Poder Público o uso “legítimo da violência”¹⁰²⁸, tal como acontece, como regra, tanto no ordenamento jurídico português como no ordenamento jurídico brasileiro, onde a justiça pelas próprias mãos é tipificada como crime¹⁰²⁹, salvo em situações excepcionais, como no caso de cortar as raízes que ultrapassam o muro do vizinho¹⁰³⁰ ou ainda no caso de legítima defesa e no caso de estado de necessidade¹⁰³¹, situações que se inserem no chamado direito de resistência, previsto na Constituição Portuguesa para as situações nas quais os particulares efetivamente precisam por conta própria repelir uma ofensa que estão sofrendo em um contexto no qual não seja possível recorrer ao Poder Público¹⁰³², o que se alinha ao direito de resistência do indivíduo contra o próprio Estado defendido por JOHN LOCKE quando o príncipe era o responsável pela prática de um ato de tirania¹⁰³³.

Outra situação existente tanto no Brasil¹⁰³⁴ como em Portugal¹⁰³⁵ trazida por alguns autores como exemplo de autotutela é o Direito dos trabalhadores públicos e privados realizarem greve¹⁰³⁶ em busca de melhores condições de trabalho e de melhores salários¹⁰³⁷.

¹⁰²⁵SCHLICHTING, Arno Melo - *Teoria Geral do Processo*, Livro 1, 3ªed, Florianópolis: Momento Atual, 2007. p.27

¹⁰²⁶ROUSSEAU, Jean-Jacques - *O contrato social*, Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&M, 2008. p.26/27.

¹⁰²⁷NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p.38

¹⁰²⁸TOMAZETTE, Marlon - Internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, V 9 (2012), pp.93-121. Disponível em <https://www.publicaco.esacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>. p.97.

¹⁰²⁹Código Penal Brasileiro: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

¹⁰³⁰BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*. Coimbra: Almedina, 2019. p.34.

¹⁰³¹DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.53.

¹⁰³²Constituição Portuguesa: Art.21º Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

¹⁰³³LOCKE, John - *Dois tratados sobre o governo*, Trad.Júlio Fischer, Martins Fontes: São Paulo, 1998. p.560/570.

¹⁰³⁴Constituição Brasileira de 1988: Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

¹⁰³⁵Constituição Portuguesa de 1976: Art. 57 1. É garantido o direito à greve.

¹⁰³⁶SENA, Adriana Goulart - Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça, *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg*, V 46, N 76. (2007), pp.91-114. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73935>. p.94.

¹⁰³⁷Entretanto, o movimento grevista acaba servindo como uma forma de pressão para se buscar uma resolução dos litígios por outras alternativas, pois dificilmente os grevistas conseguem sozinhos impor as suas vontades e colocar fim ao litígio, principalmente em se tratando de uma greve envolvendo agentes públicos, uma vez que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, tanto no Brasil como em Portugal. Assim, caso os agentes públicos realizem uma greve em busca de melhores salários, o conflito possivelmente só poderá vir a ser solucionado por intermédio de uma lei a ser realizada pelo parlamento.

Enfim, a autotutela só é utilizada em Estados civilizados, como é o caso de Portugal e do Brasil, em situações excepcionalíssimas e que estejam previstas na legislação local e em consonância com a Constituição, não podendo vir a ser considerada uma opção de resolução de conflitos para as partes envolvidas no litígio, não devendo muito menos ser incentivada pelo Poder Público.

Desse modo, deve haver outros mecanismos de resolução das desavenças entre as pessoas nas quais elas resolvam o litígio em comum acordo, com ou sem a ajuda de terceiros, conforme será visto a partir do próximo tópico.

2.6 Da autocomposição

O pré-fixo auto significa, conforme mencionado no tópico anterior, “aquilo que funciona por si mesmo”, já o sufixo “composição” significa acordo. Assim, a presente forma de resolução de conflitos se dá quando as próprias partes envolvidas no litígio decidem de forma autônoma e em comum acordo colocar fim à desavença, o que pode ser feito com a ajuda de um terceiro, porém esse terceiro não decide a lide e sim apenas auxilia os litigantes a chegarem a um denominador comum, por meio de “indagações criativas”¹⁰³⁸, sendo o referido terceiro um mero facilitador¹⁰³⁹.

Desse modo, o terceiro acaba gerando o que se chama de “empowerment” (empoderamento) das partes envolvidas, que não estariam deixando para um terceiro resolver o litígio e sim participando de forma ativa da sua resolução¹⁰⁴⁰, buscando analisar a situação não apenas se voltando para o passado, tal como faz o Poder Judiciário, mas também incluindo o futuro como uma perspectiva a ser averiguada pelas pessoas envolvidas¹⁰⁴¹.

Desta feita, o principal aspecto da autocomposição é a autonomia das próprias partes para colocarem fim ao conflito¹⁰⁴², são elas quem efetivamente decide por conta própria qual a solução a ser dada para o caso concreto, o que faz com que JOEL FIGUEIRA JUNIOR defenda ser a autocomposição a melhor maneira de solucionar as “lides sociológicas”¹⁰⁴³, sendo por essa razão também que ALEXANDRE CATHARINA defende a necessidade de se tratar a mediação e o acesso à justiça a partir do aspecto da sociabilidade como forma de dar uma maior autonomia ao cidadão e não apenas como um mecanismo para desafogar o Poder Judiciário¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁸BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.36.

¹⁰³⁹DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.p.433.

¹⁰⁴⁰LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes - Sistemas Multiportas. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp.43-71. p.46.

¹⁰⁴¹TARTUCE, Fernanda - *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>.

¹⁰⁴²ROCHA, José de Albuquerque - *Teoria Geral do Processo*, 10ªed, São Paulo: Atlas, 2009.p.13.

¹⁰⁴³JUNIOR, Figueira Joel - *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.65.

¹⁰⁴⁴CATHARINA, Alexandre - A mediação como política pública e sua contribuição para construção de uma nova dimensão do princípio do acesso à justiça. *Direito das Políticas Públicas: revista do programa de pós-graduação em Direito da Unirio*, V 1, N2 (2019), pp.132/133.

Assim, são espécies de autocomposição, no nosso entendimento, a mediação e a conciliação, que serão abordadas nos tópicos seguintes. Existem autores defendendo que a mediação e a conciliação seriam “meios heterocompositivos e não jurisdicionais de resolução de conflitos”¹⁰⁴⁵ pelo fato de existir a presença de um terceiro. Nesse sentido, WLADIMIR BRITO divide os meios heterocompositivos em heterotutela e heterocomposição, sendo a primeira a situação na qual existe um terceiro parcial e na segunda um terceiro imparcial, o que seria o caso da mediação, da conciliação, da arbitragem e do processo judicial¹⁰⁴⁶.

Entretanto, não utilizamos a última divisão mencionada porque o terceiro em questão efetivamente não decide o litígio e a composição acaba sendo realizada apenas pela vontade das partes envolvidas. De qualquer forma, não há o que se falar em uma divisão ser mais acertada do que a outra e sim em uma opção terminológica de cada autor. Caso o estudioso da matéria tenha um olhar mais voltado para o próprio procedimento, haverá uma tendência para se incluir a mediação e a conciliação como o heterocomposição. Por outro lado, caso o olhar seja dado para quem é o sujeito responsável por efetivamente decidir o litígio¹⁰⁴⁷, é o caso de incluir, tal como fazemos, a mediação e a conciliação como espécie de autocomposição.

No mais, parte da doutrina, conforme também será visto, ainda menciona a negociação como uma forma autônoma de resolução de conflitos, sendo por essa razão que essa última também será objeto de nosso estudo.

Outrossim, essas formas de resolução de conflitos possuem natureza jurídica de equivalentes jurisdicionais, pois são meios de tutelar direitos que não são jurisdição,¹⁰⁴⁸ pois essa última se dá, conforme será visto em seguida, quando é o terceiro quem decide o conflito entre as pessoas com força de coisa julgada. De qualquer forma, a autocomposição acaba atingido o mesmo fim da jurisdição, que é a pacificação entre as pessoas.

Desse modo, as formas de resolução de conflitos em testilha se equivalem à jurisdição na função de colocar fim aos litígios e oportunizar a paz social, porém não possuem a função de dizer o Direito com força de coisa julgada, sendo por isso consideradas semelhantes, porém não iguais.

¹⁰⁴⁵CARVALHAL, Ana Paula Z - A arbitragem administrativa em Portugal, *Revista FMU Direito*, Ano 24, N 33 (2010). pp.1-18. p.3.

¹⁰⁴⁶BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.35/35.

¹⁰⁴⁷FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.27.

¹⁰⁴⁸JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.201.

De qualquer forma, essas formas de pacificação são consideradas formas menos adversariais de resolução extrajudicial de conflito do que a arbitragem, o que faz existir uma busca dos acadêmicos por uma maior valorização delas¹⁰⁴⁹.

Ademais, especificamente em relação às conciliações e às mediações realizadas pelo Poder Público, tal como se permite, assim como será visto em seguida, a opção pelos meios autocompositivos de resolução de conflitos possuem uma benesse a mais com o fim do litígio para os particulares envolvidos, qual seja: a realização do pagamento de eventual verba acordada sem ser por meio de uma sistemática especial, como, por exemplo, o pagamento por meio de precatórios, tal como acontece no Brasil, situação que diferencia o cumprimento das formas de resolução de conflitos agora estudadas da execução das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário e também, conforme será visto em seguida, da execução das decisões proferidas pelos árbitros.

A referente benesse nas formas de autocomposição do litígio decorre do fato de que os acordos realizados pelo Poder Público já levam em consideração o orçamento previsto¹⁰⁵⁰.

Ante o exposto, passaremos no tópico a seguir a analisar cada uma das formas de autocomposição, que, diga-se, podem ser bilaterais ou multilaterais, a depender da quantidade de pessoas envolvidas¹⁰⁵¹, tendo em vista que os conflitos envolvem sempre no mínimo duas pessoas, porém não possuem um número máximo de possíveis envolvidos.

Naturalmente, quanto menor for o número de pessoas envolvidas, maior vai ser a possibilidade de uma resolução não jurisdicional, mas a referida realidade não impede, ao menos juridicamente, a resolução não judicial em causas coletivas, salvo quando houver alguma vedação legal nesse sentido, tal como acontecia nas ações de improbidade administrativa no Brasil até o ano de 2019¹⁰⁵².

2.6.1 Da conciliação

O termo “conciliação” vem do latim “conciliatone”, que, nas palavras de J.S. FAGUNDES CUNHA, significa o “ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação”¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹CASANOVA, Karin Helmimgler; TAMBURRINO, Javier Cruz - Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile, In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón. (Coords.) - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago. CEJA: 2005. pp.115-125. p.116.

¹⁰⁵⁰MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.280.

¹⁰⁵¹DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo, 2007.p.13.

¹⁰⁵²A Lei Brasileira 8429/92(Lei de Improbidade Administrativa) previa o seguinte: Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (Grifos nossos). Entretanto, em 2019 a Lei Brasileira nº 13.964 alterou o referido parágrafo, que passou a ter a seguinte redação: § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Grifos nossos).

¹⁰⁵³CUNHA, Fagundes. J.S - *A mediação e a arbitragem endoprocessual*. Disponível em <http://www.fagundes Cunha.org.br/artigos/DA%20MEDIA%C7%C3%20E%20DA%20ARBITRAGEM%20ENDOPROCESSUAL.pdf>. p.6.

Assim, a conciliação é o método de resolução de conflitos no qual um terceiro, que não possui um vínculo com as partes envolvidas, estimula essas últimas, que também não possuem necessariamente um vínculo prévio entre si antes da desavença, a buscarem um acordo que possa colocar fim ao litígio¹⁰⁵⁴, sem que haja um interesse de manter um relacionamento previamente existente, mas sim, apenas, em resolver questões de ordem meramente material¹⁰⁵⁵, como, por exemplo, uma composição de um dano causado em uma acidente de trânsito, situação na qual normalmente os envolvidos não se conhecem ou, ainda que se conheçam, o litígio causado não decorre de um atrito na relação existente entre os envolvidos. Outro exemplo seria na relação entre o consumidor e um fornecedor de um produto ou serviço¹⁰⁵⁶, situação na qual ordinariamente as partes só se conhecem quando do momento da contratação, que, muitas vezes, é realizada até mesmo por telefone ou pela rede mundial de computadores.

Na conciliação o terceiro pode até propor soluções, mas não pode coagir ou induzir as partes a solucionarem o litígio de determinada forma, cabendo a essas últimas efetivamente decidirem como encerrar a desavença por meio de um acordo, onde normalmente cada parte vai ceder um pouco em sua pretensão com fito de obter de imediato uma solução pacífica e, conforme será visto ao final do presente tópico, já passível de ser executada, caso não haja o cumprimento espontâneo, o que não se espera acontecer, tendo em vista que a decisão foi tomada em comum acordo, o que estimula às partes a cumprir o estipulado, diferentemente do litígio resolvido de forma impositiva, que acaba provocando a interposição de vários recursos e uma “eternização dos litígios”¹⁰⁵⁷.

Desse modo, como afirma BRUNO LOPES MEGNA, uma das principais características da filosofia pela busca dos meios consensuais de resolução de conflitos é o entendimento de que haverá uma maior probabilidade de cumprimento espontâneo quanto maior for a base de consenso no meio de resolução da desavença utilizado.¹⁰⁵⁸

Caso mesmo com a ajuda do terceiro os envolvidos não solucionem a desavença, o conciliador não poderá decidir e o litígio ficará, em um primeiro momento, sem solução, podendo qualquer das partes envolvidas buscar o Poder Judiciário, cabendo a esse último decidir de forma obrigatória e definitiva o litígio, podendo ainda as partes envolvidas optarem por outros mecanismos de solução que também serão estudados no presente capítulo.

¹⁰⁵⁴BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.85-84.

¹⁰⁵⁵VASCONCELOS, Carlos Eduardo de - *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, São Paulo: Método, 2008. p.38

¹⁰⁵⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.48.

¹⁰⁵⁷*Idem, ibidem*. p.51

¹⁰⁵⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.273.

Ademais, não cabe ao próprio conciliador encaminhar o feito ao Poder Judiciário, sendo a vontade de uma ou de algumas das partes que deve retirar os magistrados da inércia, não podendo também o conciliador encaminhar a questão para um juízo arbitral, só podendo esse ser, conforme será visto em seguida, chamado para resolver uma desavença por iniciativa e em consenso das próprias partes envolvidas na mesma. O que pode o conciliador fazer é, além de explicar as vantagens de resolver um litígio por intermédio de uma conciliação, explicar aos envolvidos quais são e no que consistem as outras formas de resolução de conflito, bem como quais são as vantagens e desvantagens da opção pelas mesmas, de forma a empoderar as partes para realizar a escolha mais acertada de como resolver o conflito a depender das peculiaridades de cada caso concreto.

Outrossim, qualquer pessoa capaz pode ser constituída como conciliador, sendo comum a existência de centros de conciliação em instituições públicas e privadas tanto no Brasil como em Portugal nas quais as partes envolvidas em um litígio podem procurar em comum acordo caso nutram confiança nas referidas instituições e assim o desejem fazer, tomando, naturalmente, cuidado para não procurarem entidades não confiáveis criadas com o objetivo de se aproveitar de pessoas que estão em um momento delicado em suas vidas.

Em tese, o próprio juiz togado pode atuar como conciliador e buscar encerrar o processo judicial por meio da feitura de um acordo, evitando toda a instrução processual, sendo, inclusive, recomendável que o magistrado assim o faça no decorrer do processo de conhecimento e antes de proferir o julgamento da causa, sendo por esse motivo que FRANCISCO JOSÉ CAHALI afirma que a conciliação tem historicamente uma intimidade com o Poder Judiciário¹⁰⁵⁹, em posição que concordamos devido ao fato da mesma atingir o interesse das partes envolvidas e do próprio juízo, que consegue dar uma maior celeridade aos seus feitos. Nesse sentido, alguns autores, como é o caso de CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, diferenciam a mediação da conciliação em virtude da aproximação dessa última com o processo¹⁰⁶⁰, sendo a conciliação, diferentemente da mediação, necessariamente conduzida por um juiz ou por um árbitro, conforme a ótica da referida autora¹⁰⁶¹.

Desse modo, ainda que, conforme será visto em seguida, nossa visão sobre a diferença entre conciliação e mediação seja diferente da exposta por MELO FIGUEIRAS, não temos dúvida de que o juiz togado pode buscar a conciliação, da mesma forma que um árbitro também pode receber das partes o poder de atuar previamente como conciliador¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação, Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.49.

¹⁰⁶⁰FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.205.

¹⁰⁶¹FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - Mediação em matéria tributária: uma singela proposta, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.306.

¹⁰⁶²BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.35.

O próprio Código de Processo Civil-CPC Português dá a entender que em Portugal apenas o juiz pode realizar a conciliação quando já iniciado um processo judicial¹⁰⁶³ conforme interpretação dada por alguns autores especializados ao analisarem a expressão “presidida pelo juiz”¹⁰⁶⁴.

Entretanto, por mais que realmente seja preferível a finalização de um processo por meio de um acordo e não de uma sentença, até mesmo para estimular o cumprimento espontâneo, urge a necessidade de ser colocado à disposição das pessoas envolvidas no litígio conciliadores que não sejam juizes, pois esses últimos são formados para julgar e não para decidir, o mesmo se esperando, diga-se, dos árbitros, não possuindo ambos, como regra, qualquer formação em técnicas de negociação¹⁰⁶⁵.

No mais, o ambiente extremamente formal de um local de julgamento normalmente não é o mais apropriado para estimular a realização de um acordo entre os litigantes.

Além disso, a própria figura do juiz pode acabar estrangendo as partes a realizarem um acordo sem que estejam satisfeitas com os termos pactuados, o que não é algo desejável, devendo se ter muito cuidado com o risco do juiz acabar coagindo as partes¹⁰⁶⁶, sendo recomendável, então, que o juiz responsável por tentar a conciliação não seja o mesmo responsável por proferir a sentença no caso de não existir a feitura de um acordo, devendo ser as partes julgadas pelo mesmo juízo onde aconteceu a conciliação, mas não pelo mesmo juiz¹⁰⁶⁷.

Ademais, o magistrado pode na busca de uma conciliação acabar se envolvendo com a causa, o que pode vir a influenciar um eventual julgamento que se faça necessário¹⁰⁶⁸, em virtude de conceitos prévios que o juiz pode vir acabar adquirindo em relação ao caso e aos envolvidos, o que, naturalmente, pode vir a gerar um pré-julgamento do juiz.

Desse modo, entendemos que quando a legislação portuguesa afirma caber ao juiz presidir a conciliação realizada no decorrer do processo, deve ser possível ao mesmo optar por delegar essa atribuição para um conciliador especializado, assim como deve ser aceita a conciliação fora do referido poder.

Importante se faz destacar um ponto dos parágrafos anteriores: o ambiente de uma conciliação deve ser passível de estimular o acordo entre as partes, sendo um local adequado para a resolução

¹⁰⁶³Lei Portuguesa 41/2013(Código de Processo Civil Português): art.594, III: 3 - A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio.

¹⁰⁶⁴FILHO, Nelson Antonio Daiha - Mediação e conciliação intra-judiciais: um diálogo entre os direitos inglês, brasileiro e português, *A Revista Direito UNIFACS*, N 235 (2020), pp.1-36. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6514>. pp.1-36. p.14.

¹⁰⁶⁵FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.272.

¹⁰⁶⁶GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.106.

¹⁰⁶⁷*Idem, ibidem*.p.108.

¹⁰⁶⁸CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.912.

dos conflitos uma questão extremamente valiosa para o sucesso em se conseguir um acordo¹⁰⁶⁹, o que inclui o uso de roupas leves e a inexistência de símbolos que inibam as partes envolvidas no litígio na busca por uma solução amistosa¹⁰⁷⁰.

Um dos obstáculos do acesso à justiça é justamente o obstáculo psicológico, representado pela dificuldade na qual muitas pessoas, principalmente as mais humildes, possuem em procurar o Poder Judiciário, uma vez que até mesmo a própria arquitetura muitas vezes majestosa dos tribunais¹⁰⁷¹ acaba causando temor nos cidadãos, tendo em vista que os prédios dos tribunais são feitos com a ideia, como afirma MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES LORENCI, “do litígio e do formalismo”¹⁰⁷², servindo, conforme entendimento de CÉCILE VIGOUR, para fazer parecer que o Poder Judiciário é uma instituição fora do seu tempo¹⁰⁷³, o que pode vir a desestimular a feitura de uma resolução amigável pelos envolvidos em virtude do distanciamento gerado.

Além disso, o próprio linguajar usado nos processos judiciais pelos magistrados e demais operadores do Direito, chamado pelos estudiosos da área de “juridiquês”¹⁰⁷⁴, é muitas vezes de pouca compreensão para o público em geral leigo na área jurídica, em virtude do excesso de termos formais e arcaicos e até mesmo do uso excessivo do latim¹⁰⁷⁵ ou, ainda, da reutilização de termos jurídicos usualmente não utilizados pelas pessoas no seu cotidiano¹⁰⁷⁶, existindo uma diferença entre a linguagem da lei e a linguagem dos juristas, ambos, no entanto, como alerta de forma crítica JOSÉ CALVO GONZÁLES, com uso de expressões do vocábulo natural com sentidos diferentes do usualmente utilizado pela população¹⁰⁷⁷.

A realidade supramencionada faz o Direito ser muitas vezes acessível apenas aos especialistas em Ciências Jurídicas¹⁰⁷⁸, gerando, como afirma PIERRE BOURDIEU, um monopólio no meio jurídico acessível apenas aos próprios profissionais da referida área do conhecimento¹⁰⁷⁹, implicando, assim, em uma dependência da sociedade aos profissionais das carreiras jurídicas, dependência essa que deve

¹⁰⁶⁹BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016.p.85-84. p.119

¹⁰⁷⁰CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): “Mediação sem mediador”, *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/405>. p.3.

¹⁰⁷¹MORALLES, Luciana Camponez Pereira - *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.p.79.

¹⁰⁷²LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes - Sistemas Multiportas. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp.43-71. p.62.

¹⁰⁷³VIGOUR, Cecilia. L'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation du politique. *Droit et Société*, (2006), pp.425-455. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2006-2-page-425.htm>. p.428.

¹⁰⁷⁴FRÖHLICH, Luciane - Redação jurídica objetiva: o juridiquês no banco dos réus, *Revista da ESMESC*, V 22, N 28 (2015), pp.211-236. Disponível em <https://revista.esmesc.orb.br/re/article/view/128>. p.215.

¹⁰⁷⁵PEREIRA, Francisco Caetano - *O latim no discurso jurídica*, 2004, Trabalho de Pesquisa de pós- doutoramento, Departamento de Letras do Centro de Artes e Comunicação da Universidade Federal de Pernambuco. p.6.

¹⁰⁷⁶GARAVELLI, Bice Mortara - *Le parole e la giustizia: divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino: Giulio Einaudi, 2001. p.11.

¹⁰⁷⁷GONZALES, José Calvo - *La institución jurídica*, Málaga: Universidade de Málaga, 1986. 26/27.

¹⁰⁷⁸JUNIOR, Tércio Sampaio - *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*, 4ªed, São Paulo: Atlas, 2003.p.32.

¹⁰⁷⁹BOURDIEU, Pierre - *O poder simbólico*, 2ªed, Trad. de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p.233.

ser relativizada justamente pelos meios extrajudiciais de resolução dos conflitos, como a conciliação cá estudada.

Desse modo, importante se faz a presença de conciliadores preparados para tal mister, preferencialmente com uma formação específica em resolução dos conflitos e que não precisem necessariamente ter formação na área jurídica, sendo mais importante uma formação multidisciplinar, como, por exemplo, uma formação que envolva conhecimentos de psicologia, sendo por essa razão que a legislação colombiana prevê que os estudantes dos últimos períodos de Psicologia, Serviço Social, Psicopedagogia e Comunicação Social podem estagiar em centros de conciliação de forma a complementar a sua formação apoiando os conciliadores¹⁰⁸⁰.

Nesse sentido, existe a possibilidade, ainda, da existência de centros de conciliação com a presença de uma equipe formada por profissionais das mais diversas áreas do conhecimento, com cada litígio possuindo a participação do profissional com a formação mais adequada para o caso concreto ou até mesmo a participação de mais de um conciliador com formação diferente em um mesmo caso, é o que se chama de multidisciplinaridade, que é uma vertente cada vez mais exigida na própria prática jurídica¹⁰⁸¹.

Além disso, torna-se necessário nos referidos centros, na linha do acima já exposto, a existência de um ambiente propício para o estímulo do acordo, de preferência em um local onde prevaleça a informalidade, com o uso pelos conciliadores, conforme também mencionado acima, de um linguajar mais acessível do que o ordinariamente usado nos processos judiciais, devendo o conciliador agir de forma totalmente imparcial, procurando não dar mais atenção para uma parte do que para a outra¹⁰⁸² para não diminuir a credibilidade da sua atuação.

Tomando as cautelas acima mencionadas, aumentarão significativamente as chances de as partes envolvidas chegarem a um consenso que efetivamente coloque fim ao litígio existente entre elas, bem como que seja efetivamente cumprido pelas partes envolvidas, sem que se faça necessário um procedimento de execução perante o Poder Judiciário.

Outrossim, justamente reconhecendo a dificuldade mencionada do juiz togado realizar as conciliações e como forma de viabilizar a feitura de acordos nos processos já instaurados, existe dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, especificamente nos juizados especiais, as figuras dos

¹⁰⁸⁰SOUZA, Luciana de Moessa - Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.35-78. p.68.

¹⁰⁸¹DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal, *Revista Direito e Democracia*, V 3 N 2 (2002), pp.281-324. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/42236> . p.298.

¹⁰⁸²GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.60.

conciliadores judiciais e dos juízes leigos¹⁰⁸³, que possuem o intuito de ajudarem os magistrados na busca da solução consensual dentro do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, reputamos importante a presença da figura dos conciliadores dentro da estrutura do Poder Judiciário, porém não achamos necessária a presença dos juízes leigos, a começar pela terminologia, não sendo os mesmos nem juízes nem leigos. Além disso, reputamos por desnecessária a presença de um juiz leigo se, além do juiz togado, existe a figura do conciliador. A situação se agrava porque a mesma legislação brasileira prevê que, casos as partes de um processo judicial em um juizado brasileiro optem pela arbitragem, o árbitro deverá ser escolhido dentre os juízes leigos¹⁰⁸⁴, o que é uma delimitação não justificável para uma espécie de resolução de conflito regida, conforme será estudado a seguir, pela confiança das partes na pessoa responsável pelo julgamento das causas.

Os juízes leigos no Brasil, no entanto, não se confundem com os juízes de paz em Portugal, que proferem os julgamentos nos chamados Julgados de Paz, que são regulamentados pela lei portuguesa Lei n.º 78/2001 para um procedimento que estimula o acordo entre as partes¹⁰⁸⁵ e que tem atribuição para julgamento apenas de causas declarativas¹⁰⁸⁶ com profissionais selecionados por meio de concurso realizado pelo Ministério da Justiça¹⁰⁸⁷.

Consideramos os Julgados de Paz portugueses medida interessante e consoante com a terceira onda renovatória de CAPPELLETTI acima mencionada, pois se trata de um procedimento simplificado e célere para julgamento de causas específicas e que acaba vindo por estimular o acordo entre as partes envolvidas.

No mais, seria juridicamente possível a conciliação ser realizada nos litígios envolvendo o Poder Público mesmo que não existisse expressa previsão legal nesse sentido para as matérias administrativas de um modo geral nem em Portugal nem no Brasil. De qualquer forma, conforme será visto em seguida, em Portugal existe a referida previsão apenas para a mediação, porém entendemos que ela se aplica para a conciliação. No Brasil, por outro lado, também existe, conforme será visto em seguida, a previsão legal para o Poder Público participar de meios autocompositivos de resolução de conflitos, o que inclui a conciliação.

¹⁰⁸³Lei Brasileira 9099/95: Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

¹⁰⁸⁴Lei Brasileira 9099/95. Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

¹⁰⁸⁵Lei Portuguesa 78/2001. Art.2º: Princípios gerais. 1 - A atuação dos julgados de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes.

¹⁰⁸⁶Lei Portuguesa 78/2001. Art.6º: Da competência em razão do objeto. 1 - A competência dos julgados de paz é exclusiva a ações declarativas.

¹⁰⁸⁷Lei Portuguesa 78/2001. Art.24. Recrutamento e seleção. 1 - O recrutamento e a seleção dos juízes de paz é da responsabilidade do Ministério da Justiça, em colaboração com o Conselho dos Julgados de Paz, e é feito por concurso aberto para o efeito, mediante avaliação curricular e provas públicas.

Outrossim, a partir do momento que é possível ao Poder Público reconhecer um pedido em uma demanda perante o Poder Judiciário, bem como realizar um acordo em um processo judicial, é juridicamente possível também que, em prol do interesse público primário, ele renuncie a direitos patrimoniais disponíveis visando colocar fim a um litígio por meio de uma conciliação.

Assim, concordamos com o entendimento de GRÉGORE MOREIRA MOURA de que não haveria qualquer necessidade de norma autorizando ao gestor público fazer conciliação, uma vez que a busca da resolução extrajudicial de conflitos está de acordo com a defesa do interesse público primário¹⁰⁸⁸.

Entretanto, na prática não é tão simples ao Poder Público participar de conciliações devido ao fato de sempre haver para o agente público responsável por participar das negociações e transacionar com a coisa pública o temor de vir a responder um processo administrativo com base em uma suposta ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, por isso que não é uma prática comum para as Administrações Públicas portuguesas e brasileiras a resolução de conflitos por intermédio da presente forma de pacificação, sendo por essa razão também que, conforme será visto quando formos estudar no tópico seguinte a mediação, a legislação brasileira foi recentemente alterada para dar um maior respaldo para os agentes públicos que participam das formas de resolução extrajudicial de conflitos.

Por fim, caso a conciliação atinja o seu objetivo e vire um acordo, espera-se o cumprimento espontâneo do avençado devido ao fato da solução ter se dado por consenso. Entretanto, mesmo assim existe a possibilidade de uma das partes não cumprir o que foi acordado, tornando-se importante o resultado da conciliação ser um título executivo, pois, caso contrário, o referido procedimento de pacificação não terá qualquer efeito prático no caso da inexistência de cumprimento espontâneo.

Na legislação brasileira, o atual Código de Processo Civil afirma que a qualquer forma de autocomposição extrajudicial, o que inclui a conciliação, a mediação e a negociação, que for homologada por um juiz togado será um título executivo judicial¹⁰⁸⁹.

Entretanto, o ideal é o resultado da conciliação ser um título executivo sem se fazer necessária a homologação de um juiz, sendo por essa razão que o Código de Processo Civil Brasileiro prevê que o

¹⁰⁸⁸MOURA, Gregore Moreira de - Direito Constitucional Fraterno, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

¹⁰⁸⁹Lei brasileira 13.105/15(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

instrumento de transação decorrente de uma mediação ou de uma conciliação será um título executivo judicial no caso do mediador ou do conciliador ser credenciado pelo Poder Judiciário¹⁰⁹⁰.

Entendemos, no entanto, que não foi feliz o legislador brasileiro ao exigir o credenciamento pelo Poder Judiciário do responsável pela conciliação e pela mediação como condição para tornar o acordo realizado um título executivo, uma vez que a referida medida aproxima demasiadamente as referidas formas de resolução de conflitos do Poder Judiciário, o que não é algo desejável, seja porque sobrecarrega em demasiado o referido Poder, seja porque acaba desrespeitando a vontade das partes envolvidas no litígio que optaram por uma solução diferente da via judicial, além de acabar fomentando a cultura das pessoas em acreditar que o Poder Judiciário possui o monopólio ou a tutela da resolução dos conflitos.

De qualquer forma, o mesmo Código de Processo Civil brasileiro prevê que é um título executivo o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas¹⁰⁹¹, o que faz um termo de conciliação, tal como um de mediação e um de negociação, poder vir a ser assinado por duas testemunha e a ter o compromisso das partes de cumprirem o avençado, o que os tornarão devedores, sendo o referido termo um título executivo, no caso, extrajudicial, sem precisar da homologação de um juiz nem também do credenciamento dos conciliadores e dos mediadores por um tribunal. Assim, o Poder Judiciário só será chamado a intervir no caso de descumprimento do que foi decidido.

Em Portugal, o Código de Processo Civil-CPC expressamente prevê que, havendo acordo, a mediação será encaminhada para homologação¹⁰⁹², o que naturalmente também se aplica à conciliação. Assim, o CPC português lido isoladamente acaba também trazendo a necessidade de homologação judicial para que a conciliação e a mediação sejam um título executivo.

Entretanto, como lembra JORGE MORAIS DE CARVALHO, o simples fato da mediação (tal como a conciliação) ser um acordo escrito assinado pelas partes já o torna um título executivo, na condição de um documento particular, ainda que com limites aos meios de oposição da execução¹⁰⁹³, similarmente ao que acontece no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁹⁰Lei brasileira 13.105/15(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

¹⁰⁹¹Lei brasileira 13.105/15(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

¹⁰⁹²Lei Portuguesa 41/2013(Código de Processo Civil Português): art.273º: 5 - Alcançando-se acordo na mediação o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via eletrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação.

¹⁰⁹³CARVALHO, Jorge Morais - A consagração legal da mediação em Portugal, *Revista Julgar*, N 15 (2014), pp.271-289. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>.p.288.

No mais, a Lei portuguesa n.º 29/2013 prevê a executoriedade da mediação (o que também tem validade para a conciliação) desde que respeitadas algumas limitações, como a impossibilidade de violação da ordem pública e os casos em que a lei expressamente exige homologação judicial¹⁰⁹⁴.

Desse modo, lendo as legislações portuguesas em conjunto, podemos interpretar que, quando o CPC Português fala em encaminhar a mediação (ou a conciliação) para a homologação judicial, deve ser considerado que a referida homologação só será necessária quando a legislação expressamente prever que se trata de um caso no qual a homologação é obrigatória, tal como deve acontecer, segundo o entendimento de CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, no caso da arbitragem tributária¹⁰⁹⁵.

Desse modo, concluímos que é possível tanto no Brasil como em Portugal o termo de transação da conciliação e da mediação serem títulos executivos desde que respeitadas algumas formalidades legais, situações nas quais não haverá a necessidade de referendo do Poder Judiciário.

No mais, claro está que, ao lado da conciliação, existe o instituto da mediação como outra forma de autocomposição dos litígios com o auxílio de uma terceira pessoa escolhida pelas partes envolvidas, com os dois institutos caminhando juntos, com características em comum, principalmente em Portugal onde a legislação não os diferencia expressamente, o que implica na inexistência de um conceito de conciliação unânime na doutrina lusitana¹⁰⁹⁶. Entretanto, é importante deixar claro desde logo que, no nosso entendimento, ambos não se confundem e a legislação brasileira, conforme será visto a seguir, expressamente diferencia os mesmos.

Assim, no tópico seguinte será estudado as peculiaridades da mediação como uma forma de resolução extrajudicial de conflitos, em especial a sua diferenciação da conciliação.

2.6.2 Da mediação

A mediação é instituto antigo, a título de exemplo, WEI DAN traz, em estudo sobre a mediação realizada na China, a informação que na dinastia de ZHOU DE OESTE, há mais três mil anos, já existia o

¹⁰⁹⁴Lei portuguesa 29/2013. Art.9º. Princípio da executoriedade: 1 - Tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. 2 - O disposto na alínea e) do número anterior não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação. 3 - As qualificações e demais requisitos de inscrição na lista referida na alínea e) do n.º 1, incluindo dos mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. 4 - Tem igualmente força executiva o acordo de mediação obtido por via de mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia que respeite o disposto nas alíneas a) e d) do n.º 1, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva.

¹⁰⁹⁵FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.257.

¹⁰⁹⁶MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.50.

cargo de “Tiao Ren”, que exercia a função de mediador e o cargo de “Xu Li”, responsável por resolver conflitos envolvendo pequenas causas¹⁰⁹⁷.

Desse modo, a nação mais populosa do mundo já resolvia os conflitos por meio da mediação há mais de três milênios, o que demonstra que a não opção por ela nos Estados ocidentais não decorre da falta de conhecimento acerca do uso do instituto, mas em virtude de questões de ordem cultural, tal como já exposto no decorrer deste capítulo da presente tese doutoral.

No mais, a grande característica da mediação é a voluntariedade¹⁰⁹⁸. Desse modo, a mediação obrigatória defendida por alguns autores em uma fase pré-processual¹⁰⁹⁹ seria, tal como afirmam ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, uma evidente ofensa ao princípio do acesso a uma tutela jurisdicional efetiva.¹¹⁰⁰

Além disso, qualquer pessoa escolhida pelas partes pode exercer a função de mediador, sendo a mesma uma atuação livre para a iniciativa privada sem a necessidade qualquer controle estatal nem em Portugal nem no Brasil, diferentemente da situação existente na Itália, onde a função de mediador também é exercida livremente pelas pessoas, porém mediante o controle do Poder Público formalizado por um obrigatório registro prévio no Ministério da Justiça¹¹⁰¹, o que, no nosso ponto de vista, pode desestimular o uso do instituto.

No mais, conforme visto no tópico anterior, é comum a confusão entre a mediação e a conciliação, tendo em vista a aproximação entre as duas formas de resolução de conflitos, muitas vezes a legislação local não sendo clara acerca da diferenciação dos institutos, tal como acontece na Colômbia, assim como afirmam BIBIANA BERNAL MESA e FREDERICO RESTREPO SERRANO¹¹⁰², bem como em Portugal, tal como mencionado acima.

Outrossim, como lembra JOEL FIGUEIRA JUNIOR, ainda que com “objetivos, técnicas e métodos” distintos, tanto a mediação como a conciliação buscam estabelecer um diálogo entre as partes envolvidas no litígio como forma de colaborar com a pacificação¹¹⁰³.

Entretanto, os institutos supramencionados não podem ser considerados sinônimos, pois na mediação, diferentemente da conciliação, o terceiro não foca efetivamente no litígio, mas sim em

¹⁰⁹⁷DAN, Wei - Mediação na China: passado, presente e futuro, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015, pp.379-398. p.379.

¹⁰⁹⁸CARVALHO, Jorge Morais - A consagração legal da mediação em Portugal, *Revista Julgar*, N 15 (2014), pp.271-289. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>.p.280.

¹⁰⁹⁹POIADORES, Nuno Caetano Lopes de Barros - Da Justiça *alternativa* em Portugal, *Mátria Digital*, N 6, (2019), pp. 666-681. Disponível em <http://hdl.handle.net/20.5. pp.665-681. p.681>.

¹¹⁰⁰MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.48.

¹¹⁰¹BESSO, Chiara - La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Periódico da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, (2010), pp. 248-249. Disponível em www.e-publicacoes.uerj.br. p.258.

¹¹⁰²MESA, Bibiana Bernal; SERRANO, Frederico Restrepo - Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón. *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.127-141. p.136.

¹¹⁰³JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.105.

melhorar uma relação previamente existente entre as partes por meio da escuta e do diálogo e também da comunicação direta das pessoas envolvidas¹¹⁰⁴, tendo em vista que a comunicação é essencial para estabelecer uma relação harmoniosa em uma sociedade civilizada¹¹⁰⁵, tanto nas relações entre particulares como nas relações com a presença do Poder Público, tal como se aprofunda na presente tese de doutoramento.

Desse modo, na mediação é mais importante restabelecer a qualidade do diálogo e a da relação entre os envolvidos do que obter um acordo¹¹⁰⁶, apenas eventualmente podendo vir a acontecer uma resolução especificamente sobre o bem envolvido no litígio¹¹⁰⁷.

MANUEL PEREIRA BARROCAS diferencia a mediação e conciliação de forma diversa da cá realizada, pois o referido autor não traz como critério de distinção a existência de uma relação entre as partes, mas sim uma maior ou menor disposição para os envolvidos negociarem entre si, ou seja, na ótica do referido autor, caso as partes estejam dispostas a negociarem por conta própria, será o caso de uma mediação, porém, caso elas queiram apenas realizar um acordo, será o caso de uma conciliação.¹¹⁰⁸

De qualquer forma, a diferenciação acima mencionada se aproxima na prática da defendida por nós. O autor supracitado acaba por entender que na mediação a relação das pessoas ganha contornos relevantes e na conciliação o grande foco é a feitura de um acordo.

Em verdade, a dificuldade em diferenciar a mediação da conciliação decorre do fato de ser usual, inclusive nesta tese de doutoramento, tratar litígio como sinônimo de conflito, quando, em verdade, no aspecto sociológico e no ponto de vista “jurídico (-processual)”¹¹⁰⁹, os mesmos não se confundem, pois, como afirma ELISABETE PINTO DA COSTA, é possível que o litígio seja resolvido, porém o conflito entre as pessoas continue existindo.¹¹¹⁰ Nesse sentido, WLADIMIR BRITO, com base nos estudos de CARNELUTTI, afirma que só existe litígio quando o conflito é levado para um processo¹¹¹¹ se apresentando como uma pretensão e uma resistência, ou seja, nas palavras do referido autor italiano, uma “pretesaresistenza”¹¹¹². Assim, nem todos os conflitos originam um litígio¹¹¹³.

¹¹⁰⁴RUFINO, Marcos A - *Mediación y Conciliación según la jurisprudencia legislación*, Buenos Aires: AD HOC, 1999. p.25.

¹¹⁰⁵CLETER, Glicéria Martins; FIGUEIREDO, Tito Livio - Comunicação não-violenta (CNV), a mediação escolar, e justiça restaurativa: um caminho adequado para se construir a cultura da paz nas escolas e na sociedade, In RODRIGUES, Alexnaldo Teixeira *Et al - Educação e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. pp.178-199. p.179.

¹¹⁰⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.94.

¹¹⁰⁷A diferença entre mediação e conciliação na atualidade está expressamente prevista na legislação brasileira, no seu artigo 165, em seus parágrafos § 2º e § 3º, que serão colacionados em seguida.

¹¹⁰⁸BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.78.

¹¹⁰⁹BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019.p.19.

¹¹¹⁰COSTA, Elisabete pinto da - A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada, In OLIVEIRA, António Cândido PIREZ, César - *O Estado da Justiça*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas.2017. pp.75-107. p.76.

¹¹¹¹BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*. Coimbra: Almedina, 2019.p.21.

¹¹¹²CARNELUTTI, Franceso. *Apud* BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.21.

¹¹¹³FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.19.

Dessa feita, TÂNIA ALMEIDA afirma que na conciliação cada envolvido inicia o procedimento em busca das “suas demandas pessoais”¹¹¹⁴, enquanto na mediação os envolvidos estão em busca de resolver a “demanda de todos”¹¹¹⁵.

Nesse diapasão, é possível considerar, por outro lado, haver o sucesso em uma mediação ainda que não exista acordo entre os envolvidos pelo simples fato das partes se aproximarem como resultado da mediação, o que, como afirma FRANCISCO JOSÉ CAHALI, pode parecer estranho devido ao fatos das pessoas ao final poderem acabar indo em busca de outra forma de resolução do litígio, porém existe o lado positivo da diminuição do desgaste emocional, da diminuição da animosidade e do próprio amadurecimento das pessoas envolvidas¹¹¹⁶. Nesse sentido, ÂNGELO CONVERSO chega a afirmar que na mediação pouco ou quase nada importa o resultado, sendo mesma positiva independentemente de qual for o seu resultado¹¹¹⁷.

Assim, a mediação se dá para relações contínuas cuja manutenção desta continuidade se faça importante¹¹¹⁸, sendo por isso que muitas vezes a referida forma de resolução de conflitos é utilizada nas lides envolvendo o Direito das Famílias, principalmente nas questões envolvendo o fim do casamento ou da união estável ou, ainda, para questões envolvendo o Direito de Vizinhança. Sendo por essa razão também que a mediação sempre foi muito usada na China Tradicional, uma vez que a sociedade chinesa recebe muita influência da Escola Confucionista, que prega a harmonia sem a existência de conflitos entre as pessoas¹¹¹⁹.

Desse modo, o foco da mediação é o conflito na relação existente e não o bem da vida que está sendo discutido, sendo o acordo uma mera consequência¹¹²⁰, o que faz o litígio jurídico acabar por vir a ser dissipado de forma indireta, fazendo com que as partes na mediação não sejam adversárias, mas sim “corresponsáveis”¹¹²¹ na busca de uma solução para a desavença, buscando sair de uma situação de ganhar-perder para uma situação de ganhar-ganhar¹¹²². Assim, achamos extremamente feliz quando MICHELLE TARUFFO afirmava que a mediação visa “curar o conflito”¹¹²³.

¹¹¹⁴ALMEIDA, Tânia - Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.85-94. p.87.

¹¹¹⁵*Idem, ibidem*. p.87.

¹¹¹⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.95.

¹¹¹⁷CONVERSO, Ângelo - La mediazione conciliativa: criticità e contraddizioni, *Consumatori, Diritti e mercato*, *Revista Focus*, N 3 (2011), pp.50-62, Disponível em <http://www.consumatoridirittimercatp.op/2011/12/2011-3-La-mediazione-conciliativa.pdf>. p.52.

¹¹¹⁸ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de - *A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade Federal de Minas Gerais. p.50.

¹¹¹⁹DAN, Wei - Mediação na China: passado, presente e futuro. In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015, pp.379-398. p.381.

¹¹²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020.p.52.

¹¹²¹VASCONCELOS, Carlos Eduardo de - *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, São Paulo: Método, 2008. p.36

¹¹²²NATHAN, Laurie - Mediation and the African Union's Panel of the Wise, *Crisis States Discussion Papers*, N 10 (2005), pp.1-20 Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/28340/1/dp10.pdf>.p.9.

¹¹²³TARUFFO, Michelle - Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *Revista Argumenta - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, N 7 (2007), pp.257-270. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/84/84p.261>.

Nesse diapasão, a legislação portuguesa é clara no sentido de que, ainda que as partes estejam em busca de um acordo, a função do mediador é justamente mediar o conflito existente¹¹²⁴.

Há, de fato, autores que tratam a mediação e a conciliação como sinônimas, porém a maioria da doutrina brasileira e portuguesa investigada, em posição que aderimos, caminha no sentido de diferenciar os institutos em testilha considerando existir na conciliação uma postura mais ativa do conciliador na busca pela feitura de um acordo envolvendo o objeto do litígio, inclusive com a possibilidade de sugestões de propostas, conforme dito no tópico anterior, enquanto que a mediação seria destinada para as situações onde existe uma carga de emoção maior envolvida, sendo o caso, assim como também exposto acima, das relações familiares e também das relações de trabalho¹¹²⁵, situações nas quais ordinariamente existe uma relação cotidiana extremamente próxima entre as pessoas envolvidas, o que gera vínculos mais fortes.

Entretanto, a Lei Portuguesa 29/2013, ao conceituar o mediador, acaba aproximando a mediação da conciliação ao afirmar que o que o mediador auxiliará no “acordo final sobre o objeto do litígio”¹¹²⁶, diferentemente da legislação brasileira que efetivamente traz conceitos distintos para a mediação e para a conciliação acentuando a diferença cá mencionada, expressamente afirmando que a mediação é utilizada preferencialmente para situações na qual haja um vínculo anterior entre as partes e a conciliação é utilizada preferencialmente para situações na qual o referido vínculo inexistente¹¹²⁷.

De qualquer forma, a própria lei portuguesa que regula a mediação civil, comercial e pública em determinado aproxima o conceito de mediação ao que a doutrina especializada chama de conciliação ao reconhecer a existência de formas diferentes de um terceiro intermediar um litígio, quando, na parte que aborda a mediação comercial e civil, expressamente afirma que os preceitos lá mencionados não se aplicam à mediação familiar nem também à mediação laboral, onde evidentemente existem um vínculo prévio entre as partes¹¹²⁸.

Desse modo, pode-se afirmar que em alguns momentos a mediação prevista na legislação portuguesa se aproxima do que a doutrina especializada chama de conciliação e em outros momentos

¹¹²⁴Lei Portuguesa 29/2013: Art.2º: Definições: Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a)«Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

¹¹²⁵VIANA, Fernando; ANDRADE, Francisco; NOVAIS, Paulo - Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia – A plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL), *Revista Scientia Iuridica*, Tomo LXV, N 341 (2016). pp.207-240. p.220.

¹¹²⁶Lei Portuguesa 29/2013: Art.2º: Definições: Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.

¹¹²⁷Lei Brasileira 13.105/2015: Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

¹¹²⁸Lei Portuguesa 29/2013: CAPÍTULO III. Mediação civil e comercial. SECCÃO I. Disposições gerais. Art.10.º. Âmbito de aplicação. 2 - O presente capítulo não é aplicável: a) aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar; b) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação laboral;

ela se aproxima do que comumente é chamado no âmbito doutrinário de mediação. Assim, existe a diferença no aspecto prático, o que faz com que possamos afirmar que em Portugal, tal como no Brasil, é possível se falar na existência da conciliação como um instituto distinto da mediação, ou, ainda, afirmar que existe a mediação propriamente dita e a mediação com caráter de conciliação, situações na qual haverá uma postura diferente da pessoa escolhida pelas partes. Frise-se que o entendimento cá defendido é adotado pelo próprio Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal que, mesmo sei conceituar os institutos, efetivamente afirma que existem a conciliação e a mediação¹¹²⁹.

A situação mencionada no parágrafo anterior é similar ao que acontece em Espanha, conforme pode ser percebido nos estudos realizados por BEATRIZ BELANDO ARÍN, quando ela afirma existir duas espécies de mediação espanholas, quais sejam: a “mediación jurídica” e a “mediación preventiva”, a primeira, segundo a referida autora, como uma alternativa para a jurisdição e a segunda como uma forma de gestão de conflitos¹¹³⁰. Percebe-se que a “mediación jurídica” mencionada pela autora espanhola se aproxima do que aqui chamamos de conciliação, enquanto a “mediación preventiva” se aproxima do nosso conceito de mediação propriamente dita.

Nesse diapasão, ADRIANE DE OLIVEIRA NINGELISKI afirma que a palavra mediação é uma derivação da palavra média, servindo a mediação justamente para buscar o valor medial entre dois extremos¹¹³¹, cabendo ao mediador exercer a “arte de estar no meio”¹¹³² das pessoas envolvidas, agindo com a chamada “maestria”, que, segundo GLADYS STELLA ÁLVARES é o “nível mais alto da arte e da ciência da mediação”¹¹³³. Seguindo a mesma linha de raciocínio de tratar de uma arte, ANA MARIA COSTA E SILVA, ISABEL MACEDO e SÍLVIA CUNHA afirmam que “À mediação corresponde a arte de pôr em relação, de facilitar a comunicação e promover diálogos transformadores, de fazer”¹¹³⁴.

ÂNGELO CONVERSO, por outro lado, afirma que a palavra média pode ter também outro significado, qual seja: “dos meios” que devem ser utilizados e cita como exemplo a palavra “mídia”,

¹¹²⁹Lei Portuguesa 15/2002(Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Art.187: 3 - Aos centros de arbitragem previstos no n.º 1 podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa.

¹¹³⁰GARÍN, Beatriz Beland - Las Posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.39-63. p.39.

NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p.153

¹¹³¹MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion - *Mediação e Arbitragem*, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.145.

¹¹³²ÁLVARES, Gladys Stella - Ser um mestre em mediação? In SOUZA, Luciana de Moessa, 2ªed, *Mediação de Conflitos*, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.95-104. p.102.

¹¹³³SILVA, Ana Maria Costa; MACEDO, Isabel; CUNHA, Sílvia - Diálogo intercultural e mediação em debate. In SILVA, Ana Maria Costa; MACEDO, Isabel; CUNHA, Sílvia - *Livro de atas do II Congresso Internacional de Mediação Social: a Europa como espaço de diálogo intercultural e de mediação*, Braga: CECS.2019. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/59868> .pp.6-9.p.6.

que teria origem justamente nos “meios de comunicação”¹¹³⁵. Assim, a mediação seria o meio para se buscar um consenso entre as pessoas dentro de suas relações.

Nesta senda, o mediador tem que agir com extrema cautela ao exercer a missão que lhe foi dada, atuando como um agente de informação para as partes, esclarecendo dentro dos seus conhecimentos os pontos nos quais as partes envolvidas tenham dúvidas; o mediador deve também propiciar um ambiente de confiança e empatia, no qual os litigantes fiquem o mais à vontade possível por meio da existência de um diálogo respeitoso¹¹³⁶.

Além disso, o mediador para obter sucesso na sua função deve buscar conciliar os interesses das pessoas envolvidas. Nesse sentido, FERNANDA TARTUCE traz um exemplo hipotético simples no qual uma mãe resolve a discussão de duas irmãs por uma laranja repartindo a fruta ao meio e deixando ambas insatisfeitas porque uma queria toda a casca para fazer um doce e a outra toda a laranja sem a casca para usar o suco na feitura de um molho¹¹³⁷. Assim, percebe-se que uma análise dos interesses envolvidos poderia ter gerado uma solução que deixasse ambas satisfeitas e sem qualquer tensão na relação existente entre elas como irmãs.

Entretanto, não cabe ao mediador exercer função avaliativa¹¹³⁸, até mesmo por se tratar de uma autocomposição e não de uma heterocomposição. O próprio juiz togado só deve emitir a sua opinião na sentença e não no decorrer de um processo judicial para que as pessoas não se sintam pressionadas a realizarem um acordo em virtude do temor com o posicionamento do magistrado.

Assim, é possível a existência de diversas técnicas para garantir o sucesso nas mediações, existindo muitos estudiosos de diversas áreas do conhecimento se debruçando sobre o tema, o que implica na existência de algumas escolas específicas para estudo das técnicas de mediação.

Após pesquisa sobre tema, ROBERTO PORTUGAL BACELLAR menciona a existência de quatro escolas sobre as mediações, quais sejam: mediação da escola Harvard, que visa com base em princípios restabelecer a comunicação entre as partes; mediação circular-narrativa, que adota uma visão sistêmica com foco nas relações sociais; mediação transformativa ou modelo de BUSH e FOLGER, que busca transformar a postura adversarial; mediação avaliativa ou avaliadora, que é aquela na qual o mediador analisa o caso e, em seguida, sugere soluções¹¹³⁹, alertando as partes acerca dos riscos em

¹¹³⁵CONVERSO, Ângelo - La mediazione conciliativa: criticità e contraddizioni. Consumatori, Diritti e mercato. *Revista Focus*. N 3 (2011), pp.50-62. Disponível em <http://www.consumatoridirittimercatp.op/2011/12/2011-3-La-mediazione-conciliativa.pdf>. p51.

¹¹³⁶DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007. p.142/143.

¹¹³⁷TARTUCE, Fernanda - Conciliação em Juízo. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*. 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019. pp.195-226. p.211.

¹¹³⁸DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007.p.143.

¹¹³⁹BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.108.

se buscar a justiça formal¹¹⁴⁰, opção na qual, no nosso ponto de vista, acaba aproximando a mediação da conciliação.

No mais, como o foco da mediação é a relação das pessoas, é importante, mais ainda do que em uma conciliação, que o mediador tenha um conhecimento multidisciplinar, com noções, por exemplo, de Ciências Jurídicas, Comunicação, Psicologia e Sociologia¹¹⁴¹, o que torna o processo de mediação um processo transdisciplinar¹¹⁴². Ademais, além dos conhecimentos inerentes ao litígio apresentado, é extremamente importante que o mediador tenha formação em técnica, habilidade e experiência em negociações¹¹⁴³.

Desse modo, como afirma LAURIE NATHAN, o mediador não pode agir como se estivesse em um jogo de xadrez mexendo peças inanimadas, pois ele se depara com atores sociais possuidores de vontade própria¹¹⁴⁴.

Outrossim, urge a necessidade de se ter extrema cautela na hora de escolher o mediador. Além de ser uma pessoa que tenha a confiança para as partes, existe a necessidade de procurar alguém que possua uma vida pregressa condizente com a importância da atividade que vai vir a realizar, sendo por essa razão, a título de exemplo, que a legislação panamenha não permite o exercício da referida função por quem tenha sido condenado por crime de falsidade, fraude ou prevaricação ou, ainda, tenha em uma mediação anterior descumprido o seu dever de sigilo¹¹⁴⁵.

Ainda que as legislações portuguesas e brasileiras não prevejam limitações, tal como a mencionada acima existente na legislação do Panamá, é extremamente necessário para o sucesso da mediação a adoção das mesmas cautelas no momento de escolher o mediador, quando assim for possível, principalmente em se tratando de uma mediação com a presença do Poder Público tal como será visto em seguida.

Além disso, mais ainda do que na conciliação, haja vista a natureza das relações envolvidas, a mediação deve ser realizada em um local apropriado, de preferência, como defende RUBÉN A. CALCARRETA, condizente com a natureza de cada litígio, sugerindo o referido autor, como exemplo, a presença de atividades lúdicas em mediações familiares com a presença de criança¹¹⁴⁶, o que, por outro lado, é desnecessário nas mediações envolvendo a Administração Pública.

¹¹⁴⁰NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.164

¹¹⁴¹CAETANO, Luiz Antunes - *Arbitragem e mediação*, São Paulo: Atlas, 2002. p.112-113.

¹¹⁴²BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.107.

¹¹⁴³MESA, Bibiana Bernal; SERRANO, Frederico Restrepo - Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación. In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón. *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.127-141. p.134.

¹¹⁴⁴NATHAN, Laurie - Mediation and the African Union's Panel of the Wise, *Crisis States Discussion Papers*, N 10 (2005), pp.1-20 Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/28340/1/dp10.pdf> p.10.

¹¹⁴⁵MENDIZÁBAL, Ricaurte Soler - La mediación em Panamá. In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.359-374. p.361.

¹¹⁴⁶CALCARRETA, A. Ruben - *Mediación Estratégica*, Barcelona: Gedisa, 2002. p. 158.

Ademais, a mediação também deve ser realizada por meio de um linguajar que aproxime as partes, podendo ser efetuada por meio das chamadas “mediações comunitárias e mediações de bairro”¹¹⁴⁷, que são as praticadas junto à comunidade ou no próprio bairro das pessoas envolvidas, o que acaba vindo a facilitar um entendimento entre as partes envolvidas¹¹⁴⁸.

No Reino Unido é comum o procedimento de credenciamento dos mediadores, o que é uma prática interessante para estabelecer um certo padrão de qualidade para os responsáveis pela mediação, porém, como adverte LOUKAS MISTELIS, não é uma necessidade absoluta, pois as partes envolvidas podem preferir um mediador com características não existentes dentre os credenciados¹¹⁴⁹.

No mais, apesar da mediação ser estudada como uma forma de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário, existe a possibilidade de criação de centros de mediação dentro do próprio Poder Judiciário, é a chamada pelos estudiosos da área de “mediação institucionalizada”¹¹⁵⁰, que pode ficar a cargo da chamada mediação “pré-judicial”¹¹⁵¹, que se dá antes de iniciado o processo ou da mediação “intra-judicial”¹¹⁵², que se dá quando já iniciado um processo.

Em um primeiro momento pode soar estranho a criação de institutos dentro do próprio Poder Judiciário para evitar justamente a resolução dos conflitos pelo referido poder. Entretanto, a prática acima mencionada é importante por algumas razões, como, por exemplo, tal como afirma DANIELA MONTEIRO GABBAY, o fato do Poder Judiciário ser um local no qual as pessoas normalmente caminham em busca de solução de conflitos, o que torna a mediação dentro do mesmo espaço uma espécie de válvula de escape; também existe o fato do Poder Judiciário ter uma legitimidade natural, legal e constitucional, o que também daria legitimidade para a mediação realizada dentro do seu espaço; outro fator importante seria o efeito pedagógico que a mediação nesse caso teria para os próprios integrantes do Poder Judiciário, bem como para as partes e os seus advogados, que poderiam perceber a existência de alternativas às limitações do poder em testilha¹¹⁵³.

Assim, nosso entendimento é de ser mais recomendável a realização da mediação fora do Poder Judiciário, preferencialmente dentro da comunidade¹¹⁵⁴, como forma até mesmo de aproximar o mediador das características e necessidades do meio em que a mediação é realizada, podendo a

¹¹⁴⁷MISTELIS, Loukas A - ADR in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership. *ADR Bulletin* (2003), pp.1-43. Disponível em <http://epublication.s.bond.edu.au/cgi?article=1244&contexto.p.16>.

¹¹⁴⁸*Idem, ibidem*.p.16.

¹¹⁴⁹*Idem, ibidem* p.37.

¹¹⁵⁰GABBAY, Daniela Monteiro - *Mediação & Judiciário: Condições necessária para a institucionalização da mediação dos conflitos*, 2011, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo. p.62.

FILHO, Nelson Antonio Daiha - Mediação e conciliação intra-judiciais: um diálogo entre os direitos inglês, brasileiro e português, *A Revista Direito UNIFACS*, N 235 (2020), pp.-1-36. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6514>. pp.1-36. p.10.

¹¹⁵²*Idem, ibidem*. p.10.

¹¹⁵³GABBAY, Daniela Monteiro - *Mediação & Judiciário: Condições necessária para a institucionalização da mediação dos conflitos*, 2011, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, p. 62

¹¹⁵⁴BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016.p.85-84. p.108.p40.

mediação ser comunitária, familiar ou empresarial, por exemplo¹¹⁵⁵. Entretanto, consideramos importante também que o próprio Poder Judiciário tenha um núcleo de mediação, bem como de conciliação, a ser utilizado pelas pessoas que o procuram, sejam elas públicas ou privadas, o que estaria em consonância com o já mencionado sistema de acesso à justiça multiportas.

Ademais, no Brasil foi editada no ano de 2015 a Lei 13.140/2015, que é considerada o Marco Legal da Mediação em solo brasileiro¹¹⁵⁶. Já em Portugal, a mediação é regulamentada desde o ano 2013 por meio da lei n.º 29/2013¹¹⁵⁷. Com essas leis relativamente novas podemos afirmar que nos referidos Estados a mediação já não é mais uma construção meramente doutrinária.

Questão interessante tanto da legislação brasileira quanto da legislação portuguesa é que ambas expressamente preveem a sua aplicação para os litígios envolvendo a Administração Pública, inclusive a legislação lusitana prevê todo um capítulo para a mediação realizada pelo Poder Público, criando também o chamado sistema público de mediação¹¹⁵⁸, que pode mediar conflitos com ou sem a presença do Poder Público, sendo espécies de mediações institucionalizadas.

Em uma primeira análise, a mediação pode parecer incompatível com os litígios envolvendo o Poder Público justamente devido ao fato de se tratar de uma forma de resolução de conflitos que busca preservar a relação existente entre as pessoas, o que seria algo mais próximo das relações privadas do que das relações regidas por normas de direito público, sendo essa a razão na qual é muito mais comum a conciliação do que a mediação com o Poder Público¹¹⁵⁹.

Entretanto, visualizamos a possibilidade de também haver a necessidade de preservação das relações com a presença do Poder Público, como, por exemplo, nas relações entre entes diversos da Administração Pública Direta e Indireta, bem como no caso dos contratos públicos, onde existe o interesse público em manter a relação contratual vigente em virtude do princípio da continuidade da prestação do serviço público, lógica também aplicável aos contratos públicos que tenham como objeto uma obra pública em andamento, até mesmo como forma de evitar desperdícios de gastos públicos com as obras inacabadas, o que também acaba retardando a prestação dos serviços públicos que irão

¹¹⁵⁵GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p.75.

¹¹⁵⁶Lei Brasileira 13.140/2015. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

¹¹⁵⁷Lei Portuguesa 29/2013: Art.1º Objeto: A presente lei estabelece: a) Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal; b) O regime jurídico da mediação civil e comercial; c) O regime jurídico dos mediadores; d) O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

¹¹⁵⁸Lei Portuguesa 29/2013: CAPÍTULO V. Sistemas públicos de mediação. SECÇÃO I. Regime dos sistemas públicos de mediação. Art.30.º. Sistemas de mediação pública. Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

¹¹⁵⁹TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.187.

ser realizados no futuro nas obras públicas que não terminaram dentro do prazo contratualmente previsto, lógica também aplicável aos contratos de Parcerias Público-Privadas.

Sendo por essa razão que a legislação brasileira expressamente prevê o uso da mediação como mecanismos para preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos¹¹⁶⁰, o que é uma forma justamente de se utilizar do instituto da mediação para viabilizar a manutenção do contrato público, bem como prevê a criação de centros de mediação dentro das Advocacias Públicas locais¹¹⁶¹.

Nesse sentido, LUCIANE MOESSA SOUZA chega a afirmar ser a mediação a forma de resolução de conflito mais adequada para as disputas envolvendo o Poder Público em virtude de sua amplitude e do seu caráter pedagógico¹¹⁶².

A legislação brasileira também prevê a mediação coletiva para os conflitos envolvendo serviços públicos¹¹⁶³, porém concordamos com FRANCISCO JOSÉ CAHALI quando ele afirma que a referida situação mais se aproxima de uma conciliação do que de uma mediação¹¹⁶⁴ diante da falta de um vínculo no qual se busca a preservação.

Outra situação na qual a mediação com a presença do Poder Público parece plenamente compatível se dá nas questões envolvendo Emprego Público, tendo em vista a sua proximidade com o Direito do Trabalho¹¹⁶⁵, bem como o interesse mútuo em manter em harmonia a relação existente, podendo a mediação laboral na seara pública vir a ser utilizada tanto nos dissídios individuais como nos dissídios coletivos¹¹⁶⁶. Importante mencionar desde já que a Justiça do Trabalho Brasileira possui restrições ao uso de formas de resolução extrajudicial de conflitos nos dissídios individuais trabalhistas em virtude da ordinária hipossuficiência do empregado perante os empregadores, porém nas relações de emprego público os agentes públicos estão em uma posição de menor vulnerabilidade tendo em vista o empregador ser o próprio Poder Público, que não está em busca do lucro e sim do interesse público.

No mais, a legislação portuguesa, conforme acima mencionado, também prevê expressamente sua aplicação aos litígios envolvendo o Poder Público. Desse modo, em face dos argumentos acima

¹¹⁶⁰Lei Brasileira 13.140/2015. Art. 32. § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

¹¹⁶¹Lei Brasileira 13.140/2015 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

¹¹⁶²SOUZA, Luciane Moessa - *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Brasília: FUB, 2014. p.32.

¹¹⁶³Lei Brasileira 13.140/2015. Art. 33. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

¹¹⁶⁴CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.111.

¹¹⁶⁵NEVES, Ana Fernanda - *A mediação administrativa nas relações de emprego público e contratação pública*, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.140-156. p.140.

¹¹⁶⁶CAVALEIRO, Vasco - *Mediação: as novas fronteiras na resolução de conflitos laborais públicos*, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.157-173. p.159.

mencionados, também não vislumbramos incompatibilidade do uso da mediação envolvendo o Poder Público em Portugal, principalmente naquelas mediações realizadas por entidades públicas nos termos da própria lei 29/2013¹¹⁶⁷, onde seria o caso de o próprio Poder Público mediar uma causa na qual exista um interesse público diretamente envolvido.

Além disso, na mediação não há um julgamento do terceiro escolhido pelas partes, são essas últimas que efetivamente tomam qualquer decisão. Desse modo, a mediação apenas busca reestabelecer o “status quo ante” existente antes da desavença, o que é algo perfeitamente aplicável e até mesmo desejável nas relações envolvendo a Administração Pública e os administrados.

No mais, concordamos com FERNANDO MARTINS DIZ quando ele afirma que a mediação com a presença do Poder Público está em consonância com os princípios fundamentais da Administração Pública da transparência, da eficiência e da boa administração¹¹⁶⁸.

De qualquer forma, tal como acontece com a conciliação e até mesmo com a arbitragem, o uso da mediação não é algo comum de ser utilizado nas relações com a presença do Poder Público tanto no Brasil como em Portugal, também devido ao fato de existir um receio dos agentes públicos que seriam responsáveis por transacionar em sofrerem processos administrativos em decorrência de supostas ofensas ao princípio da indisponibilidade do Poder Público, situação que, diga-se, acaba colaborando com a sobrecarga de demanda do Poder Judiciário e tornando o Poder Público um dos principais litigantes tanto nos processos judiciais brasileiros como nos processos judiciais portugueses.

Preocupado com a situação mencionada no parágrafo anterior e visando dar mais respaldo aos servidores públicos que participam de mediações, o legislador brasileiro em 2015 passou a prever em lei que os agentes públicos que participam de processos de mediação (e de conciliação) só serão responsáveis pelos atos praticados durante o referido procedimento quando ficar comprovado o dolo ou a fraude por parte dos mesmos ou quando eles, comprovadamente, receberem ou ajudarem um terceiro a receber vantagem indevida ou no decorrer do dito procedimento¹¹⁶⁹.

A medida em questão é extremamente importante e pode, com o tempo, estimular a participação do Poder Público nas mediações, uma vez que a lei em questão não fala na responsabilização do servidor em caso de culpa.

¹¹⁶⁷Lei Portuguesa 29/2013: Art.30: Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas

¹¹⁶⁸DIZ, Fernando Martín - Litígios contencioso-administrativos y mediación intrajudicial: ámbito de aplicación, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.277-298. p.279.

¹¹⁶⁹Lei Brasileira 13.140/15: Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

A dúvida existente é se a referida lei seria constitucional no ponto em questão devido ao fato que da Constituição Brasileira falar da existência de responsabilidade civil do agente público brasileiro no caso de dolo ou culpa¹¹⁷⁰. LUCIANE MOESSA DE SOUZA defende que nesse ponto a referida lei seria inconstitucional justamente por excluir a responsabilidade dos servidores públicos no caso de atitudes culposas, o que não se justificaria devido ao fato de também se exigir do servidor público em um processo de mediação diligência no exercício de sua função¹¹⁷¹.

No entanto, a Constituição Brasileira aborda a questão da responsabilidade do agente público por dano causado a terceiro no exercício de um serviço público, situação diferente da participação do agente público em um processo de mediação, onde, nos termos da lei, só há responsabilização se realmente existir comprovação de que agiu com dolo ou fraude. Assim, entendemos ser a previsão legal em questão constitucional e importante para fomentar a cultura da mediação no âmbito da Administração Pública brasileira, ainda que não seja plenamente suficiente, uma vez que muitas vezes o liame entre culpa e dolo pode ser muito tênue.

Outrossim, uma figura importante na busca da mediação envolvendo o Poder Público é o chamado “Ombudsman”, que seria uma espécie de ouvidor responsável levar para a Administração Pública a insatisfação da população em busca de soluções para os problemas levantados¹¹⁷². Apesar de não existir a figura em comento expressamente prevista nem na legislação brasileira nem na portuguesa, existem órgãos públicos e instituições públicas que podem realizar esse papel importante para a diminuição de litígios, como as ouvidorias, os Ministérios Públicos e, no caso específico do Brasil, as Defensorias Públicas e no caso específico de Portugal o Provedor de Justiça¹¹⁷³.

Ainda no tocante a realização da mediação pelo Poder Público, SÍLVIA HELENA PICARELLI GONÇALVES DI SALVO afirma ser essencial para o sucesso da mesma a institucionalização de um procedimento mediático no âmbito da Administração Pública¹¹⁷⁴. Achamos interessante a referida proposta devido ao fato da existência de critérios pré-estabelecidos estar em consonância com o princípio da impessoalidade, evitando casuísmos em cada caso concreto.

¹¹⁷⁰Constituição Brasileira de 1988: Art.37: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹¹⁷¹SOUZA, Luciana de Moessa - Mediação de conflitos envolvendo entes públicos, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.35-78. p.38.

¹¹⁷²SALES, Lília Maia de Moraes - Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania, *Revista Pensar*, V 11 (2006). pp.54-167. p.156.

¹¹⁷³Constituição da República Portuguesa de 1976: Artigo 23.ºProvedor de Justiça1. Os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

¹¹⁷⁴SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves - *Mediação na Administração Pública Brasileira: desenho institucional e procedimental*, São Paulo: Almedina, 2018. p.82.

Por outro lado, a mesma autora acima mencionada, como medida para estimular a mediação pelo Poder Público, traz a sugestão do mediador pertencer aos próprios quadros dessa última¹¹⁷⁵. No entanto, não condamos com a referida solução. Ainda que ela traga uma maior segurança para a Administração Pública, ela acaba gerando uma desconfiança para a outra parte do litígio em virtude de uma possível parcialidade do mediador.

Outro ponto importante acerca da mediação é a possibilidade de mais de um mediador para mesma causa, seria a chamada comediação, existindo expressa previsão legal no Brasil quanto a dita possibilidade¹¹⁷⁶, opção recomendada quando o litígio envolve mais de uma área de conhecimento, situação na qual poderá haver mediadores com diferentes formações¹¹⁷⁷, sendo uma opção também muito utilizada nas demandas de cunho coletivo¹¹⁷⁸.

No entanto, para que a chamada comediação atinja os seus objetivos, urge a necessidade da realização do procedimento de forma organizada, principalmente tendo em vista a natureza normalmente delicada das relações existentes entre as pessoas envolvidas no litígio.

Além disso, é necessário que cada um dos mediadores tenha a confiança de todas as partes envolvidas ou, ao menos, que exista um mediador principal que tenha a confiança das partes para escolher os outros membros da equipe de mediação e para exercer as atribuições inerentes a função de líder dada pelos envolvidos no processo de mediação. Caso não sejam tomadas as referidas cautelas, dificilmente a comediação vai alcançar os seus objetivos de pacificação.

No mais, a legislação brasileira sobre mediação trouxe a obrigatoriedade de na mediação judicial, que é a realizada nos centros judiciários dos próprios tribunais, as partes serem assistidas por advogado ou por defensor público¹¹⁷⁹.

Entretanto, não concordamos com a referida obrigação, pois sendo a mediação um método informal de resolução de litígios, deve ser dado o direito às partes de optarem ou não pela presença de um causídico para assisti-los durante o procedimento, até mesmo porque a discussão pode se dar por uma questão de fato não jurídica, onde a presença do profissional do Direito pode acabar vindo a onerar desnecessariamente o processo de resolução dos conflitos.

¹¹⁷⁵ *Idem, ibidem*. p.88.

¹¹⁷⁶ Lei Brasileira 13.140/2017. Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

¹¹⁷⁷ DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007. p.165.

¹¹⁷⁸ SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação*, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.p.68.

¹¹⁷⁹ Lei Brasileira 13.140/2017. Da Mediação Judicial. Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001. Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Naturalmente, as partes querendo a presença de um advogado ou de um defensor público e sendo tolhido esse direito, estaremos diante de um caso de nulidade do procedimento.

De qualquer forma, a obrigação legal acima mencionada só se aplica às mediações realizadas dentro da estrutura do Poder Judiciário Brasileira e não às outras espécies de mediações, como, por exemplo, às mediações familiares e empresariais, nas quais a presença de um advogado ou de um defensor público vai ser uma faculdade das partes envolvidas no procedimento, o que, diga-se de passagem, é recomendável quando a discussão envolver questões de ordem estritamente jurídica, sendo por isso que entendemos que a presença de profissionais do Direito nas referidas situações, quando assim for a vontade das partes, é uma medida salutar.

No mais, TÂNIA ALMEIDA frisa que a presença dos advogados na mediação deve ser de forma diferente do que acontece em um processo judicial. Na mediação eles devem deixar de ser defensores de seus clientes e devem passar a exercer a função de “assessores técnicos”¹¹⁸⁰ com a presença deles servindo apenas para dar respaldo técnico-jurídico ao trabalho que está sendo realizado em busca de um consenso sem a prática muitas vezes recorrentes no meio jurídico de ganhar a causa do cliente a qualquer custo.

Outrossim, MARIANA GOUVEIA traz outra vantagem da mediação, qual seja: o fato de as partes possuírem o domínio do processo e do conteúdo ao poderem a qualquer momento encerrarem a sua participação nas tratativas, uma vez que não são obrigadas a chegarem a um consenso¹¹⁸¹.

A realidade mencionada no parágrafo anterior acaba vindo a ser um estímulo ao uso da mediação como forma de resolução de conflitos, uma vez que, diferentemente da opção pela arbitragem, as partes não renunciam ao julgamento a ser realizado pelo Poder Judiciário quando optam por uma mediação, o mesmo acontecendo quando se está diante da estudada conciliação e da negociação, que será analisada a partir do próximo tópico.

No mais, não há dúvida de que o acordo resultante do sucesso de uma mediação será um título executivo, aplicando-se ao instituto tudo o que foi falado no tópico anterior acerca da executividade da conciliação

Diante as colocações acima, está clara a importância da mediação, tal como afirma FERNANDA MARIA AFONSO CARNEIRO, “para a implantação de uma cultura da paz na sociedade e a conquista da tão almejada pacificação social”¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ALMEIDA, Tânia - Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.85-94. p.92.

¹¹⁸¹GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.51.

¹¹⁸²CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso - A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. V 5, N 2 (2019), pp.1-19. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5875/pdf.p.15>.

Tendo em vista tudo que foi acima aludido, a mediação e a conciliação são formas de resolução de conflitos por meio de decisões tomadas pelas próprias partes envolvidas na desavença, devendo ser essas últimas as protagonistas de todo o procedimento, sendo o terceiro, no entanto, uma figura importante para ajudar as partes na busca de pacificação.

Entretanto, também existe a possibilidade de as pessoas resolverem seus litígios em comum acordo sem a ajuda de uma terceira pessoa, conforme será visto no tópico que se segue no qual será estudado outra forma de resolução por autocomposição, qual seja: a negociação.

2.6.3 Da negociação

No instituto objeto do presente tópico há uma forma de resolução de conflitos na qual as próprias partes resolvem o litígio sem precisarem necessariamente da ajuda de um terceiro nem mesmo para estabelecer um diálogo, com elas próprias procurando em comum acordo chegarem a um consenso em busca de um resultado que não represente, assim, como afirma LUIZ FERNANDO GUILHERME, uma vitória para uma das partes, mas sim uma conquista para todos os envolvidos¹¹⁸³, por meio de um entendimento baseado no diálogo¹¹⁸⁴.

No mais, a negociação pode ser iniciada sem maiores formalidades, até mesmo de forma verbal ou por meio de notificações extrajudiciais realizadas pelos interessados por intermédio de cartórios, só se fazendo necessária a formalização do resultado da negociação para que possa ser realizada a execução do que foi decidido, caso não haja o cumprimento espontâneo.

Negociar faz parte das vidas das pessoas, até mesmo dentro do próprio ambiente familiar. Como exemplifica ANTÔNIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, até mesmo no momento de escolher um restaurante para o jantar ou no momento de decidir em qual escola colocar os filhos para estudarem existe uma negociação entre um casal¹¹⁸⁵, situação que se repete em várias decisões tomadas em conjunto no decorrer de um relacionamento e na própria relação das mães e pais com os seus filhos, pois, como afirma DANIELA MONTEIRO GABBAY, nós sempre estamos realizando negociações na escola, perante os familiares, os amigos e os vizinhos, quando estamos na condição de consumidor e quando estamos diante de uma relação entre empregador e empregado.¹¹⁸⁶ JACI CORRÊA LEITE chega a

¹¹⁸³GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.51.

¹¹⁸⁴TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.173.

¹¹⁸⁵CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): "Mediação sem mediador", *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/405>. p.3.

¹¹⁸⁶GABBAY, Daniela Monteiro – Negociação - In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*. 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019. pp.127-147. p.127.

afirmar que negociamos até conosco, tentando nos convencer de uma ideia, o que, segundo o referido professor, é uma das negociações mais difíceis¹¹⁸⁷.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI vai mais além e frisa que a negociação é, em verdade, um meio típico para a formação de relações jurídicas, para a feitura de contratos, mas que também é aproveitada como meio autocompositivo de resolução dos conflitos¹¹⁸⁸.

No mais, corroborando que o uso da negociação para colocar fins a conflitos é muito mais comum do que se parece, em pesquisa realizada em Chile no ano de 2005 KARIN HELMIMGLER CASANOVA e JAVIER CRUZ TAMBURRINO constataram que 68% dos advogados entrevistados afirmaram que o meio mais utilizado pelos mesmos para a resolução de suas demandas profissionais é justamente a negociação¹¹⁸⁹.

ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE afirmam que, como regra geral, a negociação antecede todas as demais formas de resolução de conflitos¹¹⁹⁰. De fato, nos parece que as próprias opções pela mediação, pela arbitragem ou pela conciliação são antecedidas de uma negociação.

Desse modo, a negociação sempre existiu, inclusive nas mais diversas áreas profissionais e no meio político, como no momento prévio ao da assinatura de um contrato privado ou público, porém ela ganhou uma maior força acadêmica no decorrer do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em virtude da necessidade de que os governos se depararam em sistematizar a matéria para justificarem as suas decisões¹¹⁹¹.

As negociações também são comuns nas relações internacionais, como, por exemplo, nos momentos que antecedem a celebração de um tratado entre Estados soberanos.

No mais, na negociação as partes envolvidas agem de forma cooperativa, buscando ganhos mútuos¹¹⁹², de uma forma na qual todos fiquem satisfeitos sem que se faça necessária a intervenção do Estado ou de outro terceiro imparcial que resolva o litígio. Estudos de psicologia social demonstram que muitas vezes as pessoas relutam em procurar uma terceira pessoa para resolver o litígio porque acreditam que, caso assim o façam, perderão o controle da situação¹¹⁹³.

¹¹⁸⁷LEITE, Jaci Corrêa. Unidade 1 – Negociação, *Curso Introdução à Negociação da Fundação Getúlio Vargas*, Escola da FGV: Rio de Janeiro, 2020.

¹¹⁸⁸CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*. 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.48.

¹¹⁸⁹CASANOVA, Karin Helmimgler; TAMBURRINO, Javier Cruz - Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago. CEJA: 2005. pp.115-125. p.116.

¹¹⁹⁰MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.17.

¹¹⁹¹DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007.p.102.

¹¹⁹²VASCONCELOS, Carlos Eduardo de - *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, São Paulo: Método, 2008. p.35.

¹¹⁹³RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo - *Psicologia Social*, 18ªed, Petrópolis: Vozes, 2000. p.321.

Existem autores defendendo a possibilidade de uma negociação assistida, que seria a negociação com o auxílio eventual de um terceiro¹¹⁹⁴, também chamada de “autocomposição assistida”¹¹⁹⁵ e que está expressamente prevista na legislação italiana, juntamente com a arbitragem, como uma forma de resolução de conflito diferente do Poder Judiciário¹¹⁹⁶, chegando ao ponto de muitas vezes existir a figura do “negociador profissional”¹¹⁹⁷.

Entretanto, não conseguimos diferenciar uma negociação na qual não estejam presentes apenas as partes de uma mediação ou de uma conciliação a depender da natureza do litígio existente entre as pessoas envolvidas.

Situação diferente se dá quando as partes constituem advogados para resolverem um conflito por meio de uma negociação, prática também conhecida como “four-way settlement meetings”¹¹⁹⁸ ou como “join fact-finder”¹¹⁹⁹.

Nesse último caso os advogados não estariam mediando um litígio entre envolvidos na desavença, mas sim agindo em nome das próprias partes mediante contrato de mandato instrumentalizado por meio de uma procuração¹²⁰⁰, inclusive na Itália a negociação vira um título executivo justamente quando atestado por um advogado¹²⁰¹.

Trata-se de uma hipótese interessante, pois a negociação seria realizada em termos jurídicos e sem contaminação em virtude de eventual acirramento de ânimos entre os litigantes.

Outra hipótese mencionada por SUZANA SAN CRISTÓBAL REALES seria a possibilidade de um terceiro ser chamado em uma negociação para, sem força vinculante, emitir opinião sobre determinado assunto¹²⁰². A presente hipótese não descaracteriza o instituto em comento em sua essência e pode ser uma opção interessante, principalmente se o esclarecimento for a respeito de uma matéria técnica com o referido terceiro realizando uma função próxima a de um perito judicial.

No mais, a negociação acaba vindo a ser uma forma de resolução de conflitos menos onerosa justamente por não haver a necessidade de contratação de um terceiro para resolver o litígio, também não havendo o que se falar em custas judiciais ou custas arbitrais.

¹¹⁹⁴BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016. p.108. p.168.

¹¹⁹⁵ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de - *A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade Federal de Minas Gerais.p.54.

¹¹⁹⁶CHIARLONI, Sérgio - Sempre aperto in cantiere dele riforme del processo civile: primie riflessione su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistida ex lege 162 del 2014, *Revista de Processo da Editora*, V 224 (2015), pp.443-460. p.448.

¹¹⁹⁷CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*.7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.48.

¹¹⁹⁸CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): “Mediação sem mediador”, *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdf.jus.br//xmlui/handle/tjdf/405>. p.5.

¹¹⁹⁹JUNIOR, Figueira Joel - *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.75.

¹²⁰⁰TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.804.

¹²⁰¹CHIARLONI, Sérgio - Sempre aperto in cantiere dele riforme del processo civile: primie riflessione su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistida ex lege 162 del 2014, *Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais*, V 224 (2015), pp.443-460. p.449.

¹²⁰²REALES, Suzana San Cristóbal - Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013), pp.39-62. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=41082033>. p.44.

No entanto, a negociação pode vir a ser no caso concreto uma forma difícil de solução das desavenças uma vez que normalmente as pessoas se encontram em litígio justamente porque estão com dificuldade em estabelecer o diálogo, o que muitas vezes acaba fazendo a presença de um terceiro ser imprescindível para se viabilizar uma solução para o caso em disputa, principalmente nas lides privadas envolvendo pessoas físicas onde as questões pessoais acabam possuindo um grande peso no momento de buscar a resolução de um conflito, situação que se agrava nos litígios envolvendo Direito das Famílias.

Por outro lado, nas lides envolvendo as pessoas jurídicas, incluindo as de Direito Público, a negociação pode vir a ser uma alternativa mais viável, haja vista que as tratativas são realizadas por prepostos, não havendo uma preocupação com o ânimo dos litigantes, o que permite a realização das discussões de forma mais impessoal.

No mais, a negociação pode vir a ser uma tentativa prévia de solução antes de se buscar outras formas mais adequadas para o caso concreto. Nesse sentido, o Código de Processo Civil Francês expressamente prevê a possibilidade de as partes envolvidas em um litígio trabalharem por meio da negociação, com a ajuda de seus advogados, para conseguirem um acordo ou para melhor se preparem para resolver a controvérsia por outra forma de resolução de conflito¹²⁰³, como, por exemplo, o próprio Poder Judiciário.

Desse modo, não se obtendo sucesso na tentativa de um acordo, a opção será buscar um terceiro para ajudar na feitura de um consenso por intermédio de uma mediação ou da conciliação ou, ainda, partir para uma heterocomposição, como acontece na arbitragem, na qual também haverá um terceiro escolhido pelas partes envolvidas, porém o referido terceiro efetivamente decidirá o litígio com força de coisa julgada, conforme será aprofundado mais adiante.

Outrossim, na linha do que busca a legislação francesa supramencionada, é possível que, na tentativa em se realizar um acordo em uma negociação, as partes envolvidas não decidam o próprio litígio, porém acabem chegando a um consenso sobre uma forma de resolver o mesmo sem precisar do Poder Judiciário, por meio da escolha de um mediador, de um conciliador ou de um árbitro que sejam de confiança das partes envolvidas.

Desse modo, estamos de acordo com a parte da doutrina que menciona a negociação como uma importante forma de resolução de conflitos e que também deve ser estimulada.

Ademais, caso as partes obtenham sucesso em uma negociação, ela será formalizada por meio de um contrato, no caso, um contrato de transação, no qual os envolvidos em comum acordo

¹²⁰³Code de procédure civile. Article 1544: Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige.

decidem colocar fim a uma obrigação por meio de concessões mútuas¹²⁰⁴, com cada um renunciando a parcela de sua pretensão como forma de viabilizar uma resolução para a questão¹²⁰⁵.

O contrato de transação, por sua vez, é uma modalidade contratual expressamente prevista no Código Civil Brasileiro¹²⁰⁶ e no Código Civil de Portugal¹²⁰⁷ e que se sujeita as mesmas regras de cumprimento dos contratos de um modo geral desde que respeitados os requisitos previstos na legislação civil e na legislação processual civil.

No mais, existe também o instituto da negociação coletiva, que comumente é realizado na seara trabalhista com os sindicatos representando os trabalhadores, o que foi uma decorrência da Revolução Industrial, como forma de diminuir a influência do domínio econômico em relação aos direitos sociais¹²⁰⁸, uma vez que o sindicato dos trabalhadores possui mais força para dialogar com as grandes empresas do que cada um dos empregados individualmente. Nesta senda, a negociação na seara laboral se dá de duas formas: na busca da resolução de litígios entre empregado e empregador e na busca da harmonização dos interesses econômicos entre empregados e empregadores por meio da feitura ou renovação de acordos ou convenções coletivas¹²⁰⁹.

Por fim, também é juridicamente possível que o Poder Público participe de uma negociação para resolver um conflito tanto em Portugal como no Brasil, apresentada por meio dos seus procuradores jurídicos, o que torna uma possível negociação mais qualificada.

Entretanto, tal como acontece na mediação e na arbitragem, falta respaldo para os agentes públicos possuírem estímulo para resolver um conflito por intermédio de uma negociação sem temerem uma possível sanção sob o argumento que estão dispendo indevidamente do patrimônio público.

Não concordamos com a situação mencionada no parágrafo anterior. Resolver um litígio por meio de outra forma que não seja o Poder Judiciário não nos parece uma forma de dispor do interesse público, mas sim de alcançar o mesmo no seu aspecto primário, sendo interesse de toda a sociedade a resolução pacífica dos conflitos e a diminuição dos processos existentes no Poder Judiciário.

De qualquer forma, a heterocomposição acaba surgindo como uma opção que passa mais segurança aos agentes públicos no que diz respeito a colocar fim aos litígios envolvendo o Poder

¹²⁰⁴TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1019.

¹²⁰⁵VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.313

¹²⁰⁶Lei Brasileira 10.406/2020 (Código Civil Brasileiro): Da Transação: Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

¹²⁰⁷Decreto-Lei Português 47.344 (Código Civil Português): CAPÍTULO XVI Transacção ARTIGO 1248º (Noção) 1. Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões. 2. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido.

¹²⁰⁸MEIRELLES, Davi Furtado - *Negociação Coletiva em Tempos de Crise: A polémica quanto à prevalência do negociado sobre o legislado no sistema sindical brasileiro*. 2018, Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.p.16

¹²⁰⁹LECCESE, Vito - Autonomia collettiva e composizione dei conflitti, In VIGORITA, Luciano Spagnuolo; BIAGI, Marco, *Rivista semestrale della Associazione Lavoro e Ricerche*, N 1 (1994), pp. 149-179. p.149.

Público, uma vez que nela não existe qualquer disposição de direito, seja a mesma realizada por meio do Poder Judiciário ou seja a mesma realizada pela arbitragem, conforme será visto mais na frente nesta mesma tese doutoral.

2.6.4 Outras formas de autocomposição

Além das formas mais usuais acima mencionadas, existirá uma autocomposição em qualquer situação na qual as partes resolvam o litígio sem a ajuda de um terceiro. Nesse sentido, WLADIMIR BRITO cita as seguintes espécies de autocomposição: a “desistência, a transacção e o perdão do ofendido”¹²¹⁰.

A desistência é um negócio unilateral que implica na extinção de um processo, podendo ser exigido ou não a concordância da outra parte¹²¹¹.

Já a transacção¹²¹² se dá quando as partes extinguem um litígio por meio de “concessões recíprocas”¹²¹³. Conforme dito acima, a transacção é um contrato previsto tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídico português e que pode vir a ser utilizado para a formalização de uma mediação, de uma conciliação ou de uma negociação, não sendo na opinião de CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS, em posição a qual concordamos, uma forma autônoma de resolução extrajudicial de conflitos¹²¹⁴.

Por fim, o perdão é um instituto típico do Direito Penal e Processual Penal¹²¹⁵ e só pode acontecer em situações específicas expressamente previstas em lei.

No entanto, conforme mencionado acima, a transacção e a desistência podem ser o resultado justamente de uma negociação, de uma mediação ou de uma conciliação e não necessariamente uma forma autônoma de resolução de conflitos. O perdão, por outro lado, por ser uma figura típica da seara penal, possui necessariamente uma autonomia, porém só pode acontecer sob as condições previstas em lei, não havendo o que se falar no uso dele nas lides existentes nas Parcerias Público-Privadas, até mesmo em virtude do princípio da indisponibilidade.

2.7 Da Heterocomposição

O prefixo hétero significa “diferente, anômalo”¹²¹⁶. Entretanto, a expressão não significa uma forma diferente de resolver um conflito, mas sim um conflito a ser resolvido por uma pessoa diferente das partes envolvidas.

¹²¹⁰BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.28.

¹²¹¹*Idem, ibidem*. p.29.

¹²¹²Aqui escrevemos a palavra no português do Brasil, tal como vem sendo feito na presente tese, por não se tratar de uma citação direta.

¹²¹³BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.31.

¹²¹⁴FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.197.

¹²¹⁵BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.33.

Assim, na heterocomposição como forma de resolução de conflitos existe um terceiro imparcial, que, dentro do nosso entendimento, efetivamente decide a lide, após a realização de um processo instrutório com colheitas e produção de provas, ouvida das partes e análise dos argumentos apresentados por todos, sendo assegurado, ainda, o contraditório e a ampla defesa para ambos os litigantes, tal como afirma a Constituição Brasileira¹²¹⁷ e no qual haja um julgamento equitativo, tal como expressamente exige a Constituição Portuguesa¹²¹⁸.

Naturalmente, caso um terceiro resolva o conflito por intermédio da força ou em decorrência de determinado poder que possua, como um poder parental, por exemplo, existirá também uma heterocomposição, pois um terceiro colocará fim ao litígio existente entre outras duas pessoas, porém a decisão em testilha não poderá vir a ter força de título executivo nem judicial nem extrajudicial, nem muito menos impedirá que a questão seja discutida pela via judicial. Desse modo, voltaremos a abordar a presente questão quando falarmos da natureza jurídica da arbitragem no próximo capítulo (tópico 2.9.3), oportunidade na qual veremos outras espécies de heterocomposição além do Poder Judiciário e da arbitragem, mas que, diferentemente destas últimas e conforme será demonstrado, não são espécies de jurisdição.

Nesse diapasão, na heterocomposição não há o que se falar em autonomia das partes para decidir o conflito e sim em heteronomia¹²¹⁹, uma vez que não são elas quem decidem o litígio, existindo uma efetiva dependência da decisão de outra pessoa que não esteja envolvida na desavença, que acaba sendo, diferentemente da mediação, da conciliação e negociação, a pessoa protagonista do procedimento de resolução do conflito, ou, ao menos, a pessoa que se torna protagonista ao final com a tomada da decisão.

Desta feita, quando os autores especializados na matéria abordam a heterocomposição dentro do estudo das formas de resolução de conflitos, ordinariamente é estudado o procedimento realizado por intermédio do Poder Público, especificamente do Poder Judiciário ou, ainda, por intermédio da arbitragem, instituto que será objeto de estudo mais específico na presente tese de doutoramento.

Desse modo, no tópico seguinte será realizado um paralelo entre os dois institutos acima mencionados e, em seguida, aprofundaremos os estudos especificamente sobre a arbitragem.

¹²¹⁷SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco - A (im) possibilidade da (auto) composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, V 18, N 3 (2017), pp.69-93. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30729>. p.78.

¹²¹⁸Constituição Brasileira de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹²¹⁹Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efetiva. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

¹²²⁰ROCHA, José de Albuquerque - *Teoria Geral do Processo*, 10ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.14.

Além disso, no último capítulo estudaremos o uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, que é o objetivo principal de investigação da presente tese de doutoramento.

2.7.1 Do Poder Judiciário e da Arbitragem

A partir do momento que ambas as espécies de resolução de conflitos mencionadas neste tópico se enquadram como meios de heterocomposição, urge a necessidade de estudar as similitudes entre o Poder Judiciário e a Arbitragem, que, segundo FAUSTO DE QUADROS, devem ser vistas com a mesma dignidade¹²²⁰.

A expressão jurisdição significa “dizer o direito”¹²²¹ (junção das expressões em latim “juris”, cujo significado é direito, e “dictio”, cujo significado é dizer¹²²²), sendo uma função típica do Poder Judiciário, porém não exclusiva, uma vez que o Poder Legislativo, por exemplo, também tem o poder de exercer a jurisdição em situações excepcionais, como acontece no Brasil no julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade¹²²³.

A possibilidade de o parlamento exercer a jurisdição é uma forma de garantir uma harmonização entre os poderes, pois, como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO, cada poder tem uma função preponderante e não exclusiva, pois se cada poder tivesse uma única e exclusiva função existiriam conflitos insuperáveis e que impossibilitariam uma existência harmônica¹²²⁴.

Sendo pela razão acima mencionada que o próprio Poder Judiciário também tem outras funções atípicas além do exercício da jurisdição, como, por exemplo, quando exerce a chamada jurisdição voluntária ou quando está administrando as suas atividades judiciárias¹²²⁵.

Até mesmo o Poder Executivo, além da sua função típica de administrar e executar as políticas públicas, também diz o direito no âmbito administrativo quando toma decisões nos seus processos administrados, como, por exemplo, quando julga se um servidor público cometeu um ato passível de uma sanção administrativa como uma suspensão ou uma demissão. Sendo por essa razão que a Constituição da República Brasileira assegura o contraditório e a ampla defesa não apenas no processo

¹²²⁰QUADROS, Fausto de. A importância cada vez maior em Portugal da Arbitragem em Direito Administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 11-12. p.12

¹²²¹RAIMUNDO, Miguel Assis – *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007.p.87.

¹²²²DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.p.406.

¹²²³Constituição da República Brasileira de 1988: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

¹²²⁴FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.101.

¹²²⁵FILHO, Nagib Slaib Filho - *Reforma da Justiça*, Niterói: Impetus, 2005.p.6.

judicial, mas também no processo administrativo¹²²⁶, o que também deve acontecer em Portugal como decorrência do próprio princípio da igualdade¹²²⁷.

Entretanto, no caso mencionado no último parágrafo, apesar de ser possível afirmar existir uma jurisdição no aspecto etimológico porque em um processo Administrativo o órgão julgador efetivamente diz o Direito, a referida afirmação acaba sendo passível de discussões porque não há o que se falar em coisa julgada, pois as decisões de âmbito meramente administrativo podem ser revistas, ainda que por um tribunal com competência específica para lides administrativas, como é o caso dos Estados que adotam o sistema de jurisdição dual, tal como acontece em Portugal, assim como será melhor estudado no tópico 2.13 desta tese de doutoramento.

Nesse sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO chega a afirmar que no Brasil a Constituição não deu margem para o exercício da jurisdição pelo Poder Executivo, não ao menos a chamada pelo referido autor de jurisdição típica, que seria a possuidora de definitividade¹²²⁸. Além disso, o mesmo autor faz uma análise crítica do que alguns estudiosos chamam de coisa julgada administrativa, que seria a impossibilidade de a matéria ser rediscutida no âmbito administrativo quando já esgotada a referida esfera, porém que não seria uma efetiva coisa julgada tendo em vista a possibilidade de rediscussão pela via judicial¹²²⁹.

Desse modo, conforme será visto a seguir, no caso das decisões meramente administrativas estaremos, no nosso entendimento, diante de uma heterocomposição, mas não de uma jurisdição em virtude da inexistência da formação de um título executivo judicial.

Situação diferente acontece quando as próprias partes que estão envolvidas em um litígio, em comum acordo, outorgam a um árbitro a atribuição de dirimir um conflito, situação na qual teremos efetivamente uma jurisdição¹²³⁰, conforme será aprofundado no tópico 2.9.3.

Assim, a jurisdição é uma atividade de substituição da vontade das partes e de todos os cidadãos¹²³¹ quando eles estão em conflito e que não é exclusiva do Poder Judiciário.

Ademais, a doutrina traz as seguintes funções para a jurisdição: 1- “vacatio”, que seria a função de convocar as partes para estar em juízo; 2- “notio”, que seria a função de conhecer a causa, de apreciar as questões em jogo; 3- “coertio”, que seria o poder de se fazer respeitar; 4- “imperium”,

¹²²⁶Constituição Brasileira de 1988. Artigo 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Grifos Nossos).

¹²²⁷BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.103.

¹²²⁸FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.3.

¹²²⁹*Idem, ibidem*. p.1040.

¹²³⁰FILHO, Nagib Slaib Filho - *Reforma da Justiça*, Niterói: Impetus, 2005.p.6

¹²³¹TESHEINER, José Maria Rosa - *Jurisdição Voluntária*, Rio de Janeiro: Aide, 1992. p.13.

que seria a possibilidade do uso da força para o cumprimento das decisões; 5-“executio”, que seria a possibilidade de executar o que foi decidido¹²³².

Acontece que o juízo arbitral não possui o “imperium”, pois, nas palavras de ALF ROSS, apenas o Estado tem o poder de usar a força para coagir seus cidadãos¹²³³ e só sendo o referido uso legítimo pelo Estado segundo LEON DUGUIT quando feito em conformidade com o Direito¹²³⁴, porém o árbitro pratica todas as demais funções da jurisdição: convoca para o julgamentos os que se propuseram previamente para tanto; conhece os fatos e as provas; suas decisões devem ser respeitadas tal como o próprio árbitro e as decisões também se tornam títulos executivos, ainda que se faça necessário do Poder Judiciário para efetivar os atos executórios.

Quanto à última função mencionada no parágrafo anterior, ALBERTO JONATHAS MAIA afirma não ter o árbitro a “executio” devido ao fato de precisar do Poder Judiciário para executar suas decisões¹²³⁵. Não concordamos, no entanto, com o referido autor, porque entendemos ser a “executio” a possibilidade de tomar uma decisão passível de ser executada, sendo esse o caso, tanto no Brasil como e Portugal, da decisão arbitral.

Desse modo, o trabalho do árbitro é exatamente o mesmo de um juiz togado em uma fase de conhecimento de um processo judicial.

Afirmar que a função do árbitro não seria jurisdição seria o mesmo que afirmar não praticar o juiz togado a jurisdição na fase de conhecimento de um processo, mas apenas na fase de execução. Entretanto, não existe qualquer dúvida de que o juiz togado exerce jurisdição em todas as fases do processo, inclusive quando profere decisões cautelares com base em julgamentos não exaurientes, ou seja, antes de toda a instrução processual.

De qualquer forma, o trabalho do árbitro é exclusivamente cognitivo¹²³⁶, o que torna a arbitragem efetivamente um processo de conhecimento, fazendo com que o uso da força não se faça relevante para definir se ela ou não uma jurisdição, conforme será aprofundado quando formos abordar a natureza jurídica da arbitragem no tópico 2.9.3.

Nessa senda, tanto o Poder Judiciário como Arbitragem são espécies de heterocomposição que realizam a jurisdição, mas no primeiro caso estamos diante de um serviço público prestado por um dos poderes estatais e no segundo caso de uma opção a ser realizada em comum acordo entre as pessoas

¹²³²BENETI, Sidnei Agostinho - Arbitragem e tutelas de urgência, *Revista do advogado*, N 87 (2006), pp.100-108. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16043872.pdf>. p.102.

¹²³³ROSS, Alf - *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDPRO, 2000. p.86.

¹²³⁴DUGUIT, Léon - *Fundamentos do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. p.77.

¹²³⁵ MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.147.

¹²³⁶LEMOS, Eduardo Manoel - *Arbitragem e Conciliação, Brasília*. Consulex, 2001. p.123

envolvidas do litígio de que ele seja resolvido por alguém ou alguma instituição de confiança das partes e que não precisa ter qualquer vínculo com o Poder Público.

Assim, a resolução dos conflitos pelo Poder Judiciário é a realizada pelo próprio Estado, o que necessariamente deve existir, pois é da natureza do ser humano buscar amparo nos grupos sociais que ela mesmo cria¹²³⁷. Além disso, a partir do momento no qual o Estado veda a autotutela, ele deve garantir a jurisdição estatal¹²³⁸.

Além do mais, a sociedade como um todo possui o interesse na resolução pacífica dos conflitos, ainda aqueles que não sejam partes do litígio, como forma de garantir a relação harmoniosa entre todos.

No mais, conforme será abordado em seguida, a existência do Poder Judiciário também pode servir para garantir a lisura do próprio procedimento arbitral, bem como para garantir o cumprimento das decisões arbitrais, viabilizando, assim, a efetividade do procedimento arbitral.

Já a arbitragem, que será objeto de estudo específico ainda neste capítulo, é uma opção que os ordenamentos jurídicos podem vir a dar aos seus cidadãos que preferam que os julgamentos das causas das quais façam parte não seja realizado por um juiz integrante do Poder Judiciário.

Desse modo, a grande diferença entre Poder Judiciário e a arbitragem, também conforme será melhor aprofundado a seguir no momento em que for estudada a natureza jurídica da arbitragem, não é a função realizada por ambas, mas sim o fato do Poder Judiciário se tratar de uma função necessariamente estatal da qual as partes só podem abrir mão em comum acordo, enquanto que a arbitragem é uma forma de resolução passível de ser realizada por pessoas privadas quando existir consenso das partes envolvidas no litígio, não sendo possível, conforme afirma MANUEL PEREIRA BARROCAS, ao comparar o Poder Judiciário com o procedimento arbitral, como desvincular a arbitragem da existência de um certo consensualíssimo entre os envolvidos, ainda que não se possa confundir a arbitragem com a mediação ou com a conciliação¹²³⁹. No Poder Judiciário, por outro lado, uma pessoa pode efetivamente impor à outra a participar do referido procedimento de composição de litígios¹²⁴⁰.

Por fim, como afirma JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA, a arbitragem e o Poder Judiciário não devem ser vistos como rivais e sim como formas complementares de resolução dos conflitos¹²⁴¹, devendo andar lado a lado a serviço da população, juntamente com outras formas de pacificação entre

¹²³⁷NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p.41

¹²³⁸BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.54.

¹²³⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.38.

¹²⁴⁰BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.37.

¹²⁴¹COSTA, José Augusto Fontoura - Sobre luzes e sombras: arbitragem, *Revista CEJ*. N 48 (2010), pp.110-117. p.116.

as pessoas, incluindo as não aprofundadas na presente tese, mas que serão objeto de breve análise no tópico que se segue antes de profundarmos especificamente a arbitragem.

2.8 Outras formas de resolução de conflitos

Com o aprofundamento dos estudos sobre a resolução de conflitos, é natural que a doutrina especializada venha a trazer outras opções de pacificação além das mencionadas no decorrer presente capítulo, muitas vezes decorrentes da evolução ou da mutação das já mencionadas.

LUIZ FERNANDO GUILHERME, em livro aprofundando especificamente a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, menciona outros meios de resolução das desavenças encontrados no decorrer das suas pesquisas quanto ao tema, quais sejam: o “rente-a-judge”, que é considerado um modelo intermediário entre a arbitragem e o modelo tradicional, com a causa sendo decidida por juízes privados, normalmente juízes togados aposentados, mas com a estrutura do Poder Judiciário que é cedida especificamente para esse fim, sendo por isso uma espécie de aluguel do Poder Judiciário tal como sugere o nome adotado; “baseball arbitration”, comumente utilizada pelos atletas norte-americanos, sendo considerada uma ramificação da arbitragem na qual as partes sugerem uma solução para o árbitro concordar ou não com a mesma, o que é uma opção interessante porque os próprios envolvidos podem trazer especificidades inerentes ao meio desportivo; a “high-low”, também sendo considerada uma espécie de arbitragem, na qual as partes estipulam em comum acordo um mínimo do valor do objeto do litígio que deverá ser respeitado pelo árbitro; “consensual building”, que se aproxima de uma mediação com um grande número de pessoas, normalmente utilizada para causas coletivas¹²⁴².

A última solução mencionada é uma opção interessante porque se aproxima tanto da segunda como da terceira ondas renovatórias propostas por CAPPELLETI, contornando o obstáculo organizacional que as pessoas possuem para resolverem em conjunto os seus conflitos de forma não judicial, uma vez que, se as mesmas possuem dificuldades em se agruparem para o ajuizamento de uma demanda judicial, a dificuldade tende a ser ainda maior quando a união se dá na busca de formas consensuais de resolução de litígios coletivos.

MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES LORENCINI cita também a “Early Neutral Evaluation-ENE”, na qual o terceiro analisa o caso, inclusive por meio de produção e análise de provas e depois emite um parecer

¹²⁴²GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.p.45/46.

não vinculativo para ajudar as pessoas a tomarem uma decisão¹²⁴³. Seria, desse modo, uma espécie de conciliação na qual o conciliador teria uma postura bem mais ativa, efetivamente dando a sua opinião de qual é a solução mais justa.

Além dessa hipótese, o mesmo autor mencionado no parágrafo anterior cita a chamada “med-arb”, que seria o caso de uma pessoa ser escolhida para, em um primeiro momento, realizar a função de mediador (que poderia ser de conciliador a depender da natureza da relação) para, caso as partes não cheguem a um consenso sobre a resolução do litígio, a mesma pessoa escolhida proferir uma decisão arbitral, situação na qual, no entendimento do autor citado, haveria o problema de concentrar na mesma pessoa a função de mediador e de árbitro¹²⁴⁴.

Apesar de também nos preocupar a referida possibilidade de uma dupla função para a mesma pessoa, até mesmo por se tratar da realização de atividades com naturezas diferentes, importante lembrar que o juiz togado também pode antes de julgar buscar uma mediação ou uma conciliação, sendo por isso que entendemos interessante a referida opção desde que os litigantes tomem a cautela de escolherem uma pessoa que efetivamente tenha habilidade tanto para mediar (ou conciliar) como para exercer a função de árbitro, que são atividades diferentes, mas não incompatíveis.

Assim, a “med-arb” foi utilizada com sucesso na construção do aeroporto de Hong Kong, sendo também adotada em diversas ocasiões nos Estados Unidos e em outros Estados no caso de contratos de grande duração¹²⁴⁵, onde normalmente surgem muitos conflitos, tornando a referida forma de resolução de conflitos interessante para se evitar a busca de um meio jurisdicional de solução de desavença, o que ajuda a impedir o atraso no andamento das obras de infraestrutura, principalmente em se tratando de obras públicas, onde normalmente o interesse público exige a feitura de construções mais céleres e passíveis de atender o mais rápido possível os anseios da população, tal como melhor garantir a prestação dos serviços públicos, sendo por essa razão que voltaremos a abordar a presente questão no último capítulo desta tese de doutoramento.

No mais, ainda sobre a referida forma de resolução extrajudicial, FRANCISCO JOSÉ CAHALI chama a “med-arb” de cláusula escalonada e afirma que ela é interessante em contratos de prestação continuada, nos quais a relação vai perdurar no tempo, tornando-se importante a existência de variados meios de resolução dos conflitos para os litígios que surgirem no decorrer da relação¹²⁴⁶, conforme aconteceu no caso do aeroporto de Hong Kong, tal como mencionado no parágrafo anterior.

¹²⁴³LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes - Sistemas Multiportas. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp.43-71. p.51

¹²⁴⁴*Idem, ibidem*. p.53.

¹²⁴⁵NETO, Henrique Gomm - Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”) - *Mediação de Conflitos*, SOUZA, Luciana de Moessa. (Org.) - *Mediação de Conflitos* 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.269-280. p.270.

¹²⁴⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação, Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.184.

DIOGO ALBANEZE GOMES RIBEIRO, por sua vez, menciona a possibilidade de uma “arb-med”, situação na qual primeiro se optaria pela arbitragem, mas com a possibilidade de ela ser suspensa após o seu início com fito de se tentar uma mediação¹²⁴⁷.

Similar ao “Early Neutral Evaluation-ENE” acima mencionada, JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ cita ainda o “Sumamary jury trial”, no qual um advogado apresenta um relatório para um júri fazer a instrução do caso e aconselhar as partes na busca de um acordo¹²⁴⁸. Essa opção parece interessante para dar mais segurança às partes envolvidas no litígio para decidirem qual é a melhor solução para o caso, porém, parece ser uma opção muito custosa porque envolve a contratação de um advogado parecerista e de um júri para um julgamento que vai ser proferido pelas próprias partes envolvidas.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI menciona também o sistema “mini-trial”, no qual as partes envolvidas escolhem um representante para cada e esses últimos escolhem um terceiro neutro para a resolução dos conflitos¹²⁴⁹, situação na qual o responsável pelo julgamento acabará sendo escolhido de forma mais imparcial, porém não terá a vantagem de ser alguém de efetiva confiança das partes envolvidas no litígio, pelo menos não de forma direta.

JONATHAN LESLIE e JOHN KINGSTON afirmam que a “mini-trial” é recomendada para situações que envolvam particularidades difíceis, sejam de direito ou sejam de fato, o que justificaria a presença de um representante para cada parte envolvida além de um terceiro para efetivamente julgar a causa¹²⁵⁰.

Semelhante ao “mini-trial”, JOEL FIGUEIRA JUNIOR menciona o “Sumamary jury trial”, no qual não seria escolhido apenas uma pessoa para julgar, mas um pequeno colegiado para realizar o julgamento de forma sumária¹²⁵¹.

Outra forma de resolução de conflitos mencionada por FRANCISCO JOSÉ CAHALI é o chamado Sistema de manejo de conflitos ou design de sistemas de disputas (DSD) no qual se cria, tomando como base um verdadeiro desenho, toda uma estrutura para resolver um caso concreto e que seja complexo em virtude da presença de várias pessoas em situações diferentes, tal como aconteceu no Brasil com a chamada Câmara de Indenização 3054, que foi criada especificamente para os litígios decorrentes do acidente no voo de mesmo número da companhia brasileira TAM, ocorrido no dia 17 de julho de 2007, no qual faleceram 199 pessoas¹²⁵², sendo o profissional responsável por conduzir o processo, o chamado designer, um inovador e não um mero administrador de conflitos¹²⁵³.

¹²⁴⁷RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p.128.

¹²⁴⁸GARCEZ, José Maria Rossani - *Negociação.ADRS.Mediação. Conciliação e arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p.63.

¹²⁴⁹CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.55.

¹²⁵⁰LESLIE, Jonathan; KINGSTON, John. - *Practical guide to litigation*, 2ªed, London/Hong Kong: LLP, 1998.p.15

¹²⁵¹JUNIOR, Figueira Joel - *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.73.

¹²⁵²CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.59.

¹²⁵³FALECK, Diogo - *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.p.45.

No caso do último exemplo, de fato, visualizamos uma série de relações existentes. Cada vítima tinha a sua peculiaridade, alguns eram funcionários da empresa, a grande maioria era cliente, alguns tinham filhos, outros não, alguns tinham pais, outros não; existindo alguns pontos de convergências entre todos os envolvidos, tendo em vista a origem em comum do acontecimento, porém cada qual com a sua peculiaridade, o que torna uma forma mais complexa de resolução de conflitos a mais adequada.

JOEL FIGUEIRA JUNIOR menciona a chamada “peritagem”, que seria a possibilidade de as partes escolherem uma pessoa possuidora de conhecimentos técnicos não jurídicos para, de forma vinculante ou não a depender da vontade das partes, definir o resultado do litígio¹²⁵⁴. Entretanto, a presente hipótese não nos parece diferente, quando dado efeito vinculante, da possibilidade de se nomear um árbitro não formado em Direito, conforme se é permitido tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídico português, tal como será aprofundado em outra parte desta tese de doutoramento.

O mesmo autor citado no parágrafo anterior aborda a chamada “court-annexed arbitration” que seria a existência de um convênio dentro do Poder Judiciário com entidades arbitrais¹²⁵⁵, permitindo aos jurisdicionados escolher ao procurar um tribunal se prefere a corte judiciária ou a corte arbitral.

Contudo, entendemos não existir no caso mencionado no parágrafo anterior uma forma “sui generis” de resolução de conflitos, mas apenas um mecanismo para facilitar a escolha das partes envolvida no litígio acerca de qual forma de pacificação da desavença irá escolher.

Por fim, com algumas características da “Early Neutral Evaluation-ENE” e da própria peritagem, alguns autores mencionam a chamada “dispute board”, na qual os envolvidos no litígio escolheriam pareceristas técnicos em determinados assuntos para emissão de pareceres, que podem ter efeito vinculante (“Dispute Adjudication Boards”) ou não vinculantes (“Dispute Review Boards”)¹²⁵⁶, o que pode ser feito no decorrer de um contrato e que normalmente tem a presença de engenheiros e advogados¹²⁵⁷.

Enfim, conforme se percebe, existem várias formas de resolução de conflitos estudadas pelos autores especializados na área, cada uma delas podendo vir a ser usada a depender das peculiaridades de cada caso concreto, como na prática acaba acontecendo.

¹²⁵⁴JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.67

¹²⁵⁵*Idem, ibidem*. p.67.

¹²⁵⁶NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do; ARAUJO, Bruno Manoel Viana de - A arbitragem em direito nacional: justiça multiportas e o código de processo civil de 2015, *Revista de Processo*, V. 285 (2018), pp.397-417. p.4.

¹²⁵⁷TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*. Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.88.

Entretanto, nos parece que essas novas formas de resolução de conflitos não se diferem das mencionadas no presente capítulo, pois as mesmas são, em verdade, espécies ou derivações das já estudadas, o que é perfeitamente possível de ser estipulado por meio de contratos públicos ou privados, desde que sejam respeitados os termos pactuados e desde que inexista qualquer vício nas partes envolvidas no momento de decidir pela forma de resolução de conflito a ser adotadas bem como para definir as peculiaridades das mesma, sendo possível também a combinação dentre ambas, o que se chama de “multi-sep”¹²⁵⁸.

No mais, tendo em vista o já comentado sistema multiportas de acesso à justiça, é extremamente recomendável que sempre se busque adaptar cada umas das formas de resolução existentes às peculiaridades de cada realidade, permitindo a existência de derivações dessas próprias derivações mencionadas a depender das circunstâncias de fato, das peculiaridades locais, bem como das características e expectativas das pessoas envolvidas.

Desse modo, concluímos que as formas de resolução de conflitos estudadas no presente capítulos são meramente exemplificativas, sendo possível a criação de novas modalidades, bem com a junção das modalidades já existentes. Nesse sentido, a I Jornada de Prevenção e Resolução Extrajudicial de conflitos realizada pelo Conselho da Justiça Federal do Brasil em 2016 aprovou seguinte enunciado: “81 - A conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes”¹²⁵⁹.

Nesse sentido, cresce cada vez mais em virtude do impacto de novas tecnologia os estudos da chamada ODR-“Online Disputes Resolution”¹²⁶⁰, ou seja, a resolução dos conflitos por meio da rede mundial de computadores, que começou a ser estudada como uma decorrência da averiguação de uma série de litígios existentes no comércio eletrônico entre pessoas separadas por vários quilômetros de distância, muitas vezes envolvendo valores pequenos e que desestimulava a busca pelas formas consideradas mais tradicionais de resolução de conflitos¹²⁶¹, o que é uma decorrência natural, tal como lembram FRANCISCO ANDRADE, PAULO NOVAIS, DAVIDE CARNEIRO e JOSÉ NEVES em estudo multidisciplinar envolvendo a Escola de Direito e o Departamento de Informática da Universidade do Minho, do fato de

¹²⁵⁸MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.137.

¹²⁵⁹Fonte: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios/prevenc-cao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>.

¹²⁶⁰WING, Leah; RAINEY, Daniel - Online Dispute Resolution and Development of theory, In *Online Dispute resolution: theory na practice: a treatise on technology and dispute resolution*, WAHAB, Mohamed s. Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel. Portland: Eleven, 2012. pp.23-38. p.26.

¹²⁶¹ALBUQUERQUE, Nuno - Os métodos de resolução extra-judicial em ambiente eletrônico, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.345-359. p.347.

que o aumento das contratações online necessariamente implicarão em disputas de conflitos também pela Rede Mundial de Computadores¹²⁶².

Assim, a ODR não seria uma nova forma de resolução de conflitos, mas sim a resolução pelos mesmos meios já existentes, mas por intermédio de uma ferramenta diferente e que está em consonância com a nova realidade social, podendo se resolver os conflitos com a ajuda de uma série de ferramentas atualmente oferecidas pela tecnologia, como, por exemplo, o sistema multi-agente-MAS, que seria a combinação da inteligência artificial com modelos de distribuição computacionais, gerando uma distribuição artificial de inteligência¹²⁶³.

É fato que a virtualização é um caminho sem volta, inclusive nos próprios processos judiciais, que, em muitas partes do mundo, já são virtuais em sua plenitude, o que muitas vezes implica em um processo iniciar e terminar sem que o juiz togado tenha qualquer contato com as partes envolvidas e com todos os atos processuais, incluindo as audiências, sendo realizadas via internet, o que, diga-se, acaba por evitar as demoras processuais em decorrência da espera pelo cumprimento de cartas precatórias ou rogatórias.

Além disso, a virtualização permite a continuidade das atividades públicas e privadas quando se fizer necessário o confinamento de pessoas, tal como aconteceu recentemente em diversos Estados, inclusive no Brasil e em Portugal, em decorrência da pandemia causada pelo COVID (COrona Vlrus Disease)¹⁹.

Desse modo, há de se esperar que os meios alternativos de resolução de conflitos sigam pelo mesmo caminho dos processos judiciais e sejam cada vez mais realizados de forma virtual, inclusive nas demandas com a presença do Poder Público, que também podem resolver seus conflitos com a utilização das ODRs¹²⁶⁴.

Por fim, todas as possíveis formas de resolução de conflitos cá mencionadas só serão título executivo, seja judicial seja extrajudicial, nos termos previstos na legislação de cada Estado, como qualquer outra eventualmente criada.

Assim, passemos a analisar no próximo tópico a forma de resolução de conflito destacada nesta tese, qual seja: a arbitragem.

¹²⁶²ANDRADE F., NOVAIS P., CARNEIRO D., NEVES J - Conflict Resolution In Virtual Locations, In I, Portela; M, Cunha - *Information Communication Technology Law, Protection and Access Rights: Global Approaches and Issues*, Pensilvânia: IGI Global, 2010. pp.33-50. p.33.

¹²⁶³*Idem, ibidem*. p.3.

¹²⁶⁴COSTA, Alexander Seixas da; LIMA, Jerônimo Santos - Online dispute resolution (odr) na administração pública: desafios e oportunidades. In HANSEN, Gilvan Luiz; FERNANDES, Cristiane de SouzaStevens; STEVANS, Felipe Fernandes de Souza - *Jornadas sobre ética, justiça e gestão institucional*, Vol. 5, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação: Niterói, 2019. pp.284-285. p.288.

2.9 Da Arbitragem no Brasil e em Portugal

Já vimos haver mais de uma espécie de resolução de conflitos e que o Poder Público pode se utilizar de todas elas, inclusive quando nas suas parcerias com entidades privadas tal como se estuda na presente tese.

Assim, em cada situação caberá ao Poder Público analisar as peculiaridades do caso concreto para escolher qual é a forma de resolução de conflito mais adequada para cada situação.

Entretanto, conforme também explicado no decorrer desta tese de doutoramento, o recorte desta investigação se dá em relação ao uso das arbitragens nos litígios existentes nas Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal, tendo em vista o crescimento da utilização do referido instituto de resolução dos conflitos na mencionada forma de prestação de serviço público e/ou de realização de obra pública.

Diante do aludido, importante se faz uma análise mais profunda da forma de resolução de conflitos mencionada no parágrafo anterior, o que será feito a partir do próximo tópico.

2.9.1 Conceito de Arbitragem

Tal como foi afirmado acima, a arbitragem é uma forma de heterocomposição dos conflitos com um terceiro escolhido pelos litigantes, da mesma forma como faz um juiz togado, efetivamente decidindo o litígio e o fazendo com força de coisa julgada, por intermédio de uma decisão com força de título executivo judicial, tanto no Brasil¹²⁶⁵ como em Portugal¹²⁶⁶, sendo, desse modo, uma heterocomposição vinculativa¹²⁶⁷.

Assim, é possível afirmar ser a arbitragem uma decisão adjudicada e não uma decisão consensual tal como acontece na conciliação e na mediação¹²⁶⁸, tendo em vista o fato do consenso se dar apenas em relação ao momento de escolher a opção pela arbitragem e o responsável pelo julgamento, porém não especificamente em relação ao objeto do litígio.

Adotando um sentido amplo, a arbitragem seria todas as vezes que um conflito fosse, por vontade das partes, efetivamente decidido por alguém de fora do Poder Judiciário¹²⁶⁹, o que torna a arbitragem muito mais simples do que muitas vezes se conceitua. Assim, caso duas ou mais pessoas

¹²⁶⁵Lei Brasileira 13.105/2015. (Código de Processo Civil Brasileiro) Art.515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral.

¹²⁶⁶Lei Portuguesa 41/2013. (Código de Processo Civil Português). Artigo 705.ºExequibilidade dos despachos e das decisões arbitrais. 2 - As decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns.

¹²⁶⁷MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.11.

¹²⁶⁸CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.125.

¹²⁶⁹KROETZ, Tarcisio de Araújo - *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade*, São Paulos: Editora Revistas dos Tribunais, 1997. p.19.

escolham um conhecido em comum para decidir uma desavença entre eles, esse último será um árbitro, ainda que não seja nominado pelas partes como tal.

Desse modo, a arbitragem seria, usando as palavras de ANTÔNIO JOSÉ DE MATTOS NETO, quando o “Estado Leviatã tutelar cede lugar ao Estado de respeito à iniciativa privada jurídica”¹²⁷⁰, o que só pode acontecer, ao menos como regra, por vontade das próprias partes envolvidas no litígio.

No mais, existem duas grandes questões diferenciando o Poder Judiciário e a arbitragem. A primeira delas é que o Poder Judiciário é responsável por uma função que necessariamente deve ser realizada pelo Poder Público, ou seja, ele não pode se furtar de realizar a mesma, ainda que não o faça de forma exclusiva.

A arbitragem, por outro lado, é uma espécie de “justiça privada”¹²⁷¹, com um julgador que não pertence aos quadros da jurisdição considerada por alguns autores como normal¹²⁷², sendo, assim como afirma SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE, um “equivalente funcional do Judiciário, porque, embora estruturalmente diferente dele (Judiciário), produz os mesmos efeitos que este”¹²⁷³.

Concordamos com o autor acima que a arbitragem equivale ao Poder Judiciário na sua função, porém é importante lembrar que, conforme vai ser aprofundado no tópico no qual abordaremos a natureza jurídica do instituto, a arbitragem não é um equivalente de jurisdição e sim uma das espécies de jurisdição, diferentemente da mediação, da conciliação e da negociação que são equivalentes à jurisdição.

A outra grande diferença entre o Poder Judiciário e a arbitragem, conforme também será melhor aprofundado adiante, é que a arbitragem é, como regra¹²⁷⁴, uma opção deliberada¹²⁷⁵ das partes; diferentemente do Poder Judiciário, ao qual alguém pode ser submetido ainda que contra a sua própria vontade, podendo até mesmo ser coagido a comparecer em juízo no caso de uma demanda de natureza penal ou, ainda, a ter que se submeter aos ônus da sucumbência no caso de se tratar de uma demanda de natureza cível, com a possibilidade de confissão das matérias de fato em decorrência da decretação da revelia pelo magistrado togado.

Outra diferença existente é que a arbitragem, diferentemente do Poder Judiciário, é temporária, pois, como afirma CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA, não é possível a existência de duas instituições

¹²⁷⁰NETO, Antônio José de Mattos - Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgenor de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*, Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62. p.49.

¹²⁷¹SODRÉ, Antônio - *Curso de Direito Arbitral*. Leme: Mizuno, 2008. p.22.

¹²⁷²ROQUE, Sebastião José - *Arbitragem: a solução viável*, 2ªed, São Paulo: Ícone, 2009. p.11.

¹²⁷³*Idem, ibidem*.p.12.

¹²⁷⁴Veremos, ainda, que existe, mediante críticas, a possibilidade da arbitragem obrigatória em Portugal.

¹²⁷⁵MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.13.

permanentes realizando a jurisdição¹²⁷⁶, ainda que alguns Estados, como Portugal, possuam um sistema de jurisdição dual, porém nesses casos são duas jurisdições estatais para matérias distintas.

No mais, conforme também será aprofundado em seguida, não há como afirmar que a arbitragem fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, uma vez que é um meio alternativo de resolução de conflitos escolhido pelas próprias partes envolvidas no litígio¹²⁷⁷.

Inclusive, tal como também será estudado adiante, caso exista algum vício na escolha pela arbitragem, as partes poderão buscar o próprio Poder Judiciário para anular a opção pela mesma, só podendo o procedimento arbitral ser utilizado no caso de não existir qualquer vício de vontade por parte dos envolvidos quando optaram pela referida forma de resolução de conflito, sob pena de nesse caso sim existir uma ofensa ao princípio da inafastabilidade do poder em testilha.

Assim, apesar de realmente existirem discussões sobre qual é a natureza jurídica da arbitragem, o que justifica um tópico à parte neste capítulo apenas para tratar sobre o tema, já se pode afirmar que a arbitragem é uma forma de resolver os litígios por intermédio de uma pessoa diferente das partes, porém escolhida em comum acordo por essas últimas e que não integra o Poder Judiciário, apesar de realizar a mesma atividade-fim deste último.

Enfim, na arbitragem as pessoas não conseguem chegar a um consenso sobre a resolução litígio em si, mas acordam sobre quem irá resolver o mesmo por meio de uma decisão que deverá ser obedecida pelas partes envolvidas.

No mais, a arbitragem pode ser uma escolha realizada antes mesmo do litígio, uma vez que, conforme será visto, a opção pela arbitragem pode estar prevista em um contrato anterior a existência de qualquer pretensão resistida.

Diante do exposto, conceituamos a arbitragem como uma forma heterocompositiva de resolução, ou seja, na qual um terceiro efetivamente decide o litígio, por opção das pessoas envolvidas nesse último e que pode vir a ter força de coisa julgada tal como as decisões do Poder Judiciário.

Ademais, a arbitragem é um instituto com amparo constitucional tanto em Portugal, onde ela tem previsão expressa na Constituição¹²⁷⁸, como no Brasil, onde, apesar de não existir previsão constitucional geral do uso da arbitragem, ela encontra amparo, conforme afirma CLARISSA SAMPAIO SILVA, “no princípio democrático e nas suas densificações, representando a consensualidade expressão

¹²⁷⁶PIEDRAHITA, Carlos Andrés Uribe - El arbitramento em Colombia, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.143-159. p.150.

¹²⁷⁷OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.323.

¹²⁷⁸Constituição República Portuguesa de 1976: Artigo 209.º. Categorias de tribunais. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

daquele”¹²⁷⁹. Além disso, existe na Constituição Brasileira atual a previsão da arbitragem especificamente para os litígios trabalhistas coletivos¹²⁸⁰, o que demonstra o reconhecimento dos constituintes brasileiros da juridicidade do referido instituto de resolução de conflitos.

Por fim, a arbitragem é um instituto antigo, existindo até antes mesmo do próprio Poder Judiciário, conforme será abordado no tópico seguinte, onde será realizado um contexto histórico da referida forma de resolução de conflitos, principalmente no âmbito do Brasil e de Portugal.

2.9.2 Histórico da Arbitragem

Analisar o momento histórico em que as pessoas começaram a optar por escolher um árbitro para resolver os seus litígios não é uma tarefa fácil, pois não há como precisar quando foi a primeira vez que isso aconteceu, uma vez que, conforme já foi dito no tópico anterior, qualquer pessoa não integrante do Poder Judiciário que decide um conflito entre litigantes por opção deles será um árbitro, ainda que se faça necessário o preenchimento dos requisitos legais de cada Estado para que a decisão do escolhido seja um título executivo judicial.

De qualquer forma, como afirma JOEL FIGUEIRA JUNIOR, a tutela dos direitos tem origem nos povos primitivos, pois os escopos individualistas das pessoas entre o que é justo ou injusto desde sempre foram cotejados com as questões sociais das tribos, das cidades antigas e dos clãs religiosos¹²⁸¹, o que naturalmente gerava conflitos com necessidades de resolução. GABRIELA DE CARVALHO lembra que na mais remota Antiguidade já se buscava formas não rebuscadas e não morosas de resolução dos conflitos devido ao fato de desde sempre os negócios comerciais e civis terem exigido respostas rápidas para seus litígios¹²⁸².

No mais, existem registros da realização da arbitragem desde o período da Grécia Antiga, inclusive da arbitragem realizada com a presença do Poder Público na condição de parte, como aconteceu no Tratado de Paz celebrado entre Atenas e Esparta no ano 445 a.C. prevendo a arbitragem entre os referidos Estados, existindo também registros de um acordo prevendo a arbitragem entre os atenienses e os beócios no ano 245 a.C.¹²⁸³.

Também há registros da adoção da arbitragem na época do Direito Mosaico (em 1.300 AC), bem como no Novo Testamento, onde expressamente existe uma censura do apóstolo São Paulo à

¹²⁷⁹SILVA, Clarissa Sampaio - Desjudicialização na resolução de conflitos com a administração pública: comparações entre Brasil e Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp.23-55. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf. p.44.

¹²⁸⁰Constituição da República do Brasil de 1988: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...). § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

¹²⁸¹JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1.

¹²⁸²CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p.23.

¹²⁸³LEMOS, Eduardo Manoel - *Arbitragem e Conciliação, Brasília: Consulex*, 2001. p.26.

Igreja de Corinto devido ao encaminhamento por parte dessa última dos litígios para serem resolvidos pelos juízes togados e não por árbitros escolhidos pela própria Igreja e pelas partes envolvidas¹²⁸⁴.

Desse modo, claro está que a Igreja Católica há muitos anos prefere a solução arbitral ao invés da solução realizada pelo Poder Judiciário como forma de as pessoas buscarem a justiça e a paz¹²⁸⁵, a ponto de SÍLVIO SALVO VENOSA considerar que o sucesso da arbitragem na Idade Média decorreu do seu uso por parte da Igreja na referida época¹²⁸⁶, tendo em vista a grande influência desta última perante a sociedade no período em testilha.

Inclusive, o atual Código Canônico, publicado pelo PAPA JOÃO PAULO II, também prevê a possibilidade da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a Igreja Católica e os seus membros¹²⁸⁷ nos litígios que não tenham caráter meramente confessional.

Nos litígios confessionais, ou seja, que envolvam as regras da própria Igreja, são os tribunais eclesiásticos os responsáveis por tomar as decisões com base nas regras e punições que cada religião possui¹²⁸⁸.

No mais, não é apenas a Igreja Católica que estimula a resolução pacífica dos conflitos, pensadores muçulmanos mais modernos vêm defendendo que as formas de resolução extrajudicial de conflitos, incluindo a arbitragem (Tahkim), estão de acordo com os preceitos existentes no Alcorão e na Sunnah¹²⁸⁹.

Outrossim, até mesmo na mitologia grega nós encontramos relatos da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos, como bem lembra JOSÉ CRETILLA JUNIOR ao contar a existência de um litígio entre Atena, Hera e Afrodite sobre a propriedade de uma maçã de ouro existente no qual elas escolheram Páris, filho de Príamo e Hécuba, para resolver a desavença¹²⁹⁰.

No Oriente Médio existe evidência de que a arbitragem existia antes mesmo da criação dos sistemas legais de resolução de conflitos com a escolha, por exemplo, de monges e chefes tribais para o exercício da função de árbitro¹²⁹¹.

¹²⁸⁴BEZERRA, Paulo César Santos - *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, 2ªed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.65.

¹²⁸⁵BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.49.

¹²⁸⁶VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.609.

¹²⁸⁷Código Canônico de 1983: TÍTULO III DOS MODOS DE EVITAR OS JUÍZOS. Cân. 1713 — Com o fim de se evitarem os litígios judiciais, utiliza-se com proveito a composição ou a reconciliação, ou a controvérsia pode ser confiada ao juízo de um ou mais árbitros.

¹²⁸⁸MIRANDA, Maria Bernadete - Aspectos Gerais do Direito Positivo e do Direito Canônico, *Revista Virtual*, V 3, N 1 (2009), pp.1-10. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigo/can.pdf>. p.6.

¹²⁸⁹OSENI U A; AHMAD A U F - Dispute resolution in Islamic finance: A case analysis of Malaysia, In H A; El-Karanshawy *Et al, Ethics, governance and regulation in Islamic finance*, Catar: Bloomsbury Qatar Foundationp, 2015, pp.125-132.Disponível em <https://uaelaws.files.wordpress.com/2012/09/dispute/resolution-in-islamic-finance-a-case-analysis-of-malaysia.pdf>. pp.125-132. p.128.

¹²⁹⁰JUNIOR, Cretella José - Da arbitragem e seu conceito categorial, *Revista de Informação Legislativa*, N 98 (1988), pp.127-138. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181851>. p.128.

¹²⁹¹BAAMIR, Abdulrahman Yahya - *Shar'a law in commercial and banking arbitration: law and practice in Saudi Arabia*. New York: Routledge, 2016. p.1.

Também na Revolução Francesa houve relatos da previsão arbitragem, existindo um dispositivo normativo afirmando ser a referida forma de conflito a mais razoável existente¹²⁹², qual seja: o decreto sobre a organização judiciária, que foi publicado em agosto do ano de 1790¹²⁹³.

Especificamente no Brasil, a primeira previsão da arbitragem se deu ainda na época em que o Brasil era colônia de Portugal por meio de previsão dos Juizes Arbitrais nas Ordenações Filipinas, que continuou vigorando por um período mesmo após a Proclamação da Independência do Brasil¹²⁹⁴.

Além disso, a arbitragem também esteve prevista na primeira Constituição editada em solo brasileiro, a de 1824, ainda no período do império,¹²⁹⁵ tanto na área cível como na área penal¹²⁹⁶, sendo, logo em seguida, editada no dia 26 de julho de 1831 uma lei sem número prevendo a substituição das provedorias de seguro do império por juizes arbitrais para a resolução de casos envolvendo especificamente questões inerentes aos seguros¹²⁹⁷.

O Código Comercial Brasileiro de 1850, por seu turno, previa a arbitragem obrigatória nos litígios de natureza mercantil, porém essa obrigatoriedade sofreu diversas críticas, tal como será visto nesta tese de doutoramento quando for abordado as espécies de arbitragens. Desse modo, ela passou a ser voluntária em 1866 por força de alteração realizada no Código Comercial pela lei 1.350/66¹²⁹⁸.

Em 1880, o decreto brasileiro nº 7.959 passou a prever o uso da arbitragem nas concessões das estradas de ferro¹²⁹⁹.

Logo em seguida, veio o Decreto Brasileiro 1900/67, que passou a prever a possibilidade de a arbitragem ser decidida por equidade¹³⁰⁰, tal como acontece na atualidade tanto no Brasil como em Portugal nos procedimentos arbitrais que não tenham a presença da Administração Pública.

No aspecto prático, a arbitragem teve influência na delimitação do território atual do próprio Estado Brasileiro, uma vez que no ano de 1900 foi por meio de uma decisão arbitral realizada no território da Suíça pelo presidente da Confederação Helvética, WALTER HAUSER, que ficou definido o fim

¹²⁹²LEMOS, Luciano Braga - *A arbitragem e o Direito*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.35.

¹²⁹³CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Luris, 2019.p.54.

¹²⁹⁴LENZA, Vitor Barbosa - *Cortes Arbitrais*, 2ªed, Goiânia: AB Editora, 1999. p.9.

¹²⁹⁵DELGADO, José Augusto - A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual, *Revista de Direito Renovar*, V 17 (2000), pp.1-24. p.1.

¹²⁹⁶Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824: Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

¹²⁹⁷HESS, Heliana Maria Coutinho - *Acesso à justiça por reforma judiciais*, Campinas: Millennium, 2004. p.179.

¹²⁹⁸CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467. p.444.

¹²⁹⁹LEMES, Selma - Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*. São Paulo: FGV, 2019. pp.81-96. p.82.

¹³⁰⁰LEE, João Bosco; FILHO, Cláudio de Melo Valença Filho - *A arbitragem no Brasil*, Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002. p.51.

do conflito entre o Brasil e a França para definir os limites da fronteira entre o estado-membro Brasileiro do Amapá e a Guiana Francesa¹³⁰¹.

Além da situação acima mencionada, a delimitação entre o estado-membro brasileiro do Acre e a Bolívia só não foi definida também por meio de uma arbitragem decidida na Grã-Bretanha, tal como pretendia a Bolívia, porque o governo brasileiro e o governo boliviano acabaram fazendo um acordo em 18 de novembro do ano de 1903 por meio do Tratado de Petrópolis, onde ficou estabelecido que o território litigioso ficaria com o Brasil mediante um pagamento de uma quantia em dinheiro ao governo boliviano¹³⁰².

Nas duas situações mencionadas no parágrafo anteriores temos exemplos de arbitragens históricas realizadas com a presença do Poder Público, tal como se estuda na presente tese doutoral.

No mais, ainda no Brasil, já no século XX, também existiram previsões da arbitragem no Código Civil Brasileiro de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, até a publicação da atual lei da arbitragem brasileira em 1996¹³⁰³, ainda em vigor e com algumas alterações no decorrer dos anos, também existindo previsão da arbitragem no atual Código de Processo Civil Brasileiro de 2015¹³⁰⁴, que nitidamente deu um olhar diferenciado para as formas de resolução de conflitos diferentes da resolução por meio do Poder Judiciário.

No mencionado século XX, a arbitragem ganhou importância em todo o mundo. Nesse sentido, RENÉ DAVID, em escrito realizado no ano de 1959, afirmou que a arbitragem era um dos fenômenos mais significativos do referido século, sendo respeitada em Estados como Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, China, União Soviética, Polônia e Tchecoslováquia¹³⁰⁵.

Já em Portugal, alguma forma de arbitragem começou a surgir no final do século XII e começou do século XIII por meio da previsão de “alvidros” e, conforme previsão nos estatutos municipais, de “alvenidores” e “convenidores”, com decisões passíveis de serem executadas por meio da previsão de fiadores, o que acabava dando um caráter de arbitragem para elas.¹³⁰⁶

¹³⁰¹GRANGER, Stephane - O Contestado Franco-Brasileiro: desafios e consequências de um conflito esquecido entre a França e o Brasil na Amazônia, *Revista Cantareira*, 17ªed, (2012), pp.20-39. 2012. Disponível em <http://periodicos.uff.br/cantareira/article/view/27891>. p.25.

¹³⁰²BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz - O Barão de Rothschild e a questão do Acre, *Rev. bras. Polit. Int.*, V 43, N (2000), pp.150-169. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0347-329200000200007. pp.150-169. p.164.

¹³⁰³Lei Brasileira nº 9037/96. Diário Oficial da União, *Seção 1*. (23.07.1996). 1-

¹³⁰⁴CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467. p.444.

¹³⁰⁵DAVID, René - Arbitrage et droit compare, *Revue internationale de droit compare*, V 11, N 1 (1959), pp.5-18. p.5.

¹³⁰⁶FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo?* 2011, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho.p.25-26

Assim, na referida época as pessoas que estavam envolvidas em um litígio tinham a opção de ou firmarem um compromisso arbitral para que a desavença fosse solucionada por meio dos juízes “alvidros”, que seriam os árbitros, ou deixar que a solução fosse dada pelos juízes togados.¹³⁰⁷

Além disso, também existia previsão dos “alvidros” nas Ordenações Afonsinas, nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas¹³⁰⁸, conforme acima mencionado.

Com a Revolução Francesa, a entrega da decisão dos litígios aos particulares foi estimulada, o que implicou na previsão da arbitragem na Constituição Francesa de 1791, que acabou servindo como inspiração para que a Constituição Portuguesa de 1822 trouxesse a possibilidade da nomeação de árbitros para a resolução dos conflitos cíveis e penais, previsão mantida na Constituição Portuguesa de 1826, bem como nos Códigos de Processo Civil que as sucederam, quais sejam: o de 1876, o de 1939 e também o de 1961¹³⁰⁹.

As Constituições Portuguesas de 1911 e 1933 não trouxeram a previsão expressa de Tribunais Arbitrais, porém a matéria continuou sendo regulamentada no âmbito infraconstitucional, especificamente pelos Códigos de Processo Civil Portugueses, conforme acima mencionado¹³¹⁰, não existindo qualquer dúvida da previsão do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico português no referido período, ainda que sem força de norma constitucional.

A Constituição Portuguesa de 1938 voltou a mencionar a possibilidade de resolução dos conflitos civis e penais civilmente intentados por intermédio da arbitragem¹³¹¹.

Já a atual Constituição Portuguesa de 1976 também não trouxe em seu texto originário a previsão da arbitragem, porém com a reforma de 1982 a arbitragem passou a ser prevista também no âmbito constitucional¹³¹².

Assim, a Constituição Portuguesa vigente expressamente prevê na atualidade, em seu artigo 209¹³¹³, a possibilidade da criação de tribunais arbitrais por meio de lei, o que, segundo J.J. GOMES CANOTILHO, não ofende o princípio da reserva do juiz, desde que a nomeação do juiz arbitral esteja em consonância com “as normas constitucionais relativas às competências, procedimentos e forma de criação destes tribunais”¹³¹⁴.

¹³⁰⁷ *Idem, ibidem*. p.26.

¹³⁰⁸ MENDES, Armindo Antônio Lopes Ribeiro- Regulamentação Tradicional da Arbitragem, In BARNEY, Óscar Cruz, *Et al- Estudios de historia del derecho y de las instituciones*, Morélia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009. pp.13-83. p.14.

¹³⁰⁹ *Idem, ibidem*. p.15.

¹³¹⁰ *Idem, ibidem*. p. 16.

CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p.60.

¹³¹² MENDES, Armindo Antônio Lopes Ribeiro- Regulamentação Tradicional da Arbitragem, In BARNEY, Óscar Cruz, *Et al, Estudios de historia del derecho y de las instituciones*, Morélia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009. pp.13-83. p.21.

¹³¹³ Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 209.º. Categorias de tribunais. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

¹³¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed, Coimbra: Almedina: 2003. p.671

Desse modo, a arbitragem é um procedimento que pode substituir o Poder Judiciário por vontade dos interessados desde que realizada dentro dos ditames legais, o que inclui o respeito ao desejo das partes não viciado em participar do procedimento arbitral, ao menos como regra.

Além disso, em 1986 foi aprovada a Lei 31/86¹³¹⁵, que foi a primeira Lei de Arbitragem Portuguesa e atualmente vigora a Lei 63/2011¹³¹⁶, que é a atual Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa.

No mais, tal como no Brasil, Portugal também se utilizou no passado da arbitragem para resolver questões fronteiriças, tal como aconteceu em 1914, quando uma sentença arbitral da Suíça decidiu a fronteira entre Portugal e Holanda na então colônia do Timor-Leste¹³¹⁷.

Desse modo, percebe-se que a Arbitragem é instituto, em verdade, antigo, existindo, ainda que sem regulamentação legal, desde antes do próprio Poder Judiciário, estando presente formalmente no Brasil antes mesmo da sua independência e em Portugal há mais de duzentos anos, sendo por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma que o exercício da jurisdição pelo Estado foi antecedido das decisões tomadas pelos árbitros¹³¹⁸.

Além disso, a evolução legal da arbitragem no decorrer do tempo deixa claro que a arbitragem sempre foi vista pelo próprio Estado, bem como pelos profissionais e estudiosos da área jurídica, como uma opção importante para se buscar a resolução dos litígios.

O que realmente ainda não existe nem no Brasil nem em Portugal é a cultura da arbitragem, caminhando o instituto a passos lentos, principalmente nas lides envolvendo o Poder Público, sendo ainda recorrente se considerar a Justiça Estatal como um padrão oficial de resolução de litígios¹³¹⁹ para onde demanda a maioria dos litígios nos quais as partes efetivamente optam por buscar uma solução, tendo em vista que existem também os litígios que acabam não sendo solucionados em virtude das dificuldades encontradas pelas pessoas em acessar à justiça, conforme foi abordado anteriormente.

No mais, muito da desconfiança em relação ao procedimento arbitral decorre das discussões acerca da sua natureza jurídica, que será objeto de estudo a partir do próximo tópico.

2.9.3 Natureza Jurídica da Arbitragem

Saber a natureza jurídica de algo é delimitar em que local ele se encontra no mundo jurídico¹³²⁰ ou, como afirma LUIZ FERNANDO GUILHERME, é definir qual é a essência de um instituto,¹³²¹ ou, ainda, “é

¹³¹⁵Lei Portuguesa n° 31/86. Diário da República, *Série I*. N° 198 (09.08.1986) 2259 - 2264

¹³¹⁶Lei Portuguesa n° 63/2011. Diário da República, *Série I*. N° 238 (14.13.2011) 5276- 5289.

¹³¹⁷AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz - *O conflito e a construção do Estado do Timor-Leste*, Marília: Oficina Universitária, 2019. p.27.

¹³¹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini - Arbitragem e prestação de serviços públicos, *Revista de Direito Administrativo*, V 233 (2003), pp. 377-385. p.378.

¹³¹⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.187.

¹³²⁰ROCHA, José de Albuquerque - *Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica*, São Paulo: Atlas, 2008. p.12.

uma forma de localizar o instituto topograficamente e determinar a qual gênero pertence uma espécie de figura jurídica”.¹³²² Sendo assim, importante se faz saber em que local encontraremos a arbitragem, tal como será feito no presente tópico.

A temática cá estudada representa uma das mais importantes deste estudo, pois definir a natureza jurídica da arbitragem é essencial para se concluir acerca da importância e da possibilidade do uso do instituto, principalmente por parte do Poder Público, uma vez que, quando se opta pela arbitragem, as pessoas abrem mão da decisão a ser dada pelo Poder Judiciário e tanto a Constituição Brasileira¹³²³ como a Constituição Portuguesa¹³²⁴ preveem o acesso ao Poder Judiciário como um direito fundamental de todo cidadão.

No mais, a discussão em questão, tal como lembra BRUNO LOPES MEGNA, é uma controvérsia já existente há séculos¹³²⁵ e tanto na doutrina Portuguesa como na doutrina Brasileira não existe unanimidade sobre a natureza jurídica da arbitragem, existindo, basicamente, duas correntes, quais sejam: privatistas ou contratualistas, que a tratam como um mero acordo entre as partes envolvidas e a publicistas ou processualistas, que consideram a arbitragem uma espécie de jurisdição¹³²⁶, existindo, ainda, os que afirmam existir uma natureza mista¹³²⁷, considerando que a arbitragem seria ao mesmo tempo “contratual e jurisdicional, privatista e publicista”¹³²⁸.

Desse modo, a discussão em testilha passa pelo conceito de contrato e pelo conceito de jurisdição, terminologias que serão abordadas nos parágrafos que se seguem, tendo em vista existir uma diferença entre a natureza jurídica da convenção da arbitragem e a natureza jurídica da atividade realidade pelo árbitro, bem como da decisão proferida¹³²⁹.

Jurisdição, como já dito em outra parte deste estudo, significa “Dizer o Direito”. Assim, ao que parece, não há como negar que a arbitragem seria uma espécie de jurisdição nos seu aspecto terminológico, pois o árbitro efetivamente diz o Direito, uma vez que, conforme afirma JORGE MIRANDA, “tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial”¹³³⁰, sendo essa última a tutela

¹³²²GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.142.

¹³²³CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler - O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, *Rev. Fac. Direito*, N 59 (2011), pp.367-404. Disponível em <https://www.direito.ufm.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147>. p.371.

¹³²⁴Constituição Brasileira de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹³²⁵Constituição Portuguesa de 1976: Art. 2º: Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

¹³²⁶MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.45.

¹³²⁷BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016.p.133.

¹³²⁸JUNIOR, Antônio Pereira Gaio - *Teoria da Arbitragem*, São Paulo: Ridel, 2012. p.19.

¹³²⁹SÉLLOS-KNOERR, Viviane - A responsabilidade social dos tribunais arbitrais como meio de efetivação do acesso ao direito fundamental à justiça e à ampla cidadania, *Revista Jurídica (FIC)*, V1. (2011), pp.220-237. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/ReJur/article/view.p.222>.

¹³³⁰CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler - O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, *Rev. Fac. Direito*, N 59 (2011), pp.367-404. Disponível em <https://www.direito.ufm.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147>. p.372.

¹³³¹MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.398.

jurisdicional realizada por intermédio do Poder Judiciário, sendo o termo “tutela jurisdicional” um gênero que abrange mais de uma espécie de tutela, quais sejam: a realizada pelo juiz, que seria a judicial e a realizada pelo árbitro, que seria a arbitral, sendo esse também o entendimento de FRANCISCO REZEK ao afirmar ser o árbitro um verdadeiro juiz, o que faz a arbitragem ser jurisdicional mesmo não sendo judicial¹³³¹.

Outrossim, como afirmam CÂNDIDO DINAMARCO, GUSTAVO BADARÓ e BRUNO CARRILHO LOPES, jurisdição é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade¹³³².

É um poder porque é efetivamente um imperativo do Estado de resolver os conflitos entre as pessoas por intermédio do Poder Judiciário, que é um dos três poderes da República tanto no Brasil como em Portugal. É uma função justamente porque é um encargo do Poder Público, tal como outros serviços públicos prestados por ele. É uma atividade porque é uma complexidade de atos, uma sucessão de atos processuais,¹³³³ onde, diga-se, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa¹³³⁴ sob pena de nulidade.

Desse modo, poderíamos afirmar que a função da arbitragem é a mesma função do Poder Judiciário, sendo a arbitragem também um poder dado pelas partes e também a realização de uma atividade, uma vez que o processo arbitral também é uma sucessão de atos, tendo em vista que no mesmo existe a ordem de citação das partes pelo árbitro, a ouvida das mesmas, a colheita de provas e também a prolação de uma sentença arbitral após todo um procedimento onde também deve ser assegurado contraditório e a ampla defesa para a decisão do árbitro não ser passível de nulidade conforme mencionado alhures.

Por outro lado, um contrato é um negócio jurídico regulador da manifestação de vontade de duas pessoas¹³³⁵, gerando obrigações recíprocas e que deverão ser cumpridas conforme foi pactuado, possuindo caráter bilateral e sinalagmático.

Desse modo, a convenção de arbitragem é, de fato, um contrato, seja na modalidade cláusula compromissória, seja na modalidade compromisso arbitral, que serão estudadas em seguida, pois são as próprias partes envolvidas no conflito que decidem em comum acordo que ele será resolvido pela arbitragem, não havendo, caso não exista vício de vontade, a possibilidade de unilateralmente alguma

¹³³¹REZEK, Francisco - *Direito Internacional Público: curso elementar*, 10ªed, Saraiva: São Paulo, 2005.p.349.

¹³³²DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.257.

¹³³³*Idem, ibidem*. p.147.

¹³³⁴FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra - Globalização e meios adequados de solução de conflitos: da importância da arbitragem para as empresas transnacionais, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Ano 14, V 21, N 1 (2020), pp.335-367. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44545/31778>. p.354.

¹³³⁵GONÇALVES. Carlos Roberto - *Direito Civil Brasileiro, Contratos e atos unilaterais*, Vol.3, 14ªed, São Paulo: Saraiva, 2017. p.21.

das partes envolvida desistir do uso da arbitragem e optar pela solução por intermédio do Poder Judiciário.

Nesse sentido, SÉRGIO MOURA CORRÊA LIMA afirma ser o compromisso arbitral um “contrato, por resultar de atos negociais onde as vontades dos agentes estão acordadas com o propósito de criar ou modificar direito”¹³³⁶. No caso, cria-se um direito e uma obrigação para ambos os pactuantes do litígio vir a ser resolvido por meio da arbitragem.

Em verdade, a cláusula compromissória é, conforme será visto adiante, uma cláusula de um contrato maior, diferentemente do compromisso arbitral, que é propriamente um contrato prevendo a resolução do conflito por intermédio da arbitragem.

Desse modo, ao que parece, a convenção de arbitragem teria natureza de contrato, sujeita, assim, à obrigatoriedade de cumprimento, enquanto a arbitragem em si, a arbitragem no momento da sua aplicação, seria, ao lado do Poder Judiciário, uma espécie de jurisdição.

Nesse sentido, SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE afirma que a “arbitragem é convencional por sua origem e jurisdicional por sua função”¹³³⁷, adotando, desse modo, entendimento semelhante ao cá exposto, sendo esse também o entendimento de PIERRE MEYER, que se utiliza, no entanto, da expressão “missão” e não função, tendo em vista se tratar de algo confiado pelas próprias partes envolvidas¹³³⁸, da mesma forma como faz MARIANA FRANÇA GOUVEIA que, também optando pelo uso de outra terminologia, prefere a expressão “efeitos”.¹³³⁹

O entendimento dos autores acima também está em consonância com de JOÃO BOSCO LEE e CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO¹³⁴⁰, bem como se alinha ao de FRANCISCO JOSÉ CAHALI¹³⁴¹, também caminhando no mesmo JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA ao afirmar ser a arbitragem uma instituição complexa justamente por ser privada na sua origem e pública em seus efeitos¹³⁴², sendo esse o entendimento também de MANUEL PEREIRA BARROCAS, que defende uma natureza mista para a arbitragem ao afirmar possuir a mesma caráter de contrato, pois sem a convenção de arbitragem a mesma sequer vai existir, bem como possuir natureza de jurisdição, uma vez que dificilmente a arbitragem será eficaz se não possuir elementos de direito público¹³⁴³.

¹³³⁶LIMA, Sérgio Mourão Corrêa - *Arbitragem: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.103

¹³³⁷ROQUE, Sebastião José - *Arbitragem: a solução viável*, 2ªed, São Paulo: Ícone, 2009. p.16.

¹³³⁸MEYER, Pierre - *OHADA - Droit de l'arbitrage*, Bruxelles: Bruylant, 2002.p.26.

¹³³⁹GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.119.

¹³⁴⁰LEE, João Bosco; FILHO, Clávio de Melo Valença Filho - *A arbitragem no Brasil*, Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002. p.21.

¹³⁴¹CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.138.

¹³⁴²ROCHA, José de Albuquerque - *Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica*, São Paulo: Atlas, 2008. p.15.

¹³⁴³BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.46.

ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, resumindo todos os entendimentos acima mencionados, afirmam que a arbitragem é contratual na sua origem, jurisdicional na sua função e privada em sua natureza¹³⁴⁴.

Entretanto, ao que parece, a arbitragem não é exatamente convencional em sua origem tal como afirmam os autores supracitados, mas sim a sua previsão é convencional, diferentemente do Poder Judiciário, cujo previsão é legal, constitucional, uma vez que a terminologia “origem” dá uma conotação mais ampla, mais relacionada com o surgimento histórico do instituto, conforme foi abordado anteriormente no tópico 2.9.2.

Concordamos, no entanto, com os autores quando afirmam ser a arbitragem jurisdicional na sua função, tendo em vista os argumentos já expostos nesta tese de doutoramento.

Em sentido similar, ELISA RANGEL NUNES, analisando a legislação de Angola, que, segundo a autora, muito se assemelha quanto ao tema à legislação portuguesa, afirma que a jurisdição é uma função do Estado que pode ser exercida pelo árbitro¹³⁴⁵. Entretanto, apesar de, na prática, o entendimento da referida autora coincidir com o nosso por reconhecer a natureza jurídica de jurisdição, entendemos ser a arbitragem uma função tanto do Estado como dos árbitros.

DIOGO ALBANEZE RIBEIRO chega a afirmar que “a arbitragem seria uma verdadeira substituta da jurisdição, faltando-lhe, apenas, o poder coercitivo para fazer valer as suas decisões em caso de descumprimento”¹³⁴⁶. Entretanto, não concordamos com o referido autor quando afirma ser a arbitragem uma substituta da jurisdição, porque, em verdade, entendemos ser a arbitragem, ao menos em sua função, uma espécie de jurisdição, podendo, no máximo, ser considerada uma substituta do Poder Judiciário.

No mais, no caso especificamente da convenção da arbitragem realizada com a presença da Administração Pública, tal como se estuda nesta tese de doutoramento, a referida convenção, assim como lembra BRUNO LOPES MEGNA, não é apenas um negócio processual, tal como um contrato realizado entre os particulares, mas sim também um “negócio administrativo”¹³⁴⁷.

Em Portugal, existe uma discussão se o Tribunal Arbitral seria um tribunal integrante da organização interna do Poder Judiciário Português¹³⁴⁸. A discussão se dá porque a Constituição da República Portuguesa, na parte em que fala da organização dos tribunais no âmbito local, afirma que

¹³⁴⁴MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.59.

¹³⁴⁵NUNES, Elisa Rangel - Panorâmica e extensão da arbitragem voluntária nos domínios administrativo e tributário em Angola, *Revista do Direito*, V 3, N 53 (2017), pp.153-180. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. pp.153-180. p.173.

¹³⁴⁶RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p.50.

¹³⁴⁷MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.179.

¹³⁴⁸BORGES, Maria Catarina - *Aplicação da sanção pecuniária compulsória por tribunais arbitrais portugueses*, 2017. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa. p.43.

podem ser criados tribunais arbitrais¹³⁴⁹. Dessa discussão surge ainda mais duas discussões, quais sejam: se os tribunais arbitrais seriam efetivamente tribunais¹³⁵⁰ e se eles teriam as mesmas prerrogativas do Poder Judiciário no momento de proferir as duas decisões.

Essas duas últimas discussões são extremamente importantes também no Brasil, bem como para o presente estudo, nos parecendo que só não haverá uma ofensa ao princípio de acesso ao Poder Judiciário caso a atividade arbitral seja igual ou, ao menos, equivalente à atividade realizada pelo referido poder estatal.

Enfim, no respeitante a topologia da arbitragem na Constituição Portuguesa, importante mencionar que essa última não afirma que os tribunais serão criados dentro da própria estrutura Poder Judiciário português, até mesmo por se tratarem de tribunais facultativos tal como lembra WLADIMIR BRITO¹³⁵¹, o que nos faz entender que a previsão em questão tem como finalidade apenas dirimir qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da criação de tribunais arbitrais autônomos ou, como afirma MANUEL PEREIRA BARROCAS, para dar uma maior “dignidade constitucional”¹³⁵² ao procedimento arbitral.

Entendimento em sentido contrário aproximaria em demasiado os tribunais arbitrais dos tribunais jurisdicionais, perdendo o sentido na diferenciação dos institutos em questão, sendo por essa razão que o próprio Tribunal Constitucional Português reconheceu não integrarem os tribunais arbitrais o Poder Judiciário Lusitano, porém a referida realidade não impede que eles sejam também considerados uma espécie autônoma de tribunal¹³⁵³.

Nesse sentido, ISABEL CELESTE FONSECA afirma não ter dúvida de que os tribunais arbitrais são, de fato, tribunais e, ainda, com dignidade constitucional, sendo, dessa forma, tribunais “ad hoc”¹³⁵⁴.

No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORRAL já afirmavam, em parecer publicado em 2002, que a Constituição Portuguesa traz a existência de tribunais arbitrais que não estão integradas à organização judiciária do Estado¹³⁵⁵, bem como ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE defendem que os tribunais arbitrais são efetivamente tribunais

¹³⁴⁹Constituição Portuguesa de 1976: CAPÍTULO II Organização dos tribunais Artigo 209.º Categorias de tribunais. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. (Grifos Nossos).

¹³⁵⁰PALHARES, Ana - Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.41-56. p.49.

¹³⁵¹BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.39.

¹³⁵²BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.53.

¹³⁵³ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 230/2013, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html?impressao=>

¹³⁵⁴FONSECA, Isabel Celeste - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178. p.162.

¹³⁵⁵AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002. p.137.

ainda que não sejam “tribunais como os outros”¹³⁵⁶ e no mesmo sentido PEDRO GONÇALVES afirma que os tribunais arbitrais “São Tribunais”¹³⁵⁷.

No mais, o termo “tribunal” é oriundo do latim “tribunale”, que é um conceito passível de ser aplicado a qualquer órgão existente de deliberação coletiva, podendo ele ser judicial ou não¹³⁵⁸, não existindo um monopólio estatal para o uso da referida terminologia, o que não quer dizer que o tribunal arbitral seja igual ao tribunal estatal, existindo, assim como afirma MARIANA MELO EGÍGIO ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, o reconhecimento por parte deste último da existência de mais de uma espécie de tribunal¹³⁵⁹.

Além disso, existem tanto em Portugal como no Brasil outros tribunais que não integram o Poder Judiciário, tal como acontece com os tribunais de contas brasileiros e os tribunais de contas portuguesas, o mesmo acontecendo com os tribunais de justiça desportiva, que no Brasil são previstos no Código Brasileiro de Justiça Desportiva¹³⁶⁰ e que possuem natureza jurídica de tribunais administrativos e que podem ter as suas decisões revistas pelo Poder Judiciário após prévio esgotamento da via administrativa, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, conforme será visto em seguida, o sistema de jurisdição una.

Por outro lado, tal como também será visto em seguida, a Justiça Desportiva em Portugal é, diferentemente do Brasil, uma espécie de arbitragem.

Desse modo, entendemos que as cortes arbitrais são efetivamente uma espécie de tribunal não estatal tanto em Portugal como no Brasil, porém não integram a estrutura dos Poderes Judiciários locais.

Assim, a questão passa a ser se os tribunais arbitrais, bem como os árbitros de um modo geral, efetivamente exercem a jurisdição.

No aspecto terminológico, já vimos no tópico 2.7.1 que a arbitragem é uma espécie de jurisdição porque efetivamente “diz o Direito”, bem como possui quase todas as suas características, menos o “ius imperi”, o que não a impede, no entanto, de ser conceituada como jurisdição. Entretanto,

MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.65.

¹³⁵⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.565.

¹³⁵⁸JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2018.136.

¹³⁵⁹EGÍGIO, Mariana Melo - Revisitando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português sobre a arbitragem. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp.6-11. p.10.

¹³⁶⁰CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA: Art. 1º A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva brasileira e o processo desportivo, bem como a previsão das infrações disciplinares desportivas e de suas respectivas sanções, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se por lei e por este Código. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009). Art. 3º São órgãos da Justiça Desportiva, autônomos e independentes das entidades de administração do desporto, com o custeio de seu funcionamento promovido na forma da lei: I - o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), com jurisdição desportiva correspondente à abrangência territorial da entidade nacional de administração do desporto; (NR). II - Os Tribunais de Justiça Desportiva (TJD), com jurisdição desportiva correspondente à abrangência territorial da entidade regional de administração do desporto; (NR). III - as Comissões Disciplinares constituídas perante os órgãos judicantes mencionados nos incisos I e II deste artigo.

importante analisar se ela possui as mesmas características da jurisdição estatal no que tange o exercício da sua atividade-fim.

Nesta senda, a doutrina traz três características da jurisdição realizada pelo Poder Judiciário no que respeitante ao exercício da sua atividade, quais sejam: a substitutividade, a definitividade e a inércia¹³⁶¹. Passemos a analisar cada uma delas.

A substitutividade seria a função de substituir a vontade das partes envolvidas no litígio pela vontade do órgão julgador. De um lado existe a vontade de uma parte e do outro lado existe uma vontade contrária, sendo ambas substituídas pela vontade de quem é responsável pelo julgamento da causa.

A definitividade seria a impossibilidade de modificar a decisão, seria a aptidão para fazer coisa julgada¹³⁶², uma vez que as pessoas não precisam da jurisdição apenas devido ao fato de não conseguirem resolver os seus problemas por conta própria, mas sim porque se faz necessário efetivamente colocar fim aos litígios, não sendo justificável permitir que esses litígios sejam rediscutidos novamente¹³⁶³, sendo essa uma forma de garantir uma pacificação de interesse de toda a sociedade e não apenas das pessoas que estão envolvidas no litígio.

A inércia, por seu turno, seria a impossibilidade de os órgãos responsáveis pela jurisdição agirem sem que sejam instados pelas partes interessadas, só podendo eles atuarem, como regra, quando alguma das pessoas envolvidas no litígio efetivamente os procuram dando início a um processo judicial.

Entendemos que a arbitragem possui as três características acima: ela também substitui a vontade das partes envolvidas, que devem cumprir o decidido concordando ou não com a decisão; ela também se torna definitiva, pois, ainda que em determinado momento, torna-se não passível de recurso e ela ainda pode vir a ser executada. Além disso, ela também é inerte com o árbitro só pode decidir após ser instado por uma das partes.

No entanto, não há uma unanimidade sobre o fato de os tribunais arbitrais serem uma espécie de jurisdição, existindo autores que possuem opinião em sentido contrário seja em Portugal seja no Brasil.

MARINONI, ARENHART E MITIDIERO reconhecem a arbitragem como uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos e que não fere o princípio da inafastabilidade de jurisdição por se tratar uma

¹³⁶¹SCHLICHTING, Arno Melo - *Teoria Geral do Processo*, Livro 1, 3ªed, Florianópolis: Momento Atual, 2007.p.144

¹³⁶²JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.201.

¹³⁶³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *Curso de Processo Civil*, V.1.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p.106.

manifestação da autonomia de vontade das partes, porém, ainda que reconhecendo a importância do instituto, os mesmos autores negam o caráter de jurisdição ao mesmo¹³⁶⁴.

Os argumentos dos autores supramencionados é de que a jurisdição deve ser regida pelas regras da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, só podendo exercer a jurisdição quem for investido em um cargo público por meio de um concurso público, exercendo uma atividade estatal que não pode ser delegada e por meios de regras de distribuição previamente previstas em lei¹³⁶⁵.

No mesmo sentido dos autores mencionados no parágrafo anterior, CÁSSIO SCARPINELA BUENO afirma que não concorda que a arbitragem seja uma espécie de jurisdição, principalmente em face da ausência do caráter imperativo dela, sendo a arbitragem para o referido autor equiparada à jurisdição, porém sem ser espécie dessa última¹³⁶⁶.

Não concordamos, no entanto, com os argumentos dos autores supracitados, porque, de antemão, conforme acima mencionado, a imperatividade é apenas uma das características da jurisdição e a ausência da mesma não tira o caráter jurisdicional da arbitragem, mas apenas dá ao processo arbitral uma característica de processo de conhecimento e não de processo de execução, sendo por essa razão que o próprio SCARPINELA BUENO, ao falar da sentença arbitral, reconhece que o seu entendimento no sentido da arbitragem não ser jurisdição é minoritário¹³⁶⁷, não coincidido com a maioria dos autores especializados no referido assunto estudados pelo mesmo.

Além do mais, não enxergamos sentido na afirmação do referido autor de que a arbitragem não é uma jurisdição, mas se equipara à mesma, uma vez que equiparar nada mais é do que se tornar igual, o que nos faz concluir que a diferenciação realizada por SCARPINELA BUENO não possui maiores efeitos práticos.

No mais, quanto aos argumentos dos demais autores mencionados, o fato de existirem regras para o exercício da jurisdição especificamente pelo Estado não faz a arbitragem deixar de ser também uma espécie de jurisdição com regras próprias, uma vez que é natural que os mesmos institutos sejam utilizados pelo direito privado e pelo direito público, porém com características diferentes decorrentes da privatização ou da publicização dos mesmos, como acontece, por exemplo, com as pessoas jurídicas, que possuem regras diferentes para a sua criação caso venham a ser pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que as primeiras são, ordinariamente, criadas diretamente pela lei ou por atos de iniciativa do Poder Público a depender do Estado e as segundas normalmente por meio do registro dos atos constitutivos no cartório competente.

¹³⁶⁴ *Idem, ibidem*. p.137.

¹³⁶⁵ *Idem, ibidem*. p.138.

¹³⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinela - *Manual de Direito Processual Civil*, 5ªed, Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.115.

¹³⁶⁷ *Idem, ibidem*. p.701.

Nesse diapasão, a grande diferença entre a arbitragem e o Poder Judiciário é que as partes são obrigadas a se submeterem a esse último independentemente de sua vontade, sendo por esse motivo que deve haver regras rigorosas para o exercício da jurisdição em nome do Estado, o que serve para evitar casuismo e tribunais de exceção, bem como tem a importância de preservar o princípio da impessoalidade, que deve ser aplicado ao Poder Judiciário como integrante da Administração Pública. Desse modo, concordamos com PEDRO GONÇALVES quando afirma que a reserva de jurisdição para o Estado se dá especificamente para a jurisdição como função do Estado¹³⁶⁸.

No mais, não é só para a o exercício da jurisdição pelo Estado que se exige concurso público, existindo uma série de outras funções de livre exercício na iniciativa privada tanto em Portugal como no Brasil e que, caso venham a ser realizadas como serviço público, devem ser realizadas por profissionais selecionados após aprovação em uma seleção pública, como acontece, por exemplo, com os professores e os médicos da rede pública, não existindo qualquer dúvida de que as duas atividades mencionadas também podem vir a ser realizadas pela iniciativa privada sem qualquer delegação do Poder Público.

No que tange a indelegabilidade, ela também existe na arbitragem, não podendo o árbitro escolhido pelas partes, em respeito à própria autonomia de vontade das mesmas, delegar a função de julgar o litígio para outras pessoas, até mesmo porque a referida possibilidade iria ferir um dos princípios da arbitragem, que é justamente a confiança de ambas as partes envolvidas no litígio na pessoa ou na instituição que vai proferir o julgamento, sendo esse ponto objeto de maior aprofundamento no Capítulo III desta tese de doutoramento.

Quanto ao princípio do juiz natural, trata-se de uma regra específica da jurisdição estatal, não se aplicando à arbitragem porque a característica dessa última é justamente permitir algo que o referido princípio visa evitar: a escolha do julgador pelas próprias partes envolvida, sendo por essa razão que o princípio em testilha é uma característica necessária da jurisdição realizada pelo próprio Estado e não da jurisdição privada.

Outrossim, a título de exemplo comparativo, como já exposto neste mesmo capítulo deste estudo, o Brasil, diferentemente de Portugal, adotou o modelo de assistência jurídica gratuita “Staff Model”, com a criação de uma instituição jurídica autônoma para a realização de tal mister, qual seja: a Defensoria Pública e que também é regida pelo princípio do Defensor Natural, que fixa regras de atribuição para a nomeação de um Defensor Público para um necessitado como uma forma de

¹³⁶⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.562.

proteger o próprio assistido pela referida instituição¹³⁶⁹. Entretanto, o princípio do Defensor Natural não impede a opção da pessoa necessitada por um advogado privado de sua confiança que aceite o defender de forma “Pro Bono”.

Desse modo, assim como é possível a pessoa escolher uma assistência jurídica gratuita privada ao invés da assistência jurídica gratuita pública, também é possível a escolha por uma jurisdição privada ao invés da escolha pelo Poder Judiciário, com a ressalva que nesse último caso a escolha deve se dar em comum acordo entre as partes envolvidas.

Seguindo a linha de entendimento cá defendido, ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, mesmo reconhecendo que a ausência do princípio do juiz natural pode ser uma preocupação na arbitragem, afirmam que a referida questão não impede o uso da arbitragem e que os problemas podem ser superados com algumas cautelas, como, por exemplo, a busca na igualdade entre as partes no momento de constituir o tribunal arbitral¹³⁷⁰, lógica também aplicada para as arbitragens administrativas, conforme será melhor aprofundado no próximo capítulo desta tese.

Nesse mesmo sentido, FREDIE DIDIER JUNIOR também afirma que a arbitragem é uma espécie de jurisdição, principalmente em face da aptidão para fazer coisa julgada.¹³⁷¹

Defendendo o seu posicionamento, DIDIER crítica expressamente a posição de MARINONI contrária à natureza jurídica de jurisdição da arbitragem afirmando que, ao contrário do que afirma esse último juntamente com os outros coatores de seu livro, não há o que se falar em renúncia à jurisdição quando se opta pela arbitragem, mas sim em renúncia à jurisdição realizada pelo Estado. DIDIER também afirma não haver o que se falar em delegação ao árbitro por parte do Poder Judiciário devido ao fato do árbitro não receber do Estado a função da jurisdição¹³⁷² e sim a receber das próprias partes nos termos de autorização legal e constitucional. DIDIER também lembra que nem todo magistrado é nomeado por meio de concurso público e cita como exemplo os ministros das supremas cortes, que, em alguns casos, não precisam sequer serem magistrados carreira. Outro argumento de DIDIER rebatendo o entendimento de MARINONI é de que o árbitro também deve obedecer a regras de competências, só que elas são fixadas também na convenção de arbitragem e não apenas na lei. Por fim, DIDIER afirma que o fato de o árbitro não poder executar as suas próprias decisões não tira o caráter de jurisdição da sua atribuição, mas apenas traz uma limitação de competência funcional¹³⁷³.

¹³⁶⁹ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn, Roger Alves Silva - *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Forense: Rio de Janeiro. 2014. p.512.

¹³⁷⁰MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.201.

¹³⁷¹JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.211.

¹³⁷²GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativa*, Almedina: Coimbra, 2008.p.569.

¹³⁷³JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.211/212

No mais, o próprio juiz togado possui limitações de competência previstas nas leis e nas Constituições, algumas nas quais o árbitro não possui, como, por exemplo, a impossibilidade do juiz se deslocar para uma comarca fora de sua jurisdição para ouvir uma testemunha residente em outra cidade, algo que, conforme será visto em seguida, um árbitro não está impedido de fazer.

Enfim, concordamos com FREDIE DIDIER JUNIOR e entendemos também que a arbitragem é, ao menos na sua função, uma espécie de jurisdição que anda ao lado do Poder Judiciário, com as mesmas características de atuação dessa, com a diferença apenas de possuírem origens distintas¹³⁷⁴, sendo esse também o entendimento de CARLOS ALBERTO CARMONA, que frisa se fazer necessário dar um novo enfoque ao conceito de jurisdição, a adaptando à nova realidade existente, que inclui, de forma consolidada, a existência da arbitragem¹³⁷⁵.

Nesse sentido, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA¹³⁷⁶ afirma que não podemos confundir Poder Judiciário com a jurisdição, sendo essa última a principal função do referido poder estatal, mas que também poder ser exercida excepcionalmente pelo próprio Poder Legislativo, como no caso de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade no Brasil, conforme também já foi exposto no tópico 2.7 desta tese doutoral.

Além disso, o próprio Poder Judiciário, ainda que de forma não preponderante, exerce outras funções além de julgar, como a função administrativa quando organiza a sua estrutura¹³⁷⁷ ou até mesmo uma função legislativa secundária quando cria os estatutos interno dos seus tribunais e que ordinariamente preveem requisitos de admissibilidade para os recursos previstos nas legislações processuais, o que pode acabar interferindo no andamento de todo o restante do processo judicial, sendo possível até mesmo a finalização de um processo com a consequente certificação do trânsito em julgado caso o prazo regimental para determinado recurso não seja cumprido.

Há de reconhecer a existência de autores dando um conceito mais amplo ao de jurisdição, considerando que ela se divide em dois grandes elementos, quais sejam: os órgãos jurisdicionais e a função jurisdicional¹³⁷⁸. Apesar de não adotarmos o mesmo posicionamento por consideramos ser jurisdição a principal função do Poder Judiciário e que não se confunde com esse último, é possível afirmar, seguindo a linha desses autores optantes de uma conceituação dual do termo jurisdição, que a arbitragem seria jurisdição no aspecto objetivo dessa última.

¹³⁷⁴MAGALHÃES, José Carlos de - *Arbitragem: sociedade civil x estado*, São Paulo: Almedina, 2020.p.208.

¹³⁷⁵CARMONA, Carlos Alberto - *Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96*, 3ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.26.

¹³⁷⁶ROCHA, José de Albuquerque - *Teoria Geral do Processo*, 10ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.84.

¹³⁷⁷*Idem, ibidem*. p.84.

¹³⁷⁸BRITO, Wladimir - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019. p.56.

Desse modo, na linha do entendimento de LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JÚNIOR, a partir do momento em que as partes optaram pelo procedimento arbitral, o árbitro se torna juiz de fato e de direito da causa¹³⁷⁹, ainda que não se confunda com um juiz togado, haja vista que esse último exerce um cargo estatal, com obrigações e prerrogativas estipuladas por meio de lei e que naturalmente estará submetido a princípios inerentes à Administração Pública.

Assim, entendemos que o processo da arbitragem também tem natureza jurídica de jurisdição tal como o processo realizado no âmbito do Poder Judiciário, cada qual com suas regras próprias em decorrência do procedimento arbitral ser uma atividade privada enquanto o procedimento judicial se trata da prestação de um serviço público. Outrossim, as regras do julgamento do Poder Judiciário estão previstas em lei enquanto as regras da arbitragem estão previstas ao mesmo tempo também nas leis e na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem tal como decidido em comum acordo pelas próprias partes envolvidas no litígio.

Desse modo, apesar das legislações brasileiras e portuguesas não afirmarem expressamente que a arbitragem é uma espécie de jurisdição, parece ser claro que essa foi a intenção das leis locais quando deram à sentença arbitral a mesma importância da sentença judicial, considerando a primeira um título executivo judicial, tal como foi visto logo no primeiro parágrafo do presente capítulo desta tese doutoral.

Tecnicamente o mais correto seria afirmar que a sentença arbitral é um título executivo jurisdicional, porém essa terminologia não existe nem no ordenamento jurídico brasileiro nem no ordenamento jurídico português, que dividem os títulos executivos em extrajudiciais e judiciais, sendo por isso que a opção em inserir a sentença arbitral dentro dessa última classificação deixa ainda mais claro o seu caráter de jurisdição.

Além do mais, talvez o principal efeito prático em se definir a natureza jurídica da arbitragem é definir se a decisão do árbitro vai ser executada como título executivo extrajudicial ou como título executivo judicial, uma vez que a execução dessa última espécie é ordinariamente mais célere.

No mais, o Superior Tribunal de Justiça-STJ Brasileiro já proferiu decisão expressando o seu entendimento acerca da natureza jurídica de jurisdição para a arbitragem em conflito de competência entre um juízo togado e um juízo arbitral¹³⁸⁰, o que foi uma decisão importante também por ter fixado o entendimento de que cabe ao STJ analisar o conflito de competência entre uma Corte Arbitral e uma

¹³⁷⁹ JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.21.

¹³⁸⁰ ACÓRDÃO do Superior Tribunal de Justiça, processo 2018/00004690-0, Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549441400/conflito-de-competencia-cc-156241-sp-2018-0004690-0?ref=serp>.

Corte Judicial, o que é outro efeito prático importante em se definir qual é a natureza jurídica da arbitragem.

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Português também possui decisões afirmando o caráter de jurisdição da arbitragem, como aconteceu no Acórdão n° 52/92 onde expressamente foi afirmado o seguinte: “Legítimo será concluir que, na nossa ordem constitucional, a “jurisdictio” não tem necessariamente de ser exercida por órgãos de Estado: certos litígios podem ser decididos por árbitros, em resultado de convenção ou disposição da lei”¹³⁸¹.

Dentro de tudo que foi acima aludido, concluímos que a função jurisdicional é um gênero, que engloba como espécies tanto a função arbitral realizada pelo árbitro como a função judicial realizadas pelo juiz togado, o que nos faz concordar com CHARLES JARROSON, que, em estudo de 1987,¹³⁸² já possuía entendimento nesse sentido.

No mais, GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT mencionada a possibilidade de a arbitragem ter natureza jurídica “semijurisdicional”¹³⁸³. Entretanto, não concordamos com a referida possibilidade, normalmente sequer ventilada pelos especialistas no assunto, devidos aos argumentos já apresentados para considerar ter a arbitragem efetivamente natureza jurídica de jurisdição, ao menos em sua função.

Existe, ainda, a seguinte indagação: sendo tanto a arbitragem como o Poder Judiciário espécies de jurisdição e sendo ambas também espécies de heterocomposição, seriam então jurisdição e heterocomposição conceitos sinônimos? É possível afirmar que todas as vezes que existir uma heterocomposição existirá uma jurisdição? É possível afirmar o contrário: que todas as vezes que existir uma jurisdição existirá também uma heterocomposição?

De fato, tendo em vista tudo que já foi exposto no presente tópico, percebe-se que a diferença entre heterocomposição e jurisdição é muito tênue, porém, no nosso entendimento, ela existe.

O ponto diferencial entre os institutos em testilha é algo que necessariamente deverá existir na jurisdição, mas que não existe obrigatoriamente na heterocomposição, qual seja: possibilidade de a decisão tomada por um terceiro ser um título executivo judicial passível de ser executado.

Tanto na arbitragem como nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, conforme já exposto, a decisão final tomada, caso preenchidos os requisitos legais de cada Estado, é um título executivo judicial, podendo a parte prejudicada, caso não haja cumprimento espontâneo, dar início ao procedimento de execução perante o Poder Judiciário.

¹³⁸¹ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 52/92, Disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/a09f05d646/tribunal-constitucional-1992-03-14.pdf>.

¹³⁸²JARROSON, Charles - *La notion arbitrage*, Librairei general de droit et de jurisprudente. Paris: 1987.p.101.

¹³⁸³SCHMIDT, Gustavo da Rocha - *Arbitragem na Administração Pública*, Curitiba: Juruá, 2018.p.65.

Entretanto, é possível que um terceiro efetivamente ponha fim a um litígio, situação na qual haverá uma terceira pessoa tomando a decisão final, existindo uma heterocomposição, porém sem que haja um título executivo judicial. Podemos tomar como exemplo as decisões tomadas dentro de um regime de tutela ou de hierarquia, como, por exemplo, as decisões tomadas por superiores administrativos resolvendo as desavenças entre os servidores públicos subalternos, as decisões tomadas pelos pais resolvendo a desavença existente entre seus filhos e as decisões tomadas pelos professores em sala de aula colocando fim a um atrito existente entre seus alunos. Em todos os exemplos supramencionados existe uma situação na qual um terceiro decide um conflito entre as pessoas, havendo, assim, uma heterocomposição, porém não há o que se falar em atuação de um árbitro ou de um juiz togado, não existindo também o que se falar em título executivo judicial e, em consequência, em uma jurisdição.

Assim, podemos concluir que é possível existir uma heterocomposição que não seja considerada uma jurisdição. Entretanto, como na jurisdição sempre haverá um terceiro decidindo os conflitos, podemos afirmar que a jurisdição é uma espécie de heterocomposição apesar da recíproca não ser verdadeira.

No mais, não podemos considerar que a heterocomposição nas hipóteses acima mencionada é uma forma primitiva de resolução de conflitos tal como acontece com a autotutela, assim como foi mencionado no tópico 2.5, uma vez que os exemplos mencionados não se referem a situações ilegais nem muito menos socialmente reprováveis, não havendo quem irá defender, por exemplo, que os pais não devem repreender seus filhos em conflitos ou que um professor não deva controlar o ambiente da sala de aula colocando fim aos litígios que porventura existirem entre os alunos.

Ainda sobre o tema do presente tópico, ELINA MEREMINSKAYA traz questão interessante, quando, ao analisar a situação específica do Chile, a mesma defende que a apenas a arbitragem doméstica teria natureza jurídica de jurisdição, o mesmo não acontecendo com a arbitragem internacional, trazendo como argumento o grande enfoque comercial desse último tipo de arbitragem, o seu alto grau de especialização, o fato de existir uma ampla liberdade no âmbito internacional para a fixação da sede da arbitragem, o fato dos árbitros não proferirem a decisão em nome de um Estado, bem como a ampla liberdade para as partes fixarem na arbitragem internacional qual será o procedimento e qual será o Direito aplicado¹³⁸⁴.

Entretanto, não concordamos com o posicionamento supramencionado porque todas as características levantadas pela autora chilena podem vir a existir também na arbitragem doméstica,

¹³⁸⁴MEREMINSKAYA, Elina - Arbitraje doméstico e internacional em Chile: em búsqueda de la armonía. In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.97-113. p.105/106

devendo a natureza jurídica da arbitragem internacional, ao nosso ver, coincidir com a natureza jurídica da arbitragem doméstica em cada um dos Estados em que ela vier a ser executada.

Desse modo, ainda que o nosso entendimento seja o de que a arbitragem é de fato uma espécie de jurisdição com as principais características e prerrogativas dessa última, ainda surge um questionamento: seria a arbitragem uma forma de jurisdição tão independente como o Poder Judiciário? A resposta a esse questionamento, no entanto, procuraremos dar no último capítulo, tendo em vista a sua extrema importância para analisar a viabilidade da realização das arbitragens nas Parcerias Público-Privadas.

2.9.4 Do objeto da arbitragem

No Brasil, conforme previsão legal, a arbitragem só pode ser realizada sobre direitos patrimoniais disponíveis¹³⁸⁵ e em Portugal, também nos termos da lei, a arbitragem só pode ser realizada sobre direitos patrimoniais ou sobre direitos que não sejam patrimoniais, porém nos quais a transação seja permitida¹³⁸⁶.

Assim, percebe-se que a legislação portuguesa e a legislação brasileira não tratam a questão de forma absolutamente igual, uma vez que a legislação brasileira, diferentemente da portuguesa, fala em direito disponível e a legislação portuguesa, diferentemente da legislação do Brasil, traz a possibilidade de a arbitragem envolver direitos não patrimoniais em situações específicas.

Diante dessa situação, torna-se necessário fazer uma análise mais profunda dos conceitos de disponibilidade e patrimonialidade previstos nas legislações brasileiras e portuguesas.

LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JÚNIOR traz como exemplos de direitos patrimoniais as relações de cunho obrigacional, as previstas em contrato e as decorrentes de atos ilícitos e afirma que os direitos não patrimoniais seriam os chamados direitos de personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome, o direito à vida e o direito à honra¹³⁸⁷, ou seja, nas palavras de ANTÔNIO JOSÉ DE MATTOS NETO, seriam os “insitos na essencialidade do homem e que dizem respeito à condição da pessoa humana de tal ordem”¹³⁸⁸ ou, ainda, como afirma MANUEL PEREIRA BARROCAS, seriam os vinculados “aos valores

¹³⁸⁵Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹³⁸⁶Lei Portuguesa 63/2011 (Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.1º: 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

¹³⁸⁷JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018,p.28/29.

¹³⁸⁸NETO, Antônio José de Mattos - Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgeton de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*, Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62. p.50.

intrínsecos à pessoa humana”¹³⁸⁹. Desse modo, para os referidos autores os direitos não patrimoniais seriam os de cunho personalíssimo.

Por outro lado, SCAVONE JÚNIOR também afirma que são direitos indisponíveis aqueles que não são passíveis de alienação ou de transação¹³⁹⁰ e MATTOS NETO acrescenta que disponível é o direito passível de ser transmitido, renunciado e transacionado¹³⁹¹.

Desse modo, direitos patrimoniais seriam aqueles aos quais se pode estipular um valor e direitos indisponíveis são aqueles que, ainda que patrimoniais, ainda que possível de se estipular um valor, não possam ser alienados, como, por exemplo, os bens que estejam afetados a uma finalidade pública¹³⁹², pois eles possuem um valor econômico, porém não podem ser alienados por expressa disposição legal, o que nos leva a concordar que um bem pode ser patrimonial por ter um valor, como uma casa, por exemplo, porém ser indisponível em virtude de uma previsão legal.

Desse modo, a legislação brasileira acaba por não permitir a arbitragem tanto para os direitos não patrimoniais ou extrapatrimoniais como para os direitos patrimoniais que sejam indisponíveis¹³⁹³.

Em Portugal a lei não fala da necessidade do direito patrimonial ser disponível, porém, caso exista uma lei prevendo a impossibilidade de alienação de determinado bem, é defensável afirmar que ele não poderá ser objeto de uma arbitragem dentro do entendimento de não ser razoável que o Poder Público não pode alienar um bem, porém pode o deixar ser objeto de uma arbitragem dentro de um contexto legal no qual apenas bens patrimoniais podem ser objetos de arbitragem.

Entretanto, existem autores portugueses defendendo a possibilidade da arbitragem de bens indisponíveis, como é o caso de BÁRBARA MAGALHÃES BRAVO e JOÃO MARIA MIMOSO, que, ao estudarem a arbitragem administrativa, justificam o seu entendimento principalmente com a seguinte argumentação: “A convenção de arbitragem não constitui um negócio autocompositivo, isto é, não há qualquer semelhança entre a convenção de arbitragem, por um lado, e a renúncia, a desistência e a transação, por outro”¹³⁹⁴.

Concordamos com as autoras portuguesas supramencionadas quando elas afirmam não ser a arbitragem um ato autocompositivo. Além disso, não podemos confundir o conceito de patrimonialidade com o de disponibilidade. Entretanto, quando um bem público é indisponível, isso se dá porque a lei considerou existir algum valor não patrimonial no mesmo. Por exemplo, quando a lei

¹³⁸⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.220.

¹³⁹⁰JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.29.

¹³⁹¹NETO, Antônio José de Mattos - Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgeton de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*, Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62. p. p.53.

¹³⁹²TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.142.

¹³⁹³NETO, Antônio José de Mattos - Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgeton de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*. Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62. pp.49-62. p.56.

¹³⁹⁴BRAVO, Bárbara Magalhães; MIMOSO, Maria João - A arbitrabilidade do ato administrativo à luz do novo CPTA, *Revista Electrónica de Direito*, N 2 (2006), pp.1-19. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt:800/handle/11328/1701>. p.8.

veda a disposição de um bem afetado a uma finalidade pública, o objetivo é, em verdade, proteger o princípio da indisponibilidade do interesse público, que não tem valor patrimonial. Por essa razão ainda existem autores defendendo o uso da arbitragem apenas para julgar bens indisponíveis quando veda, como regra, o uso do instituto para bens não patrimoniais, sendo esse o entendimento de PEDRO GONÇALVES¹³⁹⁵.

ISABEL FONSECA CELESTE, por sua vez, apesar de reconhecer ser raro uma situação na qual o Poder Público pode dispor de seus direitos e interesses, também traz, ao analisar o uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, a disponibilidade como uma condicionante para o uso da referida forma de resolução de conflitos¹³⁹⁶.

Por outro lado, as já citadas BÁRBARA MAGALHÃES BRAVO e JOÃO MARIA MIMOSO quanto ao tema dos parágrafos anteriores trazem outra observação digna de nota: a redação atual do artigo 180º do CPTA claramente não menciona a necessidade de disponibilidade no caso da arbitragem administrativa¹³⁹⁷, diferentemente de quando fala especificamente das relações de emprego público¹³⁹⁸. Além disso, diferentemente da atual Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, a Lei Portuguesa 31/86 expressamente previa a indisponibilidade como um impeditivo para a feitura das arbitragens de um modo geral¹³⁹⁹, ou seja, a legislação foi alterada para tirar a disponibilidade como um requisito para todas as arbitragens. Assim, é completamente defensável também o entendimento de que na atualidade a indisponibilidade só é um impeditivo para a feitura da arbitragem em Portugal nos casos previstos em lei, como é a situação da arbitragem nas relações de emprego público, mas não é a da arbitragem administrativa.

Desse modo, a possibilidade do uso da arbitragem, principalmente a administrativa, para bens indisponíveis em Portugal é um tema polêmico, sendo por essa razão que no Capítulo III abordaremos no tópico 3.7.6 a importância da prévia definição das matérias arbitráveis nos contratos de Parceria Público-Privada.

¹³⁹⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.568.

¹³⁹⁶FONSECA, Isabel Celeste - A arbitragem na Contratação Pública em Portugal: a forma (a) normal de resolver litígios emergentes das PPPS, In ANDRADE, Érico; DIAS, Maria Tereza Fonseca - *Tensões Entre o Público e o Privado - Anais do II Encontro Luso-Brasileiro de* (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Belo Horizonte Editora Fórum, 2015.p.30.

¹³⁹⁷BRAVO, Bárbara Magalhães; MIMOSO, Maria João - A arbitrabilidade do ato administrativo à luz do novo CPTA, *Revista Electrónica de Direito*, N 2 (2006), pp.1-19. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt:800/handle/11328/1701>. p.7.

¹³⁹⁸Lei Portuguesa 15/2002(Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Art. 180.º Tribunal arbitral: 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, **quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional**. (Grifos Nossos).

¹³⁹⁹Lei Portuguesa Número 31/86: Art.1º: 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, **qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes**, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

Outrossim, a legislação portuguesa traz a possibilidade de existir arbitragem sobre direitos não patrimoniais, mas que se permitam a transação, o que é algo difícil de se dimensionar, sendo difícil compreender como algo no qual não se é possível estipular um valor pode ser transacionado. Entretanto, podemos dar como exemplo a questão do nome de uma pessoa, que é um direito de personalidade, sendo, dessa forma, um direito não patrimonial, mas isso não impede que a pessoa o explore economicamente, como comumente é feito por artistas e atletas profissionais.

Acreditamos ser para situações como essa acima mencionada que a legislação portuguesa prevê a possibilidade de transação em direitos não patrimoniais, situação na qual também se é possível o uso da arbitragem no Brasil, o que nos faz concluir que a arbitragem, em verdade, será possível para os efeitos patrimoniais decorrentes de um bem não patrimonial.

Nesse sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS traz como exemplo a indenização a ser dada ao empregado em virtude da não concessão das férias¹⁴⁰⁰, exemplo que se amolda perfeitamente ao entendimento cá exposto, uma vez que o empregado não pode abrir mão do seu direito de férias, porém, caso a mesma não seja concedida, o empregado fará jus a uma indenização e a discussão sobre qual é o valor dessa última é uma questão arbitrável, ao menos em Portugal, onde a arbitragem na seara trabalhista é mais avançada do que no Brasil.

Desse modo, o objeto na arbitragem realizada em Portugal é muito próximo do objeto da arbitragem realizada no Brasil, sendo por essa razão que a Lei de Mediação Brasileira, mais recente que a Lei de Arbitragem Brasileira, adota redação similar ao da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal ao prever a possibilidade da mediação “sobre direitos indisponíveis que admitam transação”¹⁴⁰¹.

Por fim, não encontraríamos problema na realização da arbitragem envolvendo bens não patrimoniais, uma vez que na opção pelo procedimento arbitral não há disposição de direitos, mas apenas uma opção por uma forma de resolução de conflitos diferente da realizada pelo Poder Judiciário. Assim, em todas as hipóteses nas quais o bem envolvido possa vir a ser objeto de um julgamento por um juiz togado, entendemos que ele poderia perfeitamente ter seu destino determinado por um juiz arbitral. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento jurídico português optaram pela limitação em questão por entender que determinadas espécies de bens devem ser tuteladas por um julgamento estatal por intermédio do Poder Judiciário.

¹⁴⁰⁰BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.220.

¹⁴⁰¹Lei Brasileira 13.140/2015: Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

No mais, questão tomentosa se dá em relação ao Direito do Trabalho. Em Portugal é aceitável a arbitragem na referida esfera, diferentemente do Brasil, onde a Justiça do Trabalho não aceita o uso do instituto dentro de uma lógica de que todos os direitos trabalhistas seriam indisponíveis, salvo no caso da arbitragem com a presença do Ministério Público do Trabalho, tal como expressamente previsto em lei¹⁴⁰² ou com a presença da Defensoria Pública da União, que possui atribuição para a atuação judicial e extrajudicial na esfera trabalhista¹⁴⁰³.

Assim, em verdade, a discussão acaba sendo a natureza jurídica dos direitos trabalhistas.

Nós entendemos existir razão aos portugueses na aceitação da arbitragem laboral, pois acreditamos ser perfeitamente possível aos empregados aceitarem resolver o litígio por intermédio de um terceiro de sua confiança, não havendo o que se falar em disposição de direito na referida escolha. De qualquer forma, tendo em vista a ordinária discrepância existente entre empregados e empregadores, é importante a arbitragem envolvendo o Direito do Trabalho ser realizada com muita cautela, não se deixando permitir uma plena sucumbência dos empregados aos interesses patronais, sendo por essa razão que a legislação mexicana prevê a presença do Estado na composição dos tribunais arbitrais responsáveis por resolver os litígios entre empregados e empregadores¹⁴⁰⁴.

2.9.5 Da presença do Ministério Público na arbitragem

Questão tormentosa se dá em relação à presença do Ministério Público na arbitragem.

No Brasil, ainda que o bem objeto do litígio tenha um valor econômico e que não exista qualquer impedimento em relação ao mesmo para que ele seja alienado, não é possível a realização da arbitragem nas causas em que se exige a presença do Ministério Público como fiscal da lei, como, por exemplo, nas causas na qual haja a presença de pessoas incapazes¹⁴⁰⁵, situações nas quais o feito poderá apenas ser resolvido pelo Poder Judiciário ainda que o interessado incapaz manifeste, mediante assistência ou representação, o seu interesse em resolver o litígio por intermédio da arbitragem, cabendo ao magistrado togado citar o “Parquet” para se manifestar no feito sob pena de nulidade do processo judicial, dever-poder esse que está dentro das atribuições dos membros do Poder Judiciário, porém não está dentro das atribuições de quem exerce a função de árbitro, uma vez que as partes envolvidas podem delegar a um terceiro a função de julgar, porém não podem delegar as funções exclusivas dos magistrados de carreira.

¹⁴⁰²Lei Complementar Brasileira 75/93: Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

¹⁴⁰³CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão - *A realização da arbitragem pela Defensoria Pública da União*, Curitiba: Editora CRV, 2020. p.104.

¹⁴⁰⁴CASTILO, Carlos Reynoso - *Los Derechos Humanos Laborales*, Cidade do México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015. p.121.

¹⁴⁰⁵GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.149.

Desse modo, no Brasil não há o que se pensar na possibilidade de um árbitro citar um membro do Ministério Público para se manifestar em um processo arbitral, resumindo-se a atuação do “Parquet” em procedimento arbitrais brasileiros ao controle externo do procedimento, com a possibilidade, inclusive, do ajuizamento de ação anulatória dentro de suas atribuições constitucionais e legais¹⁴⁰⁶.

Em Portugal, também não existe previsão legal da presença do Ministério Público na arbitragem¹⁴⁰⁷, porém a situação é diferente do Brasil, pois o Ministério Público tem em Portugal atribuição para interpor recurso ao Tribunal Constitucional das decisões de tribunais¹⁴⁰⁸ e, conforme visto no tópico 2.9.3, em Portugal a Constituição trata a arbitragem como verdadeiro tribunal, sendo por essa razão que existem autores portugueses defendendo a necessidade de viabilização da intimação do Ministério Público na arbitragem¹⁴⁰⁹.

Desse modo, entendemos existir a necessidade de intimação do Ministério Pública nas arbitragens onde existam questões passíveis de recurso para o tribunal constitucional¹⁴¹⁰.

2.9.6 Vantagens da arbitragem

Conforme já estudado, ainda existe a cultura, tanto no Brasil como em Portugal, de que o Poder Judiciário é o principal ou mais seguro caminho para a resolução dos litígios existentes. Assim, para as pessoas renunciarem à resolução de um conflito por meio do Estado deve haver algumas vantagens de ordem individual para quem opta pela arbitragem. Além disso, também se faz necessária a existência de vantagens de ordem coletiva na escolha do instituto para que exista justificativa para o próprio Estado estimular o uso do procedimento arbitral pela população, sendo por essa razão que existem estudos e pesquisas de investigadores das mais diversas nacionalidades justamente buscando as benesses na adoção do procedimento arbitral como forma de resolução de conflitos entre as pessoas e entre elas e o Poder Público.

Em 2015, a “School of Internacional Arbitration, da Queen Mary”, da Universidade de Londres, após estudos realizados sobre as possíveis vantagens da arbitragem, trouxe os seguintes atrativos na

¹⁴⁰⁶MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.325.

¹⁴⁰⁷SALÉM, Suheil Mahomed - Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral, *Revista e-Pública*, V 3, N 2 (2016), pp.277-290. Disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v3n2/pdf/Vol.3-N%C2%BA2-Art.12.pdf>.p.285.

¹⁴⁰⁸Lei Portuguesa 28/82. Artigo 70.º (Decisões de que pode recorrer-se) 1 - Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: (...). Artigo 72.º (Legitimidade para recorrer).1 - Podem recorrer para o Tribunal Constitucional: a) O Ministério Público; 3 - O recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação haja sido recusada, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, conste de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar, ou quando se verificarem os casos previstos nas alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 70.º

¹⁴⁰⁹SALÉM, Suheil Mahomed - Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral, *Revista Eletrônica de Direito Público*, V 3, N 2 (2016), pp.277-290. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2016000200012&lng=pt&tng=pt. pp.277-290. p.287. No mesmo sentido: ALMEIDA, Mário Aroso - Breves apontamentos sobre a arbitragem de Direito Administrativo em Portugal, In VILLALOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.49-64. p.63.

¹⁴¹⁰

utilização dela: a exequibilidade dos laudos; flexibilidade do procedimento, possibilidade de seleção dos árbitros, confidencialidade, neutralidade, definitividade das decisões, celeridade do procedimento e custo¹⁴¹¹.

Além das vantagens mencionadas no estudo acima, outras também podem ser encontradas, como a possibilidade, diferentemente do que acontece nos litígios julgados pelo Poder Judiciário, de escolha pelas partes do procedimento a ser adotado e até mesmo das normas que serão aplicadas¹⁴¹², o que acaba aproximando as próprias partes da resolução do conflito, gerando um maior empoderamento das mesmas, independentemente de o julgamento vir a ser favorável.

Assim, a opção pela arbitragem está em consonância com os estudos mais modernos sobre o acesso à justiça, devido ao fato de nos últimos anos, tal como afirmam INEKE VAN DE MEENE e BENJAMIN VAN ROOIJ, o foco dos estudiosos quanto ao referido tema ter deixado de ser uma preocupação com o fortalecimento do Poder Público para se focar mais justamente no empoderamento dos pobres e marginalizados¹⁴¹³, o que inclui a ampliação das formas de acessar à justiça.

No mais, quando os estudiosos falam em exequibilidade dos laudos, ao que parece, não se está diante de uma vantagem da arbitragem, mas sim de uma característica dela igual ao do Poder Judiciário, que é o fato das decisões tomadas pelos árbitros, tanto em Portugal como no Brasil, possuírem força de título executivo judicial, com o seu não cumprimento já as tornando passíveis de serem executadas judicialmente, tal como uma sentença proferida por um juiz togado, sem que haja a necessidade de homologação de judicial. Assim, a sentença arbitral efetivamente faz coisa julgada, sendo essa última questão uma das cautelas necessárias, segundo JOAQUIM FREITAS DA ROCHA¹⁴¹⁴, para se garantir que o uso da arbitragem atenda às expectativas das partes.

Vantagem, realmente, é a celeridade no próprio procedimento arbitral, sendo essa para NUNO VILLA-LOBOS a principal vantagem da arbitragem¹⁴¹⁵, diferentemente do que vem ordinariamente acontecendo nos processos judiciais portugueses e brasileiros, até mesmo porque os atos praticados na arbitragem são realizados de forma mais concentrada do que ordinariamente acontece nos

¹⁴¹¹ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. p.53.

¹⁴¹²CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467. p.442.

¹⁴¹³MEENE, Ineke Van De; ROOIJ, Benjamin Van - *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leden: Leiden University Press, 2008. p.6.

¹⁴¹⁴ROCHA, Joaquim Freitas da - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>. p.405.

¹⁴¹⁵VILLA-LOBOS, Nuno - Novas Configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal. In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.363-374. p.366.

processos judiciais tanto no Brasil como em Portugal¹⁴¹⁶, onde comumente existem muitas audiências e, principalmente, muitos recursos que poderão ser interpostos pelas partes envolvidas.

Desse modo, a título de exemplo, a média de tempo um julgamento no CAAD-Centro de Arbitragem Administrativa em Portugal, conforme estudo de 2015, é de pouco mais de quatro meses¹⁴¹⁷, o que, em se comparando com os julgamentos realizados pelos juizes estatais, seja em Portugal seja no Brasil, é um tempo extremamente curto.

A flexibilidade do procedimento ou até mesmo, conforme mencionado acima, a escolha do procedimento a ser utilizado é, também, uma vantagem porque as partes envolvidas podem optar por retirar algumas das amarras previstas na legislação processual, o que também pode tornar o processo mais célere, podendo o procedimento arbitral, como afirma JUAN MANUEL TRAYTER, adaptar-se às peculiaridades de cada caso concreto¹⁴¹⁸.

De qualquer forma, especificamente nos processos cíveis brasileiros, o atual Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigor no ano de 2015, trouxe o instituto denominado de negócios processuais, permitindo também que, em se tratando de direitos que admitam autocomposição, assim como deve ser nos casos dos direitos envolvidos em uma arbitragem, as partes envolvidas possam estipular mudanças no procedimento¹⁴¹⁹.

Desse modo, ao menos no processo cível Brasileiro, a flexibilidade não é mais uma exclusividade do processo arbitral, porém ainda é uma exclusividade em Portugal, ao menos no aspecto legal¹⁴²⁰.

De qualquer forma, mesmo no Brasil a arbitragem tende a ser ainda mais flexível do que os processos cíveis nos quais se permite o negócio processual, tendo em vista que a arbitragem é um instituto privado, naturalmente sujeito a menos amarras legais que o julgamento realizado pelo Poder Público.

No que diz respeito à possibilidade de seleção dos árbitros, estar-se diante mais do que uma vantagem do procedimento arbitral e sim em umas das razões de ser da própria arbitragem, que é

¹⁴¹⁶GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.145.

¹⁴¹⁷SILVEIRA, João Tiago - A revisão do CPTA e arbitragem institucionalizada no direito administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 31-35. p.33.

¹⁴¹⁸TRAYTER, Juan Manuel - El arbitraje de derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, N 143. (1997), pp.75-106. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17354>. p.77.

¹⁴¹⁹Lei Brasileira 13.105/2015. (Código de Processo Civil Brasileiro): Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹⁴²⁰Em dissertação de mestrado sobre o tema, Beatriz Magalhães Galindo afirma que, apesar da inexistência de previsão legal, os negócios jurídicos processuais são aceitos em Portugal, porém com restrições. (Cf. GALINDO, Beatriz Magalhães – Negócios Processuais sobre recursos: Uma análise comparativa entre a escolha pela tipicidade do Direito Português e pela atipicidade do Direito Brasileiro, 2018, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa.p.24).

possibilidade do julgamento se dar por meio de uma pessoa de confiança das partes envolvidas, o que pode até mesmo estimular, conforme será aprofundado em seguida, o cumprimento espontâneo da avença, evitando, assim, um processo de execução. De qualquer forma, podemos afirmar existir na arbitragem uma maior legitimidade da pessoa responsável pelo julgamento devido ao fato de um juiz togado ser escolhido por meio de um processo de seleção meritório, que atesta a sua capacidade jurídica, mas não o legitima perante as partes dos processos judiciais. Naturalmente, o juiz pode ganhar, tal como afirma LUÍS ROBERTO BARROSO, legitimidade por meio de uma decisão fundamentada racionalmente com base na Constituição, porém o árbitro acaba possuindo uma legitimidade maior por ter sido escolhido pelas partes envolvidas, sendo essa outra vantagem da arbitragem¹⁴²¹, além de também precisar fundamentar as suas decisões de forma adequada¹⁴²².

A confidencialidade, ou o sigilo, também é uma vantagem, como regra, importante. As partes envolvidas podem preferir não divulgar a existência e o desfecho do litígio, seja por questão de foro íntimo, ou até mesmo por questões profissionais ou empresariais, como, por exemplo, nos litígios envolvendo discussões sobre patentes de invenção. Além disso, o simples fato de estar envolvida em um litígio pode macular a imagem de uma pessoa física ou jurídica perante os seus parceiros comerciais, os consumidores de seus bens e de seus serviços e a sociedade de um modo geral. Entretanto, importante se faz desde já mencionar que nas arbitragens envolvendo o Poder Público a possibilidade de sigilo do procedimento arbitral, como regra, não pode ser convencionalizada, em virtude do princípio da publicidade que rege a Administração Pública, conforme será abordado no terceiro capítulo da presente tese doutoral.

Já a questão também mencionada da neutralidade não é, em verdade, uma vantagem específica da arbitragem, mas algo que necessariamente deve existir na mesma, tal como acontece com o Poder Judiciário, sob pena de gerar a possibilidade de anulação do procedimento arbitral caso se descubra que o juiz era impedido ou suspeito para atuar no feito.

FREDIE DIDIER JUNIOR, em posição na qual concordamos, afirma que o juiz, tal como árbitro, deve ser imparcial e não neutro, sendo um mito considerar que um julgador pode se despir dos seus medos, das suas preferências e dos seus preconceitos no momento de proferir uma decisão¹⁴²³, o que faz toda sentença acabar vindo a ter alguma característica pessoal do responsável pelo julgamento, seja ele um juiz togado ou seja ele árbitro, uma vez que ambos possuem suas vivências antes e durante o recebimento da atribuição, de forma legal ou convencional, para realizar a jurisdição.

¹⁴²¹BARROSO, Luís Roberto - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Revista Thesis*, V 5, N 1 (2012). pp.23-32. p.27.

¹⁴²²ROCHA, Joaquim Freitas da - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>. p.406.

¹⁴²³JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.191/192

A mencionada definitividade aparentemente pode não parecer uma vantagem, pois as decisões do Poder Judiciário também se tornam, como regra, definitivas com o trânsito em julgado. Assim, em verdade, o que pode vir a ser uma vantagem da arbitragem é a irrecorribilidade das decisões arbitrais, o que é uma característica no Direito Brasileiro e uma regra em Portugal, porém com a possibilidade de as partes envolvidas em um procedimento arbitral estipularem em sentido contrário, conforme também será abordado no tópico 2.10.4. De qualquer forma, um dos entraves dos processos judiciais, conforme dito acima, é justamente o número excessivo de recursos, o que não acontece no procedimento arbitral.

Especificamente em relação ao custo da arbitragem, trata-se de uma questão normalmente mencionada pelos autores da área como sendo uma das suas vantagens, haja vista os altos valores dos emolumentos judiciais, tal como acontece no Brasil e em Portugal. Entretanto, o referido ponto será melhor aprofundado no decorrer do presente estudo, devido ao fato de que, com a popularização e especialização dos procedimentos arbitrais, há uma tendência atual de valorização dos honorários arbitrais, sendo por esse motivo que SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA afirma que seria demagogia afirmar que a arbitragem é necessariamente menos custosa do que o julgamento realizado pelo Poder Judiciário, pois isso vai depender de cada caso concreto e da escolha realizada pelas próprias partes, como, por exemplo, a quantidade de árbitros¹⁴²⁴.

Já PAULO OSTERNACK AMARAL afirma, após analisar os custos de algumas das principais entidades arbitrais brasileiras, que já está claro ser a arbitragem, como regra, mais custosa do que um processo estatal¹⁴²⁵, principalmente em se tratando de uma arbitragem institucional, onde haverá os valores administrativos pagos pela própria instituição e os valores pagos ao árbitro¹⁴²⁶.

Como exemplo, em uma arbitragem que tenha como objeto o valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), aproximadamente €200.000 (duzentos mil euros), realizada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o valor estimado para uma disputada com apenas um árbitro será de R\$194.000,00 (cento e noventa e quatro mil reais)¹⁴²⁷, o que seria um valor extremamente alto.

A situação se agrava para os mais necessitados, uma vez que não existe para a arbitragem, diferentemente do que ordinariamente acontece nos processos estatais, a previsão de gratuidade da Justiça, o que também atinge o Poder Público, uma vez que as legislações locais podem prever

¹⁴²⁴LIMA, Sérgio Mourão Corrêa - *Arbitragem: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.37

¹⁴²⁵AMARAL, Paulo Osternack - Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.333-345.p341.

¹⁴²⁶BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.380.

¹⁴²⁷Fonte: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-dedisputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora/>.

isenção de emolumentos e custas para a Administração Pública nos processos estatais, o mesmo não acontecendo nos processos arbitrais, o que, em tese, pode representar uma desvantagem para o Poder Público optar em se submeter a um procedimento arbitral, pois, na prática, os administradores públicos estarão trocando um procedimento gratuito por um procedimento oneroso.

No mais, em pesquisa realizada em 2011 pelo IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil, o custo médio provável de um processo de execução fiscal na Justiça Federal Brasileira, responsável por julgar os entes federais, seria bem menor do que o acima mencionado para a arbitragem¹⁴²⁸.

No entanto, em uma arbitragem envolvendo o Poder Público deve ser levado em consideração algumas variáveis, como, por exemplo, o próprio gasto dos funcionários públicos envolvidos nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como o gasto com juízes, servidores da justiça, advogados públicos e defensores públicos no caso do Brasil ou advogados custeados pelo próprio Poder Público para prestar assistência jurídica gratuita no caso de Portugal, o que justifica o retorno ao tema no último capítulo desta tese.

Outra vantagem da arbitragem seria a possibilidade de escolhas pelas partes do direito a vir a ser aplicado, podendo o julgamento se dar por equidade. Entretanto, em relação à última possibilidade, conforme será visto em seguida, ela não é possível de acontecer nas arbitragens com a presença do Poder Público no Brasil e em Portugal.

ADRIANA SANTOS SILVA traz outra vantagem da arbitragem, que é a possibilidade do julgamento se dar por técnicos com formação específica que não seja necessariamente da área jurídica¹⁴²⁹, a chamada tecnicidade dos julgamentos¹⁴³⁰, não existindo uma reserva de mercado para os advogados ou para os bacharéis em Direito¹⁴³¹, diferentemente do que muitas vezes acontece em algumas situações de resolução pela via extrajudicial em virtude de um forte lobby perante o parlamento dos profissionais da área jurídica, como, por exemplo, acontece no Brasil no caso do divórcio consensual extrajudicial¹⁴³², onde de forma desnecessária se exige a presença de um advogado¹⁴³³.

¹⁴²⁸Fonte:http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

¹⁴²⁹SILVA, Adriana dos Santos - *Acesso à justiça e arbitragem*, São Paulo: Editora Manole, 2005. p.143.

¹⁴³⁰AMARAL, Paulo Osternack - Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.333-345. p.333.

¹⁴³¹CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.211.

¹⁴³²Lei Brasileira 13.105/2015(Código de Processo Civil). Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 (...) § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.(Grifos Nossos).

¹⁴³³Nesse caso, sendo as partes maiores e capazes e não existindo interesses de incapazes, a presença de um advogado é absolutamente desnecessária, porém, possivelmente em virtude da força da Ordem dos Advogados do Brasil, a legislação processual civil brasileira prevê a necessidade basicamente da mera assinatura de um advogado para que o divórcio extrajudicial feito de forma consensual possa ter validade.

Entretanto, em se tratando de uma arbitragem, a presença de um advogado ou de um bacharel em Direito, tanto no Brasil como em Portugal, é absolutamente dispensada, seja na função de julgador e até mesmo na função de advogado das partes, o que também é uma faculdade e não uma obrigatoriedade.

Nesse diapasão, em muitos dos litígios envolvendo o Poder Judiciário o juiz acaba vindo por seguir literalmente as conclusões do laudo judicial, até mesmo porque, infelizmente, a postura dos juízes quando diante da produção de uma prova pericial comumente é extremamente passiva, diferentemente do que deveria acontecer em um mundo ideal, onde a perícia deveria ser conduzida e acompanhada de perto pelo magistrado, o que na prática forense normalmente não acontece em virtude da sobrecarga de trabalho dos magistrados¹⁴³⁴. Nesse sentido, nas causas de saúde acaba existindo, como afirma FELIPE ASENSI, uma verdadeira medicalização dos processos tanto é a importância dada ao laudo médico¹⁴³⁵.

Assim, na arbitragem o perito que viria a dar um laudo que serviria como base para a decisão judicial pode ser o responsável por tomar a própria decisão, o que gera a possibilidade, por exemplo, de um litígio envolvendo a dimensão de um dano ambiental poder vir a ser decidido por um engenheiro ambiental ou um litígio no qual se busque uma tutela de saúde, como a busca de um medicamento ou de um tratamento específico, poder vir a ser decidido por um médico especializado na área envolvida.

Além disso, ainda que se opte por escolher um árbitro especializado em Direito, a opção pode se dar por alguém que trabalhe e seja especialista exatamente na área jurídica envolvida. Nesse sentido, SUNDRA RAJOO, ao defender que uma das relevâncias da arbitragem é justamente a possibilidade de decisões extremamente técnicas, traz como exemplo o caso de uma disputa envolvendo uma patente de um “software”, na qual o árbitro pode ser um jurista especializado justamente em litígios nessa área bem específica de conhecimento¹⁴³⁶.

A possibilidade de uma decisão mais técnica não necessariamente vai acontecer no Poder Judiciário, em virtude do princípio do Juiz Natural, que impede a escolha dos juízes pelas partes envolvida, situação que fica ainda mais latente nas localidades onde se há apenas varas únicas, sem quaisquer especializações¹⁴³⁷, onde o juiz togado necessariamente deverá atuar em todas as áreas do conhecimento, o que, naturalmente, o impedirá de se especializar em apenas uma delas, o que acaba

¹⁴³⁴JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael - *Curso de Direito Processual Civil. direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Salvador: Juspodivm, 2007. p.86/186

¹⁴³⁵ASENSI, Felipe - Judicialização da Saúde: avanços e desafios. Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2019. Palestra proferida no evento: *Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas – CONIPUB*, 2019.

¹⁴³⁶RAJOO, Sundra - *Law, Practice and Procedure of Arbitration*, 2ªed, Malaysia: LexisNexis, 2017.p.39.

¹⁴³⁷ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. p.56.

gerando uma crítica no sentido de que os juízos são generalistas, diferentemente dos escritórios de advocacia, normalmente compostos por advogados especializados¹⁴³⁸.

Nesse sentido, NAPOLEÃO CASADO FILHO entende ser “completamente desarrazoado”¹⁴³⁹ exigir do magistrado estatal um “grande nível de expertise”¹⁴⁴⁰. No mais, ainda que existam varas especializadas no Poder Judiciário, NUNO GAROUPA lembra que o costume de recorrer de todas as decisões sempre acaba levando as discussões no âmbito do Poder Judiciário para o julgamento de tribunais generalistas¹⁴⁴¹.

Desse modo, o fato de as próprias partes interessadas poderem decidir qual vai ser a composição do tribunal arbitral pode aumentar sobremaneira a expertise técnica do órgão julgador¹⁴⁴².

Além disso, a depender da complexidade da causa, é possível a nomeação de mais de uma pessoa para decidir, formando-se um colegiado de árbitros, cada qual com uma formação dentro de uma área específica, seja ela jurídica ou não, é o chamado “painel híbrido”¹⁴⁴³, criando-se um grupo de árbitros que possua ao mesmo tempo uma grande especialização jurídica e técnica¹⁴⁴⁴ nas mais diversas áreas do conhecimento envolvidas no conflito.

Diante do exposto no presente tópico, percebe-se a existência de uma série de vantagens que podem, a depender do caso concreto e das características das pessoas envolvidas, bem como das características dos próprios conflitos, tornar a arbitragem a melhor forma de resolução de conflitos para determinadas situações.

Entretanto, a conclusão acima não quer dizer que não existam questionamentos acerca do uso da arbitragem, bem como algumas características da referida forma de resolução de conflitos que podem a tornar inadequada para determinadas pessoas ou para determinado caso concreto, pois, como afirma RENÉ DAVID, a arbitragem não deve ser vista como a solução para suprir as deficiências do Poder Judiciário, mas como uma opção passível de ser melhor a depender das peculiaridades do litígio¹⁴⁴⁵.

Desse modo, no tópico que se segue serão analisadas as desvantagens do procedimento arbitral em contraponto ao que foi abordado nesta parte do presente estudo de doutoramento, tendo

¹⁴³⁸DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal, *Revista Direito e Democracia*, V 3 N (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. p.297.

¹⁴³⁹FILHO, Napoleão Casado - *Arbitragem e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, São Paulo: Saraiva, 2017.p.51.

¹⁴⁴⁰*Idem, ibidem*. p.51.

¹⁴⁴¹GAROUPA, Nuno - *O Governo da Justiça: Ensaio da Fundação*, Lisboa: FFMS, 2016. p.10

¹⁴⁴²FRANÇA, Comité Français de L'arbitrage -Groupe de travail sur l'arbitrag, *Rapport tu Groupe de travail sur l'arbitrag em matérie administrative*, (2007), pp.1-22. Disponível em http://www.justice.go.uv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf. p.3.

¹⁴⁴³CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.212.

¹⁴⁴⁴BASTOS, 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, 2015.p.81. pp.77-98. p.83.

¹⁴⁴⁵DAVID, René - Arbitrage et droit compare, *Revue internationale de droit compare*, V 11, N 1 (1959), pp.5-18. p.13.

em vista a necessidade de em cada situação os envolvidos no litígio precisarem fazer a ponderação das vantagens e desvantagens do instituto antes de optar pelo seu uso.

2.9.7 Desvantagens das Arbitragem

Apesar de os autores especializados no tema em questão comumente abordarem mais as vantagens do que as desvantagens da arbitragem devido ao fato de escreverem sobre o instituto justamente por nutrirem simpatia pelo mesmo, também encontramos problemas na opção pelo procedimento arbitral, que serão analisados no presente tópico, uma vez que, quando a pessoas estão diante de um litígio, principalmente no qual exista a presença do Poder Público, devem ser analisados, tal como dito acima, os prós e os contra do uso do instituto antes da opção pelo mesmo levando em consideração as peculiaridades inerentes ao conflito existente, bem como às pessoas envolvidas.

Uma das dificuldades quando se opta por um procedimento arbitral seria a questão das execuções das decisões proferidas pelo árbitro, uma vez que o tribunal arbitral, assim como já mencionado no tópico 2.7.1, não possui uma das funções do Poder Judiciário, qual seja: o “imperium” ou “ius imperi”¹⁴⁴⁶.

Quanto ao ponto acima, ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL defende a existência na arbitragem de um “ius imperi sui generis”, devido ao fato do árbitro tomar decisões que viram títulos executivos por meio de um procedimento completo, bem como possuir o poder de proferir decisões cautelares¹⁴⁴⁷.

Entretanto, ainda que tanto no Brasil como em Portugal a decisão arbitral tenha força de título executivo judicial após a feitura de um processo e sem que se faça necessária homologação judicial e o árbitro possua o poder geral de cautela, ele não possui o poder estatal de executar a decisão. Apenas o Poder Judiciário pode executar de forma prática e concreta uma decisão com o uso da força¹⁴⁴⁸, uma vez que, apesar de a jurisdição não ser um monopólio do Estado, apenas esse último possui, assim como dito anteriormente e salvo alguma exceções¹⁴⁴⁹, o monopólio da possibilidade do uso da força física, o que também deve ser feito com parcimônia, pois, como afirma ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, para que se evite o aumento da violência, o uso da força pelo Estado deve ser realizada “mediante o fiel apego ao Direito”¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁶FERREIRA, Fernando Amâncio - *Curso de Processo de Execução*, 7ªed, Coimbra: Almedina, 2004. p.26

¹⁴⁴⁷HOWELL, Álvaro Castellanos - Los árbitros y el ius imperium. Compatibles o incompatibles? In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación en las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.258-275. p.267.

¹⁴⁴⁸COSTA, Nilton César Antunes da Costa - *Poderes do árbitro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.94.

¹⁴⁴⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.243.

¹⁴⁵⁰TRINDADE, Antônio Augusto Cançado - *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.p.329.

No mais, a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário não se limita ao momento de executar a sentença arbitral, mas sim a todas as vezes que no decorrer do procedimento da arbitragem se fizer necessário o uso da força, como, por exemplo, no caso de se precisar ouvir alguma testemunha de forma coercitiva¹⁴⁵¹, bem como no momento de se fazer cumprir as decisões interlocutórias do árbitro.

De qualquer forma, não possuir força para executar as suas próprias decisões não diminui o caráter jurisdicional da arbitragem, uma vez que a executividade não é ato essencial para a jurisdição¹⁴⁵².

Nesse sentido, defendendo categoricamente o caráter jurisdicional da arbitragem, JOEL FIGUEIRA JUNIOR afirma que o fato de a arbitragem não ter o poder de “imperium” apenas traz a ausência de uma “jurisdição não exauriente”¹⁴⁵³. Entretanto, apesar de concordamos com o caráter jurisdicional da arbitragem, não concordamos por completo com o entendimento de referido autor, sendo a jurisdição da arbitragem exauriente e não meramente perfunctória devido ao fato de exaurir todo o conhecimento e julgamento da causa, ou seja, diz o Direito de forma plena, ainda que se faça necessária a intervenção do Poder Judiciário para uma eventual execução.

No mais, foram as próprias partes que optaram por dar ao árbitro a função de decidir o litígio, porém, de fato, a ausência do “ius imperi” acaba vindo a ser uma desvantagem da opção pelo procedimento arbitral devido ao fato de nela a fase de conhecimento se dar por uma pessoa (o árbitro) e a fase de execução necessariamente se dar por outra(o juiz), o que não é uma regra nos conflitos realizados pelo Poder Judiciário, onde o próprio juízo que proferiu a sentença será competente para executá-la, o que poderá facilitar o cumprimento a decisão nos exatos termos decididos.

Desse modo, necessariamente, caso a parte vencida não cumpra o decidido, a parte vencedora precisará, para garantir o cumprimento da decisão, procurar quem buscou evitar: o Poder Judiciário. No caso específico de Portugal, a execução se dará por um tribunal estadual¹⁴⁵⁴. Já no Brasil a execução será realizada pelo juízo que seria competente para julgar o litígio caso ele não tivesse sido solucionado por meio de um processo judicial, uma vez que ela, caso condenatória, produz os mesmos efeitos de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário¹⁴⁵⁵.

De qualquer forma, ao menos na fase de conhecimento, a arbitragem tende a oferecer um procedimento mais célere. Além disso, a possibilidade do cumprimento espontâneo de uma decisão

¹⁴⁵¹PARENTE, Eduardo de Albuquerque - *Processo Arbitral e Sistema*, 2009, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo.p.74.

¹⁴⁵²KROETZ, Tarcisio de Araújo - *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade*, São Paulos: Editora Revistas dos Tribunais, 1997. p.77.

¹⁴⁵³JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.121.

¹⁴⁵⁴Lei Portuguesa 63/2011. (Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa): Execução da sentença arbitral: 1 - A parte que pedir a execução da sentença ao tribunal estadual competente deve fornecer o original daquela ou uma cópia certificada conforme e, se a mesma não estiver redigida em língua portuguesa, uma tradução certificada nesta língua.

¹⁴⁵⁵Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

dada por alguém de confiança de ambas as partes envolvidas no litígio é maior do que o cumprimento espontâneo de uma decisão judicial proferida por um juiz sem qualquer vínculo anterior com as pessoas envolvidas, existindo uma possibilidade maior da decisão arbitral ser cumprida sem se fazer necessário um processo de execução, principalmente se for levado em consideração a crise de efetividade pela qual vem passando o Poder Judiciário¹⁴⁵⁶, em virtude das situações acima mencionadas.

De fato, os meios consensuais de resolução de conflito em geral tendem a aumentar a chance de cumprimento espontâneo, porém BRUNO LOPES MEGNA lembra, em posição da qual não discordamos, que a arbitragem não é exatamente uma forma de resolução consensual de conflitos porque não são as partes quem efetivamente decide, porém existe no processo arbitral um acréscimo de consensualidade em comparação aos litígios resolvidos pelo Poder Judiciário, o que inevitavelmente vai aumentar a probabilidade de cumprimento espontâneo¹⁴⁵⁷.

Desse modo, quando a decisão arbitral é cumprida espontaneamente, a atuação do Poder Judiciário se torna desnecessária na arbitragem¹⁴⁵⁸, salvo se existir a alegação de alguma nulidade, o que não seria algo natural justamente devido ao fato da parte vencida ter optado por cumprir o decidido sem processo de execução.

No mais, ainda como decorrência da ausência do “ius imperi”, MANUEL PEREIRA BARROCAS traz outras desvantagens da arbitragem, qual seja: uma maior vulnerabilidade no que tange a produção de provas, pois o árbitro acaba vindo a depender muito da boa vontade das partes na fase probatória devido ao fato de, diferentemente do juiz togado, não possuir o poder de produzir a prova coercivamente¹⁴⁵⁹. De qualquer forma, o prejuízo existente em virtude da referida possibilidade acaba decorrendo da postura das próprias partes envolvidas no procedimento arbitral e a consequência para a falta de cooperação delas é justamente o que elas tentam evitar: a intervenção do Poder Judiciário durante o procedimental para garantir a produção da prova.

Outrossim, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA traz um perigo da arbitragem que decorre justamente de uma de suas possíveis vantagens, qual seja: o poder de livre escolha das partes de quem vai ser o árbitro, que pode gerar um desequilíbrio quando se estiver diante de uma parte mais poderosa do que a outra, o que seria, segundo o referido autor, uma consequência negativa da forte influência do liberalismo na opção pela arbitragem¹⁴⁶⁰. Assim, importante se faz buscar formas de diminuir eventuais

¹⁴⁵⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019. p.419.

¹⁴⁵⁷MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.274.

¹⁴⁵⁸WLADECK, Felipe Scipes; AMARAL, Paulo Osternack; OLIVEIRA Fernão Justen de - Arbitration in Brazil, In FILHO, Marçal Justen; PEREIRA, Cesar A. Guimarães - *Infrastructure Law of Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp.377-391. p.383.

¹⁴⁵⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.141.

¹⁴⁶⁰ROCHA, José de Albuquerque - *Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica*, São Paulo: Atlas, 2008.p.8.

diferenças existentes entre as pessoas que estão em litígio, principalmente nos casos em que comumente uma das partes se encontra em uma posição de hipossuficiência ou vulnerabilidade, conforme normalmente acontece nas relações trabalhistas, consumerista e quando existe a presença de idosos.

A vulnerabilidade em questão também pode acontecer nos litígios com a presença do Poder Público, esteja este último na posição de hipersuficiente ou na condição de hipossuficiente, quando, como exemplo dessa última possibilidade, o Estado esteja diante de um litígio perante uma multinacional que tenha um poderio econômico ou técnico muito maior que o da pessoa integrante da Administração Pública envolvida.

Nos casos mencionados no parágrafo anterior, diante do desequilíbrio existente entre os envolvidos, devem ser buscados meios para se contornar essa situação antes da opção pelo procedimento arbitral e, caso assim não seja possível, o recomendável é que a arbitragem não seja adotada como opção no caso concreto.

2.9.8 A opção pela arbitragem

A partir do momento em que o procedimento arbitral se dá mediante uma escolha das partes envolvidas, importante se faz existir um instrumento apto a ser utilizado para realizar a referida opção.

Assim, a escolha pela arbitragem é realizada pela chamada convenção de arbitragem, que é um gênero que possui duas espécies, quais sejam: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹⁴⁶¹, sendo, como afirmam ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, a convenção de arbitragem a “pedra de toque”¹⁴⁶² do referido instituto, devido ao fato de na mesma poder estar prevista toda a regra da arbitragem, incluindo a delimitação da competência do árbitro para julgar o litígio.

A cláusula compromissória se dá antes do conflito, quando as partes têm um contrato prévio e preveem no mesmo que, caso venha a existir uma lide no futuro, ela será solucionada por meio da arbitragem. Assim, a cláusula compromissória nada mais é, como afirma sua nomenclatura, uma cláusula contratual e que obriga, diante de um litígio, a realização da arbitragem, sendo também, como afirma JOEL FIGUEIRA JUNIOR, um pacto ético, pois efetivamente gera uma confiança em que um eventual conflito no futuro irá vir ser resolvido por meio de uma arbitragem, confiança essa que acaba vindo por permear todo o procedimento arbitral¹⁴⁶³.

¹⁴⁶¹ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lamêgo - *Lei da Arbitragem Comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997.p.43.

¹⁴⁶² MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.126.

¹⁴⁶³ JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.169.

A referida obrigação se dá em virtude do princípio do “pacta sunt servanda” ou princípio da força vinculante dos contratos, que afirma a necessidade de cumprimento dos contratos nos termos e na forma em que foram pactuados, uma vez que ninguém é obrigado a realizar um contrato, porém, quando opta por assim o fazer, obriga-se a cumprir o que foi avençado,¹⁴⁶⁴ o que decorre do próprio princípio da autonomia privada¹⁴⁶⁵, tendo em vista, conforme leciona o civilista SÍLVIO SALVO VENOSA, ser a obrigatoriedade a base dos contratos, sob pena de ser estabelecido o caos na sociedade¹⁴⁶⁶.

Além disso, a necessidade de honrar a convenção de arbitragem decorre da necessidade de respeito a outro instituto decorrente do Direito Civil, qual seja: a teoria do “venire contra factum proprium”, que veda ao cidadão agir de forma contraditória aos seus atos anteriores¹⁴⁶⁷ e que está vinculada ao princípio da confiança¹⁴⁶⁸, sendo a referida teoria, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça-STJ do Brasil, aplicada em relação ao próprio Poder Público¹⁴⁶⁹.

Desse modo, a partir do momento em que alguém firma o compromisso de resolver o conflito por meio da arbitragem, cria na outra parte a expectativa de cumprimento do avençado, o que faz com que não seja mais possível frustrar o referido sentimento criado.

A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia, sendo cheia quando já houver a previsão de quem será o árbitro ou a instituição responsável pela arbitragem; sendo vazia quando a cláusula apenas definir a opção pela arbitragem, porém sem mencionar quem será o responsável pelo julgamento, o que só acontecerá quando do momento de eventual litígio¹⁴⁷⁰. Entendemos que, sendo o objetivo da existência de uma cláusula compromissória dar celeridade ao julgamento de uma desavença futura, o ideal é a adoção da cláusula cheia.

Já o compromisso arbitral se dá quando, diante de um litígio já existente, as partes optam pela solução do mesmo por meio da arbitragem, tratando-se também de um acordo, mas não um acordo sobre o objeto do litígio e sim sobre a forma na qual ele vai ser solucionado ou, mais especificamente, sobre quem vai ser responsável por dar uma solução que vai colocar fim ao mesmo.

Desse modo, a grande diferença entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral é justamente o fato de que essa última possibilidade só pode ser realizada quando efetivamente existir um litígio¹⁴⁷¹, tal como afirmado alhures.

¹⁴⁶⁴GONÇALVES, Carlos Roberto - *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*, Vol.3, 14ªed, São Paulo: Saraiva, 2017. p.55.

¹⁴⁶⁵TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.94.

¹⁴⁶⁶VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.407/408

¹⁴⁶⁷TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.175.

¹⁴⁶⁸SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.42.

¹⁴⁶⁹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.330.

¹⁴⁷⁰JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.170.

¹⁴⁷¹GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.295.

Outro ponto relevante no que diz respeito à opção pela arbitragem, dá-se nos casos envolvendo o Poder Público, que é o entendimento de alguns autores que defendem a necessidade da existência nesses casos da previsão da arbitragem nos instrumentos convocatórios dos procedimentos de seleção pública que antecedem os contratos públicos, tendo em vista os princípios que regem a Administração Pública, em especial o princípio da isonomia, que exige dar igual oportunidade a todos os interessados em contratar com o Poder Público. Desta feita, para os referidos autores a opção pela arbitragem por parte dos administradores públicos se faria no momento da feitura do instrumento convocatório e a opção do particular contratante já seria realizada quando opta por participar do certame público¹⁴⁷², tal como também o fariam todos os outros participantes do certame. Desta feita, tendo em vista a importância do presente ponto, ele vai ser explorado no último capítulo da presente tese doutoral no qual será abordada o eixo central do presente estudo, qual seja: a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privada.

No mais, já está pacífico na doutrina o entendimento de existir uma autonomia da convenção de arbitragem, o que faz a nulidade do contrato principal não implicar a nulidade da dita convenção, naturalmente, sem prejuízo do próprio pacto convencional arbitral ter um vício e ser declarado nulo¹⁴⁷³.

Outrossim, ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE mencionam a possibilidade da existência de uma terceira figura de declaração negocial de arbitragem, qual seja: “à adesão unilateral prévia”, que seria o vínculo automático de um operador econômico a um determinado centro arbitral no caso existir promessa nesse sentido¹⁴⁷⁴.

Entretanto, os mesmos autores mencionados no parágrafo anterior, com amparo em entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, afirmam que a adesão unilateral prévia não é, ainda, uma espécie de cláusula compromissória, sendo, em verdade, uma proposta de realização de arbitragem que só se tornará obrigatória caso a outra parte manifeste seu interesse em também participar do procedimento arbitral¹⁴⁷⁵, firmando, assim, uma convenção de arbitragem.

A questão mencionada nos parágrafos anteriores é tormentosa e merece uma atenção detalhada com um olhar para ambas as partes envolvidas. De fato, existindo uma proposta de adesão unilateral, não nos parece existir uma terceira espécie de convenção de arbitragem, tendo em vista a obrigação de realização da arbitragem só surgir quando a outra parte interessada se manifesta pela concordância com a realização da arbitragem.

¹⁴⁷²ESTEFAM, Felipe Faiwchow - *Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*, 2017, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.p.52

¹⁴⁷³BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.149/150.

¹⁴⁷⁴MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2019. p.128/129.

¹⁴⁷⁵*Idem, ibidem*. p.129/130.

Por outro lado, caso uma pessoa em pleno gozo de sua capacidade mental se comprometa a participar da arbitragem, não nos parece ser possível a negativa em firmar a convenção de arbitragem caso a outra parte concorde com a proposta realizada. Esse entendimento não decorre da obrigatoriedade de cumprimento das convenções de arbitragens e sim da vedação ao comportamento contraditório tal como mencionado no início do presente tópico.

Não podemos confundir a convenção de arbitragem com o termo de arbitragem, pois esse último é o documento realizado após o início arbitragem e no qual devem constar todas as informações inerentes ao procedimento arbitral, como, por exemplo, a quantidade de árbitros, o nome do árbitro, o objeto da arbitragem, o local da arbitragem e a lei aplicável¹⁴⁷⁶. Naturalmente, o termo de arbitragem deverá respeitar o já previsto na convenção de arbitragem por se tratar esse último de um documento elaborado previamente pelas partes envolvidas.

Por fim, não basta as partes apenas escolherem que determinado litígio vai ser resolvido pela arbitragem, sendo necessário também que seja definido quem é que vai ser o responsável por conduzir o procedimento, no caso, quem vai ser o árbitro responsável por instruir o processo e por proferir a sentença arbitral, o que se justifica a existência de um tópico próprio para abordar o assunto, tal como será feito a seguir.

2.9.9 O árbitro

Talvez o ponto mais importante e que exija mais cautela das pessoas envolvidas em um conflito a ser resolvido pela arbitragem é a escolha do árbitro ou da entidade arbitral responsável pelo julgamento.

No Brasil, a lei é expressa no sentido de que qualquer pessoa capaz pode ser árbitra, podendo haver a nomeação de mais de uma pessoa física para as mesmas decidirem de forma colegiada o conflito¹⁴⁷⁷, o que é uma opção interessante, pois nesse último caso a decisão só vai ser tomada após o debate realizado pelos julgadores, o que acaba ganhando uma importância ainda mais alargada no procedimento arbitral, tendo em que vista que quando ele é realizado no Brasil inexistente a possibilidade de recurso e em Portugal existe a possibilidade das partes pactuantes da convenção de arbitragem optarem pela irrecorribilidade das decisões.

Desse modo, nos parece preferível que a decisão arbitral seja tomada de forma colegiada e não de maneira meramente monocrática como mecanismo para dar mais legitimidade ao que foi

¹⁴⁷⁶PEREIRA, Alexandre Marçal - O processo arbitral: aspectos gerais no Brasil e em Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, N 2 (2019), pp.853-903. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019_02_0853_0903.pdf.p.889.

¹⁴⁷⁷Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): art.13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

decidido e de gerar uma maior possibilidade de satisfação ou de conforto das partes com o resultado do julgamento, não sendo por outra razão que os recursos previstos na legislação processual civil, tanto em Portugal como no Brasil, comumente são julgados de forma colegiada pelos tribunais locais com o objetivo de gerar uma decisão melhor debatida e, conseqüentemente, melhor fundamentada.

JOSÉ FIGUEIRA JUNIOR defende que o preso, mesmo capaz, não pode ser árbitro em face da situação na qual se encontra¹⁴⁷⁸, porém não visualizamos óbice para, caso seja viabilizado pelo sistema penal a estrutura para o exercício da atividade arbitral, que a pessoa presa exerça a função de árbitro a depender das circunstâncias. Ora, sendo possível ao preso, tanto no Brasil como em Portugal, trabalhar, até mesmo para diminuir a pena, vislumbramos também como possível ao mesmo exercer a função de árbitro, sendo uma possibilidade interessante para sua ressocialização, sendo possível, por exemplo, ser um detento a pessoa mais indicada para resolver um litígio entre os próprios colegas do sistema prisional.

No mais, não há impedimento na legislação brasileira para a nomeação de pessoas jurídicas para exercerem a função de árbitro, sendo comum no Brasil a criação de entidades arbitrais com personalidade jurídica própria, situação na qual a confiança deverá se dar na própria pessoa jurídica escolhida, devendo se tomar o cuidado da escolha recair em instituições com credibilidade e não em pessoas jurídicas com interesses escusos, o que, infelizmente, também é muito comum existir no Brasil, até mesmo por meio do uso de símbolos parecido com os dos órgãos estatais, que acabam vindo a induzir a população ao erro, principalmente os com menos instrução e com um menor conhecimento das entidades integrantes do Sistema de Justiça.

Entretanto, existem autores brasileiros, como JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, que defendem a impossibilidade de pessoas jurídicas exercerem a função de árbitro no Brasil sob o argumento de que apenas pessoas físicas podem formular um juízo de valor e, conseqüentemente, proferir um julgamento¹⁴⁷⁹. FRANCISCO JOSÉ CAHALI, por seu turno, entende não ser possível uma pessoa jurídica ser árbitra porque a atividade arbitral é personalíssima, só podendo o julgamento ser realizado por uma pessoa natural¹⁴⁸⁰.

Não concordamos, no entanto, com os últimos entendimentos, uma vez que pessoas jurídicas também exercem juízo de valor ainda que por intermédio dos seus integrantes, sendo responsáveis civilmente pelos seus atos e possuindo interesses que não se confundem com as dos seus sócios¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁸JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.140.

¹⁴⁷⁹ROCHA, José de Albuquerque - *Teoria Geral do Processo*, 10ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.91

¹⁴⁸⁰CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.211.

¹⁴⁸¹MONTORO, André Franco - *Introdução à Ciência do Direito*, 31ªed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p.567

Além disso, a pessoa jurídica é efetivamente uma pessoa, sendo por isso que o fato de a arbitragem ser personalíssima, característica na qual concordamos existir, significa que o árbitro, seja pessoa física ou jurídica, não pode ser substituído por outra pessoa sem o consentimento de todas as partes envolvidas no litígio.

No mais, não havendo proibição na lei para a escolha de pessoas jurídicas, não cabe ao intérprete fazer a referida restrição, até mesmo porque a lei brasileira fala em toda pessoa capaz e a pessoa jurídica está dentro do conceito de pessoa, sendo considerada capaz quando estiver devidamente constituída nos termos da lei. Sendo esse também o entendimento de LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JUNIOR, que entende ser evidente a possibilidade de uma pessoa jurídica poder ser árbitra no Brasil, desde que devidamente constituída com o registro dos seus atos constitutivos no local competente, situação na qual ela terá personalidade jurídica distinta da dos seus sócios e, naturalmente, será sujeita de direitos e de obrigações, sendo efetivamente representada pelos seus administradores devidamente constituídos no contrato social, inclusive quando estiver realizando uma arbitragem¹⁴⁸².

Em Portugal, por outro lado, apesar de a lei e a própria Constituição falarem em tribunal arbitral, apenas pessoas singulares capazes por expressa disposição legal podem exercer a função de árbitro, podendo se nomear também mais de uma pessoa¹⁴⁸³, tal como no Brasil, não havendo que falar em Portugal da realização da arbitragem por uma pessoa jurídica em virtude da opção do próprio legislador.

Assim, as pessoas jurídicas em Portugal envolvidas com arbitragem são apenas os centros de arbitragens que possuem listas de árbitros à disposição das pessoas.

Outra questão relevante é que em Portugal, com o fito de evitar empates nas decisões, quando a opção for pela nomeação de mais de um árbitro, a escolha deverá se dar necessariamente em número ímpar¹⁴⁸⁴. Além disso, caso mesmo assim o julgamento termine empatado, caberá ao presidente do tribunal desempatar¹⁴⁸⁵. Outrossim, existindo em Portugal três ou mais árbitros, cada parte escolherá igual número de árbitros e o tribunal arbitral formado escolherá outro árbitro para a função de presidente¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸²JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018,p.132.

¹⁴⁸³Lei Portuguesa 63/2011: art.8º 1 — O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar. 2 — Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, é este composto por três árbitros. Art. 9.º Requisitos dos árbitros 1 — Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.

¹⁴⁸⁴Lei portuguesa: 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária): Artigo 8.º 1 - O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar.

¹⁴⁸⁵Lei portuguesa: 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária): Artigo 40.º Decisão tomada por vários árbitros 1 - Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral é tomada pela maioria dos seus membros. Se não puder formar-se maioria, a sentença é proferida pelo presidente do tribunal.

¹⁴⁸⁶Lei portuguesa: 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária): Artigo 10º 3 - No caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que actua como presidente do tribunal arbitral.

Por outro lado, no Brasil a escolha poderá se dar por um número par de árbitros, situação na qual os próprios árbitros escolhidos poderão nomear outro árbitro com fito de evitar empates das decisões¹⁴⁸⁷.

O que a legislação brasileira não deixa claro é se existe uma obrigatoriedade da escolha do novo árbitro ser antes da decisão pelos árbitros já escolhidos, uma vez que a norma fala literalmente que os árbitros nomeados em número par estarão “autorizados desde logo, a nomear mais um árbitro”, conforme consta em nota de rodapé anterior.

Entretanto, parece que nomear imediatamente um novo árbitro é uma mera faculdade, não existindo impedimento para isso só acontecer quando se estiver diante de uma decisão na qual efetivamente houve um empate, situação na qual os árbitros já constituídos escolheriam um novo árbitro para dar o chamado voto de minerva para desempatar o julgamento¹⁴⁸⁸.

Outrossim, JOEL FIGUEIRA JUNIOR afirma que ninguém é árbitro por profissão, pois o árbitro é um profissional reconhecido e escolhido pelas partes e que, após realizar a sua função de julgar, deixa de ser árbitro¹⁴⁸⁹, possuindo JOSÉ CARLOS MAGALHÃES entendimento no mesmo sentido ao afirmar que não existe a profissão de árbitro¹⁴⁹⁰.

Entretanto, não concordamos com os autores supracitados no ponto em questão, pois, apesar de concordarmos que o árbitro perde o seu vínculo com as partes e com a causa após o fim de cada procedimento arbitral específico, não encontramos óbice para uma pessoa ter a função de árbitro como sua principal atividade profissional e efetivamente sobreviver da mesma a depender da quantidade média de julgamentos realizados, não existindo impedimento nesse sentido nem no Brasil nem em Portugal.

No mais, Portugal a lei expressamente prevê que a escolha do árbitro pode acontecer na convenção de arbitragem ou posteriormente e traz a possibilidade de a escolha de um árbitro ser atribuída a um terceiro¹⁴⁹¹, situação na qual a confiança das partes deverá ser depositada na pessoa escolhida para indicar o árbitro.

¹⁴⁸⁷Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): art.13. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro.

¹⁴⁸⁸Em verdade, não nos parece existir alternativa a não ser justamente agir da referida forma, uma vez que o empate não poderá persistir sob pena do litígio ficar sem solução, só podendo eles agirem de maneira diversa caso as próprias partes tenham estipulado na convenção de arbitragem outra forma de desempatar as decisões dos árbitros, como, por exemplo, a preferência da decisão tomada por um dos árbitros.

¹⁴⁸⁹JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.133.

¹⁴⁹⁰MAGALHÃES, José Carlos de - *Arbitragem: sociedade civil x estado*, São Paulo: Almedina, 2020.p.55.

¹⁴⁹¹Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.10º. 1 - As partes podem, na convenção de arbitragem ou em escrito posterior por elas assinado, designar o árbitro ou os árbitros que constituem o tribunal arbitral ou fixar o modo pelo qual estes são escolhidos, nomeadamente, cometendo a designação de todos ou de alguns dos árbitros a um terceiro.

2.10 Espécies de arbitragem

Os autores especialistas no assunto mencionam diversas classificações acerca da arbitragem, quais sejam: a arbitragem de Direito e a de equidade¹⁴⁹², a arbitragem de direito público e a arbitragem de direito privado¹⁴⁹³, a arbitragem formal e a arbitragem informal¹⁴⁹⁴, a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária; a arbitragem institucional e a arbitragem “ad hoc”; a arbitragem nacional e a arbitragem internacional; a arbitragem recorrível e a arbitragem irrecorrível.

Importante mencionar que uma arbitragem pode se inserir ao mesmo tempo em mais de uma classificação. Assim, é possível, por exemplo, uma arbitragem nacional, formal, de direito privado e recorrível.

Nos subtópicos seguintes passaremos a analisar as quatro últimas classificações mencionadas pelos autores especializados no Brasil e em Portugal, que reputamos mais importantes para o contexto do presente estudo.

2.10.1 Arbitragem voluntária e arbitragem necessária

A arbitragem voluntária seria aquela na qual as partes efetivamente optam por levar a decisão de um conflito a um terceiro, já a arbitragem necessária ou forçada seria aquela na qual a arbitragem é

¹⁴⁹²A arbitragem de Direito seria aquela na qual as partes optam efetivamente por seguirem uma legislação posta nacional ou internacional. Já a arbitragem de equidade seria a utilização desta última para resolver os conflitos, sendo possível também o uso dos costumes ou dos princípios gerais do Direito ou ainda das regras internacionais de comércio (Cf. GARCIA, Ailton Stropa - A arbitragem no Direito Econômico Nacional e Internacional, *Revista Jurídica UNIGRAN*, V 3, N 6. (2000), pp.197-217. p.207). Disponível em https://www.unigran.br/revistajuridica/ed_anteriores/03/artigos/artigo10.html. Conforme será visto no último capítulo desta tese doutoral, a possibilidade de a Administração Pública optar pelo uso da equidade nas arbitragens não é aceita nem no Brasil nem em Portugal por expressa disposição legal.

¹⁴⁹³A arbitragem de direito público é aquela realizada com a presença de entes políticos e pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública de um modo geral, seja da Administração Direta seja da Administração Indireta, sendo a mesma regida, primordialmente, por ramos de direito público, como, por exemplo, o Direito Administrativo ou o Direito Tributário. A arbitragem privada, por outro lado, seria aquela realizada entre particulares, sejam eles pessoas jurídicas ou pessoas físicas, sendo regida, de forma primordial, por ramos de direito privado, como, por exemplo, o Direito do Trabalho, o Direito das Famílias e, ainda, o Direito Empresarial, meio no qual o uso do instituto em testilha é extremamente comum. Existe, ainda, a possibilidade de a arbitragem ser de natureza mista (Cf. NATARI, Márcio Bonini - A lei da arbitragem na Administração Pública. *Revista Direito em Debate do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, N 45 (2016), pp.2-27. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/revistadireitoemdebate/article.p.19>), que seria a arbitragem que tenha ao mesmo tempo a presença do Poder Público e de uma ou de mais pessoas privadas, situação na qual haverá a incidência de normas de direito privado e também de normas de direito público, mas, naturalmente, com uma prevalência dessas últimas, em virtude do princípio da supremacia do interesse público primário, sendo a referida espécie de arbitragem também chamada por parte dos autores especializados como arbitragem público-privada. (Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista - Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, V 44 (2015), pp.150-171. p.150.) Outrossim, é defensável afirmar que a simples presença de um ente da Administração Pública já torna a arbitragem como sendo de direito público, diferentemente das arbitragens privadas, que seriam aquelas com a presença exclusivamente de pessoas privadas envolvidas, não havendo o que se falar em arbitragem mista. De qualquer forma, a terminologia a ser dada não é o mais importante, mas sim o regime jurídico a ser aplicado em cada caso concreto. Por fim, em se tratando de uma arbitragem realizada por uma empresa estatal prestadora de atividade econômica e não de um serviço público, haverá, no nosso entendimento, uma hipótese excepcional de uma arbitragem privada com a presença de um ente da Administração Pública Indireta.

¹⁴⁹⁴A arbitragem formal seria aquela que tem as suas regras pré-definidas, que podem ser as regras de alguma instituição arbitral já existente e que estejam em consonância com a lei. A arbitragem informal, por seu turno, seria a que as partes apenas escolhem um árbitro sem estabelecer previamente quais são as regras, situação na qual também se fala em “cláusula arbitral vazia ou em branco” (Cf. JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem-Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.106), cabendo aos árbitros, em respeito à legislação local, definir o procedimento a ser adotado, isso se as partes não chegarem a um consenso no momento da resolução da avença sobre o procedimento a vir a ser adotado. Entretanto, nesse último caso a arbitragem não será totalmente informal, pois, a partir do momento em que a opção da arbitragem se dá por meio de um contrato, deverá ser respeitada a função social dos contratos. Além disso, naturalmente, o árbitro deverá adotar sempre alguns princípios básicos de um Estado democrático de Direito, como os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como deverão ser respeitados os ditames da lei de arbitragem voluntária portuguesa e da lei de arbitragem brasileira para que a sentença arbitral se torne um título executivo. Desse modo, nos parece que o correto não é afirmar existir uma possibilidade de uma arbitragem informal, mas sim defender a existência da opção por uma arbitragem sem um procedimento pré-definido pelas partes, não sendo correto confundir o conceito de arbitragem informal com o de arbitragem ilegal, situação na qual deverá ser decretada a nulidade do procedimento arbitral, não havendo no que se falar em coisa julgada ou na existência legal de um título executivo.

imposta pela lei¹⁴⁹⁵, tal como acontece com o Poder Judiciário, no qual, caso alguém o procure, a outra parte é obrigada a aceitar participar do procedimento judicial sob pena de sofrer os efeitos decorrentes da revelia, que normalmente inclui a confissão acerca da matéria de fato no caso de se tratar um processo possuidor de natureza cível. A sistemática da arbitragem necessária é existente, por exemplo, nos contratos públicos no Peru, que deverão optar necessariamente pela conciliação ou pela arbitragem no decorrer de sua execução¹⁴⁹⁶.

Em Portugal, não há relatos de que a arbitragem tenha sido em algum momento, como regra geral, obrigatória, já no Brasil, conforme acima estudado no tópico deste capítulo em que se abordou o histórico da arbitragem, havia previsão da arbitragem obrigatória para as causas comerciais na época do império, porém essa obrigação deixou de existir em 1866. De qualquer forma, no Brasil a arbitragem é, na atualidade, um procedimento voluntário em quase todas as situações, seja ela realizada com a presença do Poder Público ou não.

Nesse sentido, na Lei de Arbitragem Brasileira está previsto que as cláusulas compromissórias de arbitragens previstas em contratos de adesão só terão validade se expressamente for dada a oportunidade ao pactuante aderente de se manifestar separadamente e por escrito acerca da aceitação pelo procedimento arbitral¹⁴⁹⁷, o que é uma forma de evitar o abuso do poder econômico por meio da colocação da arbitragem em contratos nos quais as partes não poderiam fazer qualquer espécie de discussão no momento da pactuação¹⁴⁹⁸, muitas vezes realizados com cláusulas miúdas passíveis de induzirem os contraentes ao erro.

Situação parecida com a mencionada no parágrafo anterior existe na legislação portuguesa ao prever a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços informarem aos consumidores acerca da existência de entidades de arbitragem as quais estão vinculados por adesão ou imposição legal¹⁴⁹⁹.

No nosso entendimento, a legislação portuguesa foi extremamente feliz com a previsão mencionada no parágrafo anterior. Obrigar alguém a se submeter a um procedimento arbitral sem antes manifestar expressamente seu interesse nesse sentido ou sem ter conhecimento dos centros de arbitragem existentes seria ferir todo o espírito dessa forma de resolução extrajudicial e consensual dos

¹⁴⁹⁵MENDES, Armindo Antônio Lopes Ribeiro- Regulamentação Tradicional da Arbitragem, In BARNEY, Óscar Cruz. *Et al, Estudios de historia del derecho y de las instituciones*, Moréla: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009. pp.13-83. p.14.

¹⁴⁹⁶DIMITRIJEVICH, Alexandra Molina - Arbitration as a dispute-solving mechanism in public procurement: a comparative view between peruvian and spanish systems, Paper in *The International Public Procurement Conference (IPPC)*. Washington D, (2018), pp.1-18. Disponível em www.ippa.org > IPPC4 > Proceedings > Paper1-18.p8.

¹⁴⁹⁷Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira). Art. 4º. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

¹⁴⁹⁸VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.612.

¹⁴⁹⁹Lei Portuguesa 144/2015: Artigo 18.º Deveres de informação dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços1 - Sem prejuízo dos deveres a que se encontrem sectorialmente vinculados por força da legislação especial que se lhes aplique, os fornecedores de bens ou prestadores de serviços estabelecidos em território nacional devem informar os consumidores relativamente às entidades de RAL disponíveis ou a que se encontram vinculados por adesão ou por imposição legal decorrente de arbitragem necessária, devendo ainda informar qual o sítio eletrónico na Internet das mesmas.

conflitos, uma vez que a arbitragem é regida pelo princípio da autonomia da vontade das partes envolvidas¹⁵⁰⁰, sendo por essa razão que MANUEL PEREIRA BARROCAS diz não ser a arbitragem necessária uma verdadeira arbitragem ao afirmar ser o instituto em testilha convencional por sua própria natureza¹⁵⁰¹.

Seguindo o mesmo entendimento supramencionado, ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE afirmam que, diante da inexistência de um ato de vontade, a arbitragem necessária se aproxima em demasia da Justiça Estatal¹⁵⁰².

PEDRO GONÇALVES, por sua vez, afirma que, independentemente de as discussões sobre a arbitragem obrigatória ser devida, urge a necessidade de que as partes, ao menos, escolham os árbitros¹⁵⁰³.

Nesse diapasão, CÁSSIO SCARPINELA BUENO, em posição na qual concordamos, afirma que estimular outros métodos fora do Poder Judiciário para solucionar os conflitos, tal como é o caso da arbitragem, é uma forma de ampliar o acesso à justiça, porém essa medida nunca pode ser realizada de forma a impedir ou causar obstáculos ao acesso à jurisdição estatal quando essa efetivamente for a vontade das partes, não podendo o Estado-Juiz ser considerado um juiz de segunda classe¹⁵⁰⁴.

No entanto, falamos ser a arbitragem um procedimento facultativo no Brasil em quase todas as situações porque desde 2017 existe uma única exceção prevista na lei nº 13.448/17, qual seja: a obrigatoriedade da previsão da arbitragem quando houver uma relicitação nos contratos públicos de parcerias nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário¹⁵⁰⁵, o que é uma situação excepcional no Brasil¹⁵⁰⁶ e, no nosso ponto de vista e de parte da doutrina, de constitucionalidade duvidosa¹⁵⁰⁷, porém sem pronunciamento nesse sentido pela Corte Suprema Brasileira e que para BRUNO LOPES MEGNA não se trata exatamente de uma obrigatoriedade e sim uma “vinculatividade” com a subtração da discricionariedade do Poder Público em optar pelo procedimento arbitral¹⁵⁰⁸. Além disso, o mesmo autor interpreta que, mesmo se entendendo ser o caso de obrigatoriedade da opção pela arbitragem, a

¹⁵⁰⁰LEE, João Bosco; FILHO, Cláudio de Melo Valença Filho - *A arbitragem no Brasil*, Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002. p.21.

¹⁵⁰¹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.48.

¹⁵⁰²MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2019. p.17.

¹⁵⁰³JUNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito Processual Civil*, Vol.1, 21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.p.571.

¹⁵⁰⁴BUENO, Cássio Scarpinela - *Manual de Direito Processual Civil*, 5ªed, Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.160/161.

¹⁵⁰⁵Lei Brasileira 13.448/17: Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

¹⁵⁰⁶LEMES, Selma - Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Pública*. São Paulo: FGV, 2019. pp.81-96. p.90.

¹⁵⁰⁷Importante frisar também existir no Brasil a Resolução Normativa 10//2004, que institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, prevendo em seu Art. 58 o seguinte: Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses(...). (Grifos nossos). Entretanto, nos parece que a dita obrigatoriedade de participar de utilização da arbitragem é manifestamente inconstitucional devido ao fato de estar prevista em norma infralegal.

¹⁵⁰⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.185.

referida obrigação apenas afasta a possibilidade de se optar pelo Poder Judiciário e não a impossibilidade da utilização de outras formas consensuais de resolução de litígios¹⁵⁰⁹.

Em Portugal, por outro lado, a arbitragem é apenas, como regra, voluntária. Dizemos “como regra” porque existem situações excepcionais nas quais a arbitragem é obrigatória em solo português por expressa disposição em lei específica, como acontece, por exemplo, nas causas desportivas, em virtude do previsto no Decreto número 128/XII¹⁵¹⁰ ou, ainda, nas concessões rodoviárias¹⁵¹¹, bem como nas indenizações decorrentes de expropriações¹⁵¹² e nos conflitos decorrentes das concessões dos serviços postais¹⁵¹³

O caso das concessões rodoviárias mencionado, inclusive, tem total pertinência com o presente estudo, tendo em vista que as ditas concessões podem se dar por meio de uma Parceria Público-Privada.

As obrigatoriedades acima mencionadas também são de constitucionalidade extremamente duvidosa¹⁵¹⁴, sendo por esse motivo que a questão chegou a ser discutida pela Tribunal Constitucional-TC Português no Acórdão n.º 52/1992, que acabou por concluir o seguinte: “A Constituição da República, no artigo 211.º, n.º 2, inclui, expressamente, os tribunais arbitrais entre as diversas categorias de tribunais e não distingue entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários”, fixando o entendimento de ser a arbitragem necessária prevista em lei específica constitucional¹⁵¹⁵, desde que preveja a possibilidade de recursos para os tribunais estaduais¹⁵¹⁶.

Ao agir dessa forma, o Tribunal Constitucional vem demonstrando seguir uma tendência, tal como afirmado por ISABEL CELESTE FONSECA, de flexibilizar algumas dimensões constitucionais em prol de uma maior celeridade e efetividade processual, por intermédio de mecanismos que sejam proporcionais, razoáveis e toleráveis¹⁵¹⁷. Entretanto, a mesma autora ainda vislumbra uma

¹⁵⁰⁹ *Idem, ibidem*. 187.

¹⁵¹⁰ Decreto Português 128/XII Art.4.º Arbitragem necessária. 1 - Compete ao TAD conhecer dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina.

¹⁵¹¹ Decreto-Lei Português: 380/2007: Base 87. Processo de arbitragem 1 – Os eventuais conflitos que possam surgir entre o concedente e a concessionária em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege a concessão são resolvidos por arbitragem.

¹⁵¹² CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.p.68.

¹⁵¹³ Decreto-Lei Português 448/99: Base XXXVII Processo de resolução de conflito 1 - Os eventuais conflitos que possam surgir entre as partes em matéria de aplicação, interpretação ou integração de lacunas do contrato de concessão serão resolvidos por arbitragem voluntária, nos termos da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

¹⁵¹⁴ FONSECA, Isabel Celeste - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178. p.161.

¹⁵¹⁵ ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 52/92, Disponível em <https://a.storyblok.com/f/46533/x/a09f05d646/tribunal-constitucional-1992-03-14.pdf>.

¹⁵¹⁶ EGÍDIO, Mariana Melo - Revisitando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português sobre a arbitragem. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 6-11. p.9.

¹⁵¹⁷ FONSECA, Isabel Celeste - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178. p.174.

inconstitucionalidade na situação agora analisada por uma ofensa ao acesso pelo Estado aos tribunais de estatais¹⁵¹⁸.

Concordamos com autora mencionada no parágrafo anterior, pois, sendo a arbitragem voluntária, não vislumbramos uma ofensa ao princípio do acesso ao Poder Judiciário quando se é dada aos envolvidos a opção em não procurar o referido poder estatal, o mesmo não podemos dizer, no entanto, quando o uso da arbitragem é obrigatório.

No mais, outra situação prevista de arbitragem obrigatória em Portugal se deu durante alguns anos no caso dos litígios envolvendo medicamentos de referência e medicamentos genéricos por força do expressamente previsto na redação original da lei portuguesa de número 62/2011¹⁵¹⁹, obrigatoriedade que contava com a oposição de algumas empresas do segmento dos medicamentos genéricos¹⁵²⁰. Entretanto, recentemente a referida lei foi alterada pelo Decreto-Lei n° 110/2018, fazendo com que a arbitragem nas referidas situações passasse a ser voluntária¹⁵²¹.

No mais, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal afirma a existência de um Direito à outorga de compromisso arbitral em determinadas matérias, situação na qual o interessado pode obrigar o Poder Público a realizar o compromisso arbitral¹⁵²².

Entretanto, é possível dar três interpretações para a previsão legal acima mencionada, a primeira é a de que a parte interessada poderá exigir do Poder Público que cumpra manifestação previamente dada de que teria interesse em participar de um procedimento arbitral e não de que efetivamente o Poder Público poder ser obrigado a participar de um procedimento arbitral sem que nunca tenha manifestado interesse nesse sentido, até mesmo porque o próprio Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal afirma que os tribunais arbitrais serão regidos pela lei de arbitragem voluntária¹⁵²³.

A segunda interpretação a ser dada ao dispositivo legal em testilha é de que o Poder Público em Portugal pode ser efetivamente compelido a participar das arbitragens (tal como gramaticalmente

¹⁵¹⁸ *Idem, ibidem*. p.177.

¹⁵¹⁹ Lei Portuguesa 62/2011 (redação originária). Art.2º: Arbitragem necessária. Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea ii) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de protecção, ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada.

¹⁵²⁰ MENDES, Evaristo - O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas. Velhos e novos problemas, *Revista de Direito Comercial*, 3ªed (2019), pp.75-120. Disponível em <https://www.revistadireitocomercial.com/2019.p.8>.

¹⁵²¹ Lei Portuguesa 62/2011 (redação dada pelo Decreto-Lei n° 110/2018): Art.2º. Arbitragem voluntária: Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, designadamente os medicamentos que são autorizados com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de protecção, podem ser sujeitos a arbitragem voluntária, institucionalizada ou não institucionalizada.

¹⁵²² Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo dos Tribunais Administrativos): Art.182: O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei.

¹⁵²³ Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Art.182 1 - O tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações.

está previsto no supracitado artigo 182) nos casos previstos no artigo 180 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos¹⁵²⁴. Entretanto, esse não é o entendimento prevalecente na doutrina, que caminha no sentido de entender ter a pessoa apenas o direito de receber do Poder Público a informação motivada de se tem o interesse ou não pela realização da arbitragem¹⁵²⁵, até mesmo porque o próprio artigo 180 afirma que “pode” (e não que deve) ser constituído o tribunal arbitral nas hipóteses nele mencionadas.

Por fim, o terceiro entendimento passível de ser fixado é de que a Administração Pública pode vir a ser obrigada a participar de um procedimento arbitral nos casos em que existam leis específicas trazendo a referida obrigatoriedade para todas as pessoas, tal como acontece nas causas envolvendo as concessões rodoviárias em Portugal, conforme acima mencionado.

Analisando friamente o texto legal em testilha, essa última interpretação é absolutamente defensável e nos parece a mais razoável. A lei afirma poder a parte obrigar a Administração Pública a firmar o compromisso arbitral e não a cumprir uma convenção de arbitragem já previamente estabelecida, o que nos faz entender ter existido referência à alguma situação na qual o Poder Público efetivamente pode ser obrigado a participar do procedimento de arbitragem.

Naturalmente, não existe dúvida de que, caso uma pessoa, incluindo o Poder Público, tenha previamente firmado uma convenção de arbitragem e no momento da solução do litígio se recuse a participar do procedimento arbitral, a outra parte poderá, por intermédio do Poder Judiciário, obrigar a pessoa resistente a se submeter ao julgamento pelo árbitro, porém essa realidade não torna a arbitragem obrigatória porque foram as partes envolvidas no litígio que facultativamente optaram por firmar a convenção de arbitragem.

Obrigatório no caso acima mencionado é apenas cumprir o que foi previamente pactuado, em virtude da força vinculante dos contratos, bem como em virtude da vedação ao comportamento contraditório, conforme será abordado nos tópicos seguintes e conforme já mencionado nesta tese doutoral.

No mais, no âmbito europeu, a Convenção Europeia de Arbitragem Comercial Internacional prevê a compulsoriedade da arbitragem em algumas situações nos litígios envolvendo os membros da

¹⁵²⁴Lei Portuguesa 15/2002(Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Art. 180.º Tribunal arbitral: 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

¹⁵²⁵ACCIOLY, João Pedro - Arbitragem e Administração Pública: um panorama global, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.01-31. Disponível em www.revistas.usp.br/rdda.p.17.

comunidade europeia¹⁵²⁶, porém a presente situação foge dos objetivos do presente trabalho, que tem como recorte de pesquisa a arbitragem realizada no âmbito interno no Brasil e em Portugal nas causas envolvendo Parcerias Público-Privadas, o que nos faz estar voltados primordialmente ao Direito Administrativo e não a Direito Internacional Público.

2.10.2 Arbitragem institucional e arbitragem “ad hoc”

A arbitragem institucional seria aquela na qual as partes optam por levar a decisão de um litígio para uma instituição já previamente estabelecida, existindo, desse modo, uma relação triangular (partes, árbitro e câmara arbitral)¹⁵²⁷; já a arbitragem “ad hoc” seria aquela na qual as partes envolvidas não possuem o amparo de uma instituição, normalmente deixando para definir o árbitro quando do momento do surgimento de um litígio, com as partes ordinariamente apenas escolhendo a arbitragem como forma de resolução do mesmo, mas sem estabelecerem previamente quem vai ser o responsável por decidir o conflito. A grande vantagem da arbitragem “ad hoc” seria a existência de um menor custo; já a arbitragem institucional tem como vantagem facilitar a logística do procedimento e permitir um maior controle da atuação do árbitro¹⁵²⁸, além da existência de uma assessoria institucional para ajudar nas intercorrências que surjam no decorrer do processo arbitral¹⁵²⁹.

Ademais, não teríamos no caso da arbitragem “ad hoc” um tribunal de exceção devido ao fato desse último se dá quando a criação de um tribunal não respeita as garantias plenas do Direito¹⁵³⁰, diferentemente da arbitragem, na qual são as próprias partes envolvidas no litígio que estão, em comum acordo, optando por levar o julgamento da desavença para ser decidido pela arbitragem, nos termos permitidos em lei, não havendo o que se falar em perseguição do órgão responsável pelo julgamento às partes envolvidas. Nesse sentido, JOSÉ DE ALBUQUERQUE DA ROCHA afirma que o fato de a arbitragem ser facultativa e não obrigatória, ao menos como regra, já afasta a possibilidade de ser considerada um tribunal de exceção¹⁵³¹.

No caso específico da arbitragem institucional, existe a possibilidade de se adotar uma lista fechada ou uma lista aberta de árbitros. No primeiro caso os árbitros já são pré-definidos pela

¹⁵²⁶MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo - *A arbitragem como mecanismo suplementar de soluções de controvérsia nos acordos contra bitributação celebrados pelo Brasil*, 2014, Tese de doutoramento Universidade de São Paulo.p.118.

¹⁵²⁷NASCIMENTO, Priscila Cunha do - O regime jurídico adequado para a escolha de câmaras arbitrais pelo poder público *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, N 6 (2019), pp.1755-1791. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1755_1791.pdf. p.1761.

¹⁵²⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.223.

¹⁵²⁹MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.108.

¹⁵³⁰VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.605

¹⁵³¹ROCHA, José de Albuquerque - *Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica*, São Paulo: Atlas, 2008. p.18.

instituição, já no segundo caso as partes escolhem não apenas a instituição, mas também os árbitros que irão fazer o julgamento, dentre os que estão vinculados à instituição¹⁵³².

CARLOS ALBERTO CARMONA defende as listas abertas por acreditar que se aumenta a legitimidade da decisão arbitral quanto maior for a participação dos litigantes das escolhas que resultarão a decisão¹⁵³³, porém o mesmo autor reconhece que uma lista fechada pode dar mais credibilidade e eficiência a depender da natureza do objeto do litígio¹⁵³⁴, uma vez que os árbitros da lista podem ser especializados justamente na área de conhecimento objeto do litígio. Desse modo, vai depender de cada caso concreto e das características das pessoas envolvidas a definição de qual é a melhor opção a ser escolhida.

No mais, na atualidade a legislação Portuguesa expressamente prioriza as arbitragens institucionais nos procedimentos realizados com a presença do Poder Público, tal como se estuda na presente tese doutoral, salvo nas exceções previstas na própria legislação¹⁵³⁵. Desse modo, a arbitragem administrativa em Portugal só não será realizada de forma institucional mediante a devida justificação a ser dada pelo agente público competente¹⁵³⁶, como, por exemplo, quando as regras da arbitragem institucional no caso concreto tornarem a opção pela mesma menos célere ou mais custosa¹⁵³⁷.

Quanto ao último ponto, ADOLFO MESQUITA NUNES afirma que a preferência pela arbitragem institucional acaba sendo platônica, pois o conjunto de possibilidades de escolher a via “ad hoc” é tão grande que a entidade adjudicante pode facilmente optar por essa última¹⁵³⁸.

Entretanto, não concordamos por completo com o autor supramencionado. A preferência legal pela arbitragem institucional gera a obrigatoriedade, conforme acima mencionado, do administrador

¹⁵³² CARMONA, Carlos Alberto - As listas de Árbitros, In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe, Guimarães. *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*, 2ªed, São Paulo: Atlas, 2017.p.69

¹⁵³³ *Idem, ibidem*.p.69

¹⁵³⁴ *Idem, ibidem*. p.70.

¹⁵³⁵Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Art.476.º 3 - A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados só pode ser determinada numa das seguintes situações: a) Quando, face à elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas, ao elevado valor económico das questões a resolver, ou à inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado; b) Quando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos; c) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio; d) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos.

¹⁵³⁶Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Art.476. 4 - Se se optar pela submissão de litígio a tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado, a entidade contratante deve elaborar uma avaliação de impacto dos custos que tal opção importa, designadamente quanto aos honorários de árbitros e advogados, taxas, custas e outras despesas.

¹⁵³⁷MARTINS, Guilherme w. D´Oliveira - A arbitragem nos Códigos de Contratos Públicos: visão política, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp.6-18. p.7/8

¹⁵³⁸NUNES, Adolfo Mesquita - A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações. In In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3. (2017), pp.16-24. p.24.

público fundamentar a não opção pela mesma e de o fazer com base em um dos casos previstos na lei¹⁵³⁹, o que acaba gerando consequências de ordem prática.

No Brasil não existe, como regra, a referida preferência, podendo os particulares e o Poder Público em comum acordo escolherem a arbitragem institucional ou a “ad hoc” conforme considerarem mais conveniente e oportuno, devendo, naturalmente, existir a devida fundamentação no caso das arbitragens administrativas¹⁵⁴⁰, salvo a existência de legislação em sentido contrário, tal como acontece nas arbitragens realizadas pelo Poder Público no setor portuário onde a legislação expressamente dá a preferência para a arbitragem institucional¹⁵⁴¹.

Por fim, na arbitragem institucional não existe interferência por parte da instituição nas atividades “in judicando” do árbitro, mas sim nas atividades “in procedendo”¹⁵⁴², não possuindo a mesma, nas exatas palavras de ALBERTO JONATHAS MAIA, “qualquer poder ou permissão para a análise de mérito dos conflitos lhes oferecidos para cuidar, esse encargo é exclusivo do árbitro ou dos árbitros”¹⁵⁴³.

2.10.3 Arbitragem Nacional e Arbitragem Internacional

A arbitragem nacional é a realizada dentro de um Estado e conforme as regras do mesmo, como a arbitragem realizada dentro do território brasileiro ou dentro do território português em conformidade com as regras estabelecidas nas legislações locais sobre o instituto, o que a faz também ser chamada de arbitragem doméstica¹⁵⁴⁴.

A arbitragem internacional, por seu turno, é aquela que não é realizada em solo nacional¹⁵⁴⁵, seguindo, assim, as convenções previstas em tratados internacionais, mas que será executada internamente conforme as regras específicas de cada Estado, sem prejuízo de eventuais sanções

¹⁵³⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 476.º Resolução alternativa de litígios 3 - A resolução de litígios por meio de arbitragem em tribunais arbitrais não integrados em centros de arbitragem institucionalizados só pode ser determinada numa das seguintes situações: a) Quando, face à elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas, ao elevado valor económico das questões a resolver, ou à inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado; b) Quando o processo arbitral previsto nos regulamentos do respetivo centro de arbitragem institucionalizado não se conforme com o regime de urgência previsto no Código do Processo nos Tribunais Administrativos para os contratos por ele abrangidos; c) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio; d) Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as entidades adjudicantes ou contraentes públicos.

¹⁵⁴⁰FERNANDES, Luísa - A arbitragem de Direito Público no Brasil. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp.27-29. p.28.

¹⁵⁴¹Decreto Federal Brasileiro 8465/15(Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário). Art. 4º A arbitragem poderá ser institucional ou ad hoc. § 1º Será dada preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem ad hoc.

¹⁵⁴²SILVA, Clarissa Sampaio - Desjudicialização na resolução de conflitos com a administração pública: comparações entre Brasil e Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp.23-55. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf.p.38.

¹⁵⁴³MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.110.

¹⁵⁴⁴CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.469.

¹⁵⁴⁵ACCIOLY, João Pedro - Arbitragem e Administração Pública: um panorama global, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.01-31. Disponível em www.revistas.usp.br/rdda.p.9.

internacionais. Nesse diapasão, FLÁVIA BITTAR NEVES afirma ser a arbitragem internacional aquela desvinculada de qualquer ordenamento jurídico nacional¹⁵⁴⁶.

Em Portugal, a sentença arbitral estrangeira para ser executada precisa de homologação por um tribunal estadual competente¹⁵⁴⁷. Já no Brasil a sentença arbitral estrangeira precisa ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁴⁸, o que não poderá ser feito caso o objeto da mesma não seja lícito ou passível de ser resolvido por intermédio da arbitragem ou, ainda, no caso de ofender a ordem pública nacional¹⁵⁴⁹.

Desse modo, a sentença arbitral estrangeira acaba vindo a ter o mesmo tratamento que a sentença judicial estrangeira, que também precisa vir a ser homologada para ter validade em solo brasileiro e em solo português, até mesmo porque tanto o Brasil como Portugal são signatários da Convenção de Nova Iorque acerca do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁵⁵⁰. Assim, podemos afirmar ser a sentença arbitral estrangeira, tanto no Brasil como em Portugal, a única espécie de sentença arbitral na qual se faz necessária a homologação para poder vir a ser cumprida em solo brasileiro e português.

Com o fenômeno da globalização, a arbitragem internacional vem ganhando cada vez mais espaço, existindo diversos documentos internacionais tratando sobre o tema, como, por exemplo, a Convenção de Nova Iorque de 1958, que tem grande importância na seara da arbitragem privada¹⁵⁵¹.

Trazendo para as realidades portuguesa e brasileira, existe um acordo de cooperação jurídica entre os países integrante da Comissão dos Países de Língua Portuguesa-CPLP na área penal, civil e comercial¹⁵⁵², que pode viabilizar a realização da arbitragem entre os referidos Estados, ao menos nas áreas expressamente especificadas no mesmo.

De qualquer forma, apesar do acordo acima mencionado não abranger as causas envolvendo Direito Administrativo, a Convenção de Haia para Solução Pacífica dos conflitos Internacionais¹⁵⁵³ prevê

¹⁵⁴⁶NEVES, Flávia Bittar - Arbitragem aplicada à ambientes regulados no contexto do Comércio Exterior, Brasília, Aula gravada proferida no curso: *Solução pacífica de conflitos no âmbito da Administração Pública*, 2017.

¹⁵⁴⁷Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.55: Sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como por outros tratados ou convenções que vinculem o Estado português, as sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal estadual português competente, nos termos do disposto no presente capítulo desta lei.

¹⁵⁴⁸Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁵⁴⁹Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

¹⁵⁵⁰MOTA, Marcel Moraes – A impugnação da sentença arbitral nos direitos português e brasileiro, *RJLB* Ano 6, N6 (2020), pp. 971-1022. p.990.

¹⁵⁵¹COSTA, Nilton César Antunes da Costa - *Poderes do árbitro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.45.

¹⁵⁵²AROSO, Joana Silva - A arbitragem na contratação pública (O caminho Português e algumas ideias para a lusofonia), In *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga: NEDIP, 2017. pp.237-249. p.248

¹⁵⁵³HAIA, Convenção de Haia para Solução Pacífica dos conflitos Internacionais. (18/10/1907).

a possibilidade de solução de litígios entre Estados, o que faz Portugal e Brasil poderem se utilizar da mesma para resolver os seus litígios internacionais envolvendo as causas administrativistas, por exemplo.

Além dessa possibilidade acima mencionada, existe, ainda, o Centro Internacional para Arbitragem de Disputadas sobre Investimentos-ICSID, que é uma entidade intergovernamental e que resolve por meio da arbitragem litígios entre Estados e investidores privados e que traz vantagens tanto para esses últimos, que possuem interesse de que os conflitos sejam resolvidos por meio de um fórum internacional de disputas criado especificamente para resolver as causas dos seus interesses; bem como vantagens também para o próprio Poder Público, que acaba atraindo mais investimentos internacionais para a realização de suas atividades¹⁵⁵⁴. Entretanto, apenas Portugal aderiu ao referido Centro Internacional, o mesmo não acontecendo com o Brasil.

Assim, a arbitragem internacional ganha muita importância e dimensão nos litígios envolvendo os entes soberanos, sendo, atualmente, um dos principais objetos de estudo do Direito Internacional Público, bem como do chamado Direito Administrativo Internacional, onde são estudados os Contratos Públicos Globais, que já no ano de 2008 representavam 15% (quinze por cento) do Produto Interno Bruto-PIB mundial¹⁵⁵⁵ e na atualidade representa 19% do PIB da União Europeia¹⁵⁵⁶.

No entanto, ainda que os estudos da arbitragem internacional seja tema de suma importância, o recorte da pesquisa da presente investigação, conforme explicado na introdução, é a arbitragem interna no âmbito de Portugal e do Brasil, especificamente nas realizadas nas Parcerias Público-Privadas, em virtude disso não aprofundaremos o referido tema na presente tese doutoral¹⁵⁵⁷.

2.10.4 Arbitragem recorrível e arbitragem irrecorrível

A arbitragem será recorrível quando for suscetível da querela ser rediscutida perante o Poder Judiciário e será irrecorrível quando inexistir essa possibilidade, não havendo o que se falar, ao menos a priori, tanto em Portugal como no Brasil, em instâncias recursais arbitrais, até mesmo porque a referida possibilidade iria de encontro

¹⁵⁵⁴SCHREUER, Christoph - *Internacional Center for settlement of investment disputes (ICSID)*. Disponível em https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf. [1-12]. p.1

¹⁵⁵⁵VIANA, Cláudia - A Globalização na Contratação Pública e o quadro jurídico internacional. In GONÇALVES, Pedro - *Estudos de Contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.23-49. p.23.

¹⁵⁵⁶DIAS, Caroline Drawanz - O vício procedimental no procedimento de adjudicação de contratos públicos: um estudo de caso, In *RJLB*, Ano 6, N 4 (2020), pp.641-654. p.646.

¹⁵⁵⁷MANUEL PEREIRA BARROCAS faz uma divisão diferente da cá mencionada, porém bastante interessante, pois ele afirma que existem a arbitragem doméstica, a estrangeira e a internacional. A arbitragem doméstica seria a realizada em solo português, ou em qualquer solo interno, conforme as regras nacionais; a arbitragem estrangeira seria a realizada no exterior conforme as regras de outros locais e a arbitragem internacional seria a realizada ou em Portugal ou no exterior, porém mediante as regras do comércio internacional. (Cf. BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.261.) Entendemos como interessante a classificação de PEREIRA BARROCAS, porém nos parece que as duas últimas espécies mencionadas são subdivisões da arbitragem internacional.

à lógica da escolha de alguém de confiança para decidir o litígio, apesar de reconhecermos não existir vedação legal nesse sentido.

No Brasil, as decisões arbitrais serão sempre irrecorríveis ao Poder Judiciário por expressa disposição legal¹⁵⁵⁸, só sendo passíveis de pedido de esclarecimento ou correção de erro material pelo próprio árbitro ou tribunal arbitral que proferiu a decisão¹⁵⁵⁹, o que seria uma espécie de Embargos de Declaração previsto nas legislações processuais brasileiras¹⁵⁶⁰ por influência histórica de Portugal¹⁵⁶¹, mas não propriamente um recurso por inconformismo com o teor da decisão proferida.

Já em Portugal, no silêncio das partes, a arbitragem será irrecorrível, podendo, no entanto, também ser realizado pedido de esclarecimento¹⁵⁶². No entanto, em Portugal é prevista expressamente a possibilidade de recorribilidade da decisão arbitral ao Poder Judiciário local¹⁵⁶³, inclusive em situações específicas por meio de manifestação prévia de uma das partes¹⁵⁶⁴. Desse modo, a recorribilidade da arbitragem em Portugal é uma exceção, sendo a irrecorribilidade a regra¹⁵⁶⁵.

Entretanto, no nosso ponto de vista, a possibilidade excepcional de recurso em Portugal acaba vindo por descaracterizar a essência do próprio procedimento arbitral, pois a palavra final acabará sendo do Poder Judiciário e não da pessoa ou entidade escolhida pelas partes litigantes justamente para resolver o litígio, o que nos faz concordar com MANUEL PERREIRA BARROCAS quando defende que a definitividade da sentença arbitral é o “selo de identidade e cultura da arbitragem”¹⁵⁶⁶. Outrossim, a intervenção do Poder Judiciário nas arbitragens pode vir a diminuir a credibilidade desse último instituto perante investidores estrangeiros¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁵⁸Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁵⁵⁹Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira). Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

¹⁵⁶⁰LENZA, Vitor Barbosa - *Cortes Arbitrais*, 2ªed, Goiânia: AB Editora, 1999. p.9.

¹⁵⁶¹SEHNEM, Felix. Embargos Declaratórios - *Revista Jus Navigandi*, N 61 (2003), pp.1-5. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3681>. p.1.

¹⁵⁶²Lei Portuguesa 63/2011(Lei de arbitragem voluntária): 1 - A menos que as partes tenham convencionado outro prazo para este efeito, nos 30 dias seguintes à recepção da notificação da sentença arbitral, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, que rectifique, no texto daquela, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica. 2 - No prazo referido no número anterior, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral que esclareça alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou dos seus fundamentos.

¹⁵⁶³Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): art.39: 4 – A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável.

¹⁵⁶⁴Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) com redação dada pela Lei Portuguesa 118/2019, de 17 de setembro de 2019: Artigo 180.º 3 - b) Em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respectivas propostas ou candidaturas.

¹⁵⁶⁵GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.p.297.

¹⁵⁶⁶BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.515.

¹⁵⁶⁷SATHYAPALAN, Harisankar; G, Sreeparathy - Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India. *Journal of Infrastructure Development*, V 5, N I (2013). pp.21-32. p.28.

Além disso, da mesma forma que existem autores afirmando que o princípio do duplo grau de jurisdição enfraquece a importância do juízo de primeiro grau¹⁵⁶⁸, também nos parece que a possibilidade de recurso de uma decisão de um juízo arbitral enfraquece o próprio instituto da arbitragem.

Desse modo, acreditava-se que com o tempo a legislação portuguesa seria alterada para suprimir a possibilidade de recurso para as cortes portuguesas das decisões proferidas pelos árbitros, porém o que aconteceu foi a alteração em 2017 do Código dos Contratos Públicos em Portugal para prever que nos litígios acima de €500.000(quinzentos mil euros) nas arbitragens administrativas caberá recurso para o tribunal administrativo competente¹⁵⁶⁹.

Apesar da lei em testilha usar o verbo “caber”, o que dá uma conotação da referida previsão ser uma faculdade para as partes envolvidas, parece-nos que o melhor entendimento é de que se trata de uma obrigação, uma vez que, conforme visto, a Lei da Arbitragem Portuguesa já traz a previsão da possibilidade de recurso nas arbitragens em qualquer situação pela simples vontade das partes envolvidas, o que faz apenas a interpretação pela obrigatoriedade dar algum sentido ao dispositivo legal agora comentado.

Desse modo, podemos dizer que nas arbitragens administrativas portuguesa com valores acima do mencionado no parágrafo anterior haverá uma obrigatoriedade de recurso ao tribunal administrativo competente, independentemente do desejo das partes envolvidas no litígio.

Entendemos, no entanto, que a referida possibilidade acaba vindo a ser um desestímulo ao uso da arbitragem, principalmente pelos entes privados, uma vez que as pessoas envolvidas no litígio acabarão por ter a desavença decidida pelo Poder Judiciário, quando, em verdade, optaram por outra forma de resolução de conflitos.

Entretanto, para o Poder Público é possível que a referida previsão legal passe mais segurança para a participação de uma arbitragem, o que deve ter sido o motivo a estimular o legislador português a fazer a referida alteração legal, que deve ser seguida, pois um possível afastamento de interessados não pode servir como justificativa para não obedecer ao ordenamento jurídico¹⁵⁷⁰.

Importante mencionar o entendimento de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, que, ao falar da importância de uma fundamentação adequada das decisões tomadas nas formas alternativas de

¹⁵⁶⁸ LASPRO, Oreste Nestor de Souza - *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 115.

¹⁵⁶⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal):Art.476.ºResolução alternativa de litígios: 5 - Nos litígios de valor superior a € 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo.

¹⁵⁷⁰SILVA, João Amadeu Araújo - O recurso à arbitragem no âmbito pré-contratual - Palestra Proferida no *I Congreso Internacional de Derecho Procesal e Innovación em la contratación pública* no dia 27 de abril de 2021.

resolução de conflitos, o que concordamos plenamente, afirma existir uma “imprescindibilidade de reconhecimento legal de um duplo grau de jurisdição”¹⁵⁷¹.

Entretanto, entendemos que não se faz necessário exatamente um duplo grau de jurisdição pela via recursal na arbitragem facultativa, sendo suficiente a possibilidade de decretação da nulidade da decisão arbitral pelo Poder Judiciário quando existir algum vício, como a ausência de uma fundamentação adequada tal como mencionado por FREITAS DA ROCHA.

Nesse diapasão, importante se faz diferenciar a questão da recorribilidade ou não da decisão proferida pelo árbitro com a questão da nulidade do procedimento arbitral. A recorribilidade se dá em virtude do mero inconformismo com a decisão, já a decisão da nulidade se dá quando o procedimento arbitral tem algum vício. Desse modo, a pedido de nulidade do procedimento arbitral seria uma espécie de impugnação da decisão do árbitro que não se confunde com um recurso¹⁵⁷².

Assim, existindo algum vício, seja na arbitragem realizada em Portugal seja na arbitragem realizada no Brasil, a parte prejudicada poderá procurar o Poder Judiciário para que esse último anule o procedimento, principalmente em se tratando de um vício de ordem pública¹⁵⁷³.

No caso mencionado no parágrafo anterior, o Poder Judiciário, diferentemente do que pode vir a acontecer em um recurso, não poderá simplesmente substituir a decisão do árbitro, mas tão-somente decidir pela validade ou não da decisão proferida, podendo apenas, a depender da situação, determinar que outra decisão seja proferida, sendo possível, a depender do vício, que efetivamente nem exista o que se falar em outra decisão arbitral, como, por exemplo, no caso do vício ser justamente na vontade em realizar a convenção de arbitragem, situação na qual, decretada a nulidade, qualquer interessado poderá procurar o Poder Judiciário novamente para solucionar a avença inicialmente existente.

Desse modo, uma ação buscando a nulidade de um procedimento arbitral em nada se assemelha a um recurso, uma vez que a parte envolvida não pode se utilizar do referido expediente por mero inconformismo com o que foi decidido, sendo por isso que, ainda neste capítulo, abordaremos a questão da nulidade um procedimento arbitral por meio de um tópico próprio (2.12.1).

No mais, o Tribunal de Constitucional de Portugal possui o entendimento de que em toda arbitragem seria cabível o recurso previsto no artigo 280, 1, da Constituição Portuguesa¹⁵⁷⁴, uma vez

¹⁵⁷¹ROCHA, Joaquim Freitas da - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>. No mesmo sentido CLÁUDIA SOFIA MELO FIGUEIRAS afirma que ter dúvidas da constitucionalidade de uma limitação excessiva dos recursos nos procedimentos arbitrais. Cf. FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*, Coimbra: Almedina, 2020.p.345.

¹⁵⁷²BALDÉ, Alassana Gihad Medonça - *Notas acerca do recurso e da intervenção do Ministério Público na arbitragem administrativa*, Disponível em http://www.icjp.pt/sites/def.ault/files/papers/notas_acerca_do_recurso_e_intervencao_do_ministerio_publico_na_arbitragem_administrativa_capa.pdf. pp.1-18. p.7.

¹⁵⁷³CARAMELO, António Sampaio - *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora. 2013. p.290/291.

que essa última afirma o cabimento do recurso em questão das “decisões dos tribunais” sem especificar que tribunais estariam incluídos, o que, no entendimento da Corte Máxima Portuguesa, incluiriam todos os tribunais, inclusive os tribunais arbitrais¹⁵⁷⁵. Assim, adequando à legislação ao entendimento do referido tribunal, a Lei Portuguesa 118/2019, de 17 de setembro de 2019, passou a prever expressamente a possibilidade de recurso da decisão arbitral para o Tribunal Constitucional no caso de inconstitucionalidade e para o Supremo Tribunal Administrativo em situações excepcionais¹⁵⁷⁶. Além disso, o mesmo dispositivo legal foi alterado recentemente pela Lei 30/2021 para prever recurso nas arbitragens administrativas para o Tribunal Central Administrativo nas matérias nas quais caiba recurso para os Tribunais de Relação¹⁵⁷⁷, sem prejuízo dos recursos para o Tribunal Constitucional e para o Supremo Tribunal Administrativo na esteira do entendimento da Suprema Corte Portuguesa.

Além disso, a partir do momento em que cabe recurso para o Tribunal Administrativo, também cabe em Portugal o Recurso de Revista, que também é um recurso para situações excepcionais para situações de grande relevância jurídica e social¹⁵⁷⁸.

Outrossim, existem autores defendendo a possibilidade do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso do Tribunal Arbitral analisar questões envolvendo a interpretação dos tratados da União Europeia ou analisar a validade e interpretação dos atos praticados por entes integrantes da própria União Europeia¹⁵⁷⁹, tal como expressamente se permitiu no caso Vassan-Göbels na longínqua década de sessenta¹⁵⁸⁰, bem como no caso Danfoss em 1989¹⁵⁸¹, porém não se aceitou no caso Nordesse e Denuit et Cordenier em 1982¹⁵⁸². Frise-se que o entendimento do cabimento do reenvio prejudicial é totalmente razoável tendo em vista que o Tratado de Funcionamento da União

¹⁵⁷⁵Constituição Portuguesa de 1976. Artigo 280, 1: Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

¹⁵⁷⁶BALDÉ, Alassana Gihad Medonça - *Notas acerca do recurso e da intervenção do Ministério Público na arbitragem administrativa*, Disponível em http://www.icjp.pt/sites/def.ault/files/papers/notas_acerca_do_recurso_e_intervencao_do_ministerio_publico_na_arbitragem_administrativa_capa.pdf. pp.1-18. p.11.

¹⁵⁷⁷Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) com redação dada pela Lei Portuguesa 118/2019: Artigo 185.º-A. Impugnação e recurso das decisões arbitrais 2 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que reca aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. 3 - A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Supremo Tribunal Administrativo: a) Quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo; b) Quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, nos termos do artigo 150.º.

¹⁵⁷⁸Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) com redação dada pela Lei Portuguesa 30/2021: Artigo 186.º2 - As decisões proferidas por tribunal arbitral também podem ser objecto de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos moldes em que a lei sobre arbitragem voluntária prevê o recurso para o tribunal de relação, quando o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade.

¹⁵⁷⁹Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos): 1 - Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excepcionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

¹⁵⁸⁰FERREIRA, Rogério Fernandes - Arbitragem tributária em Portugal: perspectiva de um advogado. In. VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.171-186. p.177.

¹⁵⁸¹ABECASIS, Duarte; FREITAS, Vilhena Lourenço - O anteprojecto CPTA em sede de arbitragem e o recurso à equidade e à lei estrangeira. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 36-45. p.43.

¹⁵⁸²*Idem, ibidem*.44.

¹⁵⁸³*Idem, ibidem*.44.

Europeia fala em cabimento dele da decisão de “qualquer órgão jurisdicional”¹⁵⁸³ e, conforme visto no tópico 2.9.3, defendemos a natureza jurídica de jurisdição da arbitragem.

Seguindo o mesmo raciocínio dos autores mencionados nos parágrafos anteriores, GABRIELA CARVALHO defende que cabe no Brasil o ajuizamento da Reclamação Constitucional das decisões dos árbitros desrespeitando¹⁵⁸⁴ a competência do Superior Tribunal de Justiça-STJ¹⁵⁸⁵ e do Supremo Tribunal Federal-STF¹⁵⁸⁶. Apesar de não existir entendimento consolidado nesse sentido, nos parece assistir razão à referida autora tendo em vista que a Reclamação Constitucional tem natureza jurídica de ação autônoma.

Ademais, MANUEL PEREIRA BARROCAS defende, com base na autonomia das partes, a possibilidade da criação de outra instância arbitral, o que permitiria às partes recorrer da decisão do árbitro para um segundo tribunal arbitral¹⁵⁸⁷.

Nos parece, no entanto, que a proposta acima de PEREIRA BARROCAS é de difícil viabilidade prática devido ao fato de tornar necessária a criação de um tribunal arbitral que poderia sequer ser acionado. Poderia se pensar no referido tribunal só ser criado no momento de julgar o recurso, porém essa situação também causaria transtornos, pois haveria a necessidade de se criar um tribunal quando já existisse uma sentença arbitral. Desse modo, entendemos não ser razoável a criação de instâncias arbitrais recursais tal como afirmado no primeiro parágrafo do presente tópico.

De qualquer forma, também no Brasil existem autores defendendo a referida possibilidade, tal como lembra BRUNO LOPES MEGNA, ao afirmar não existir impedimento no Brasil (assim como nem em Portugal) para que sejam instituídas instâncias recursais dentro da própria opção pela arbitragem¹⁵⁸⁸, ou seja, para o referido autor é possível que as partes optem pela possibilidade de a decisão de um árbitro vir a ser confirmada por uma corte colegiada também arbitral. Entretanto, na situação em testilha não haverá o que se falar em recurso ao Poder Judiciário. No mais, tal como dito no começo do presente tópico, não nos parece que a referida possibilidade está em consonância com a essência do procedimento arbitral, tanto no que diz respeito à questão da confiabilidade como no respeitante à própria busca por celeridade.

¹⁵⁸³Tratado de Funcionamento da União Europeia. Artigo 267º O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza **seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros**, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. (Grifos Nossos).

¹⁵⁸⁴CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p.135.

¹⁵⁸⁵Constituição Brasileira de 1988: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

¹⁵⁸⁶Constituição Brasileira de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

¹⁵⁸⁷BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.519.

¹⁵⁸⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.253/255.

Por fim, PEDRO GONÇALVES frisa que na arbitragem necessária urge a necessidade de recurso para que não seja vedado o acesso à jurisdição estatal¹⁵⁸⁹. O referido entendimento nos parece razoável, pois, ainda que nossa posição seja no sentido de que a recorribilidade não está em consonância com a essência da arbitragem, a obrigatoriedade do uso da arbitragem também não está, o que torna, assim, a possibilidade de recurso na mesma uma medida interessante.

2.11 Exemplos de instituições que prestam arbitragem no Brasil em Portugal

No Brasil, a instituição pioneira na prestação da arbitragem é o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), que foi fundado no ano de 1979, antes mesmo da criação da atual lei de arbitragem brasileira, que se deu apenas em 1996. O referido centro só no ano de 2017, ano no qual iniciamos o doutoramento, realizou 141 procedimentos de arbitragem, sendo a responsável pela Arbitragem envolvendo a Arena Pernambuco, que é uma Parceria Pública-Privada com a presença do Estado de Pernambuco¹⁵⁹⁰, onde possuímos nossa residência no Brasil¹⁵⁹¹ e que foi sede da Copa do Mundo de 2014.

Em Portugal, existe o Centro de Arbitragem Comercial, que é ligado à Câmara de Comércio de Portugal e que também foi a primeira instituição de arbitragem criada em Portugal no ano de 1986, sendo, ainda, o centro de arbitragem português que mais realizou arbitragem ao longo de toda a história¹⁵⁹².

No que tange especificamente as arbitragens realizadas com a presença do Poder Público, em Portugal existe o CAAD-Centro de Arbitragem Administrativa, criado por meio do Despacho n.º 5097/2009 do Secretário do Estado da Justiça de Portugal, que originalmente possuía a seguinte função:

Resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, através de informação, mediação, conciliação ou arbitragem, nos termos definidos pelo seu Regulamento e que por lei especial não estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária¹⁵⁹³.

Alguns anos após a sua criação, por meio do Despacho n.º 5880/2018 da Secretária do Estado da Justiça de Portugal, o CAAD teve suas atribuições ampliadas para apreciar os litígios que

¹⁵⁸⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.573.

¹⁵⁹⁰Fonte:<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cacbc/>

¹⁵⁹¹Tentamos obter informações para análise de caso acerca da dita arbitragem, mas, infelizmente, não obtivemos sucesso.

¹⁵⁹²Fonte:https://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=104&lang=pt

¹⁵⁹³Fonte:https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/despacho_5097-2009.pdf.

“tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas que nos termos da lei possam ser submetidas a arbitragem institucionalizada”¹⁵⁹⁴.

Desse modo, o referido centro de Arbitragem tem como principal função viabilizar a resolução de conflitos extrajudiciais, principalmente por meio da arbitragem que tenham a presença do Poder Público Português, estando situado em Lisboa e sendo presidido na atualidade por NUNO VILLA-LOBOS¹⁵⁹⁵.

O CAAD tem a sua importância reconhecida pela doutrina portuguesa especializada, tal como é caso de MANUEL PEREIRA BARROCAS, ao afirmar que o referido centro abriu as portas para a institucionalização da arbitragem em Portugal¹⁵⁹⁶, existindo o reconhecimento também do próprio Poder Público, tal como é o caso de PAULA TEIXEIRA DA CRUZ, que, então na condição de Ministra da Justiça, enalteceu o sucesso do CAAD, inclusive lembrando ser o referido centro de arbitragem o único que funciona sobre a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos Fiscais, a quem cabe a nomeação do presidente do Conselho Deontológico¹⁵⁹⁷.

No mais, JORGE ANDRADE DA SILVA menciona mais sete entidades que possuem competência para a arbitragem pública em Portugal, algumas delas vinculadas a universidades, como o Centro de Arbitragem da Universidade Autónoma de Lisboa e o Centro de Arbitragem da Universidade Católica Portuguesa¹⁵⁹⁸.

No mais, existem diversas outras instituições privadas que realizam ou intermediam arbitragem no Brasil ou em Portugal, seja no âmbito local seja no âmbito regional, algumas com muita credibilidade, outras não muito confiáveis, o que se exige muita atenção e cuidado por parte de quem opta pela arbitragem, pois, conforme já mencionado nesta tese de doutoramento, algumas dessas instituições usam símbolos que muito se assemelham aos do Poder Público, o que pode gerar confusão, principalmente para as pessoas menos instruídas.

Outrossim, o excesso de centros arbitrais é uma realidade preocupante, pois acaba diminuindo a credibilidade da própria arbitragem e gerando uma fuga para os tribunais do Estado.

2.12 Procedimento da arbitragem no Brasil e em Portugal

Respeitando as delimitações legais, tanto no Brasil como em Portugal as próprias partes podem estipular o procedimento a ser seguido pelo responsável por proferir a decisão arbitral.

¹⁵⁹⁴Fonte:https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/despacho_5880-2018.pdf.

¹⁵⁹⁵No dia 05 de julho de 2019, como parte das investigações decorrentes dos estudos doutorais, visitamos o CAAD em Lisboa e fomos recebidos pela assessoria do presidente Nuno Villa-Lobos, oportunidade na qual conhecemos a instalação do Centro e tivemos acesso a todo o acervo da sua biblioteca especializada.

¹⁵⁹⁶BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.135.

¹⁵⁹⁷CRUZ, Paula Teixeira - O papel da arbitragem no contexto da reforma do contencioso administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp 6-10. p.10.

¹⁵⁹⁸SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.924.

Existe, no entanto, a possibilidade de as partes não definirem qual é o procedimento que deve vir a ser adotado, o que não pode impedir a vontade das partes de se utilizarem da arbitragem, bem como o direito de qualquer um dos litigantes exigir que se cumpra a opção pela arbitragem.

Desse modo, o primeiro passo para uma arbitragem, assim como mencionado no tópico 2.9.7, é a existência de uma convenção de arbitragem, seja uma cláusula compromissória seja um compromisso arbitral. Existindo uma cláusula compromissória, é possível que a arbitragem nunca venha a existir, uma vez que o contrato pode ser cumprido pelas partes até o seu termo sem que venha a acontecer qualquer conflito. Entretanto, caso venha a surgir uma desavença no decorrer da relação, qualquer das partes poderá vir a exigir o cumprimento do que foi pactuado, ainda que por meio do Poder Judiciário, o mesmo acontecendo quando, diante de um litígio já existente, as partes optarem por realizar um compromisso arbitral.

Definida a solução do conflito pela arbitragem, deverá ser definido quem vai ser o árbitro ou qual vai ser a entidade arbitral responsável por resolver o litígio. É possível que a própria convenção de arbitragem, conforme já foi cá exposto, preveja quem vai ser o árbitro. Não sendo o caso, as partes decidirão em comum acordo quem será o responsável pelo julgamento arbitral. Caso também não se chegue a um consenso na escolha do árbitro, qualquer um dos envolvidos poderá recorrer ao Poder Judiciário para definir quem será o responsável pelo julgamento arbitral, tal como expressamente permite a legislação portuguesa¹⁵⁹⁹, situação na qual o juiz togado deverá tomar todas as cautelas para respeitar a vontade das partes e para escolher um árbitro independente e imparcial.

No caso, o Poder Judiciário não poderá resolver o litígio inicial, pois as partes já optaram previamente pela resolução por meio da arbitragem, resumindo-se a atuação do juiz togado tão-somente a definir quem será o árbitro do caso nos termos da lei e da convenção de arbitragem.

De qualquer forma, a situação acima também pode acabar vindo por ferir o espírito da arbitragem, já que a opção pela mesma se dá justamente para evitar a resolução dos conflitos por intermédio dos tribunais estatais¹⁶⁰⁰. Inclusive, nesses casos a arbitragem acaba por não atingir uma de suas vantagens mais importantes para a sociedade como um todo, que é a de desafogar o Poder Judiciário. Além disso, existe a possibilidade de as partes acabarem se deparando com um julgamento a ser realizado por uma pessoa que não seja de confiança de nenhum dos envolvidos. Assim, o ideal é na opção pelo procedimento arbitral ser realizada já com a escolha da pessoa responsável por exercer

¹⁵⁹⁹Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): 6 - Quando nomear um árbitro, o tribunal estadual competente tem em conta as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar e tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; tratando-se de arbitragem internacional, ao nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, o tribunal tem também em consideração a possível conveniência da nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente das partes.

¹⁶⁰⁰TAQUELA, Maria Balca Noodt - *Arbitrage Internacional em el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p.79.

a função de árbitro ou, ao menos, com a escolha da entidade responsável por gerir o procedimento arbitral

Decidido quem vai ser o árbitro, este último deverá iniciar o processo arbitral conforme as regras estabelecidas pelas próprias partes na convenção de arbitragem ou no termo arbitral, podendo, também conforme mencionado acima, as partes remeterem às regras para as de alguma instituição arbitral já existente. Inexistindo previsão nesse sentido, caberá tanto no Brasil como em Portugal ao próprio árbitro decidir qual é o procedimento a ser adotado¹⁶⁰¹, respeitando, naturalmente, os princípios do contraditório¹⁶⁰² e da ampla defesa, devendo necessariamente ser realizada, sob pena de nulidade a ser declarada a pedido de qualquer das partes pelo Poder Judiciário, uma instrução probatória com a possibilidade de juntada de documentação, realização de perícia técnica, escuta das partes envolvidas e das testemunhas. Além disso, em Portugal deverão ser respeitados os procedimentos previstos na Lei de Arbitragem Voluntária, como o início por meio de petição inicial, seguido de prazo para contestação¹⁶⁰³.

Em relação à prova testemunhal, é possível que alguma testemunha resida em outra comarca, situação na qual o árbitro, diferentemente de um magistrado togado, poderá se deslocar até o local onde a testemunha resida ou, ainda, poderá solicitar ao Poder Judiciário do local da residência da testemunha a escuta dela, podendo, ainda, o árbitro optar pelo uso dos meios eletrônicos de comunicação¹⁶⁰⁴.

Além disso, naturalmente, as partes poderão constituir advogado para os assistir no decorrer do processo arbitral, sendo essa opção, no entanto, uma faculdade e um direito das partes¹⁶⁰⁵. Uma faculdade porque, diante o princípio da informalidade que rege o processo arbitral, as partes podem optar por não constituir um advogado; um direito porque, em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o processo arbitral será nulo caso seja negada à parte o direito de constituir um advogado.

¹⁶⁰¹Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.6°. Todas as referências feitas na presente lei ao estipulado na convenção de arbitragem ou ao acordo entre as partes abrangem não apenas o que as partes aí regulem directamente, mas também o disposto em regulamentos de arbitragem para os quais as partes hajam remetido. Art.30°. 2-As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei. 3- Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente. Lei Brasileira 9307/96(Lei de Arbitragem Brasileira): Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

¹⁶⁰²LIMA, Sérgio Mourão Corrêa - *Arbitragem: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.23

¹⁶⁰³Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal): Artigo 33.º Início do processo; petição e contestação. 1 - Salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a determinado litígio tem início na data em que o pedido de submissão desse litígio a arbitragem é recebido pelo emandado. 2 - Nos prazos convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal arbitral, o demandante apresenta a sua petição, em que enuncia o seu pedido e os factos em que este se baseia, e o demandado apresenta a sua contestação, em que explana a sua defesa relativamente àqueles, salvo se tiver sido outra a convenção das partes quanto aos elementos a figurar naquelas peças escritas. As partes podem fazer acompanhar as referidas peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes e mencionar nelas documentos ou outros meios de prova que venham a apresentar.

¹⁶⁰⁴JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2018. p.179.

Ao término da instrução, caberá ao árbitro ou aos árbitros decidirem por meio de uma sentença arbitral, que, em Portugal, assim como já mencionado, só será, como regra, recorrível ao Poder Judiciário local caso as partes tenham previsto essa possibilidade e, mesmo nessa hipótese, o recurso só será cabível no caso de a arbitragem não ter sido decidida por equidade ou após homologação de acordo realizado pelas partes¹⁶⁰⁶. Outrossim, conforme visto no tópico 2.10.4, nas causas envolvendo o Poder Público e que estejam acima de €500.000(quinzentos mil euros), o recurso em Portugal na arbitragem será obrigatório.

Mesmo havendo recurso ao tribunal local o árbitro já cumpriu o seu papel, com a arbitragem efetivamente terminando, porém sob condição resolutiva de ser confirmada pelo Poder Judiciário. Desse modo, apesar de já ter findado a função do árbitro, a sentença arbitral ainda não pode ser executada caso haja recurso, sendo necessário esperar o resultado do recurso interposto. Por outro lado, caso as partes não tenham optado pela possibilidade de recorrer, a decisão arbitral já se torna de imediato um título executivo de imediato.

Já no Brasil, conforme também já exposto no tópico 2.10.4, a sentença arbitral não será passível de recurso, nem por vontade das partes, só podendo existir um pedido de esclarecimento.¹⁶⁰⁷ Desse modo, com a prolação da sentença arbitral no Brasil, ou após o resultado do pedido de esclarecimento da mesma pelo próprio árbitro ou tribunal arbitral, o processo arbitral é encerrado e já existe um título executivo.

Conforme já ficou claro no decorrer da presente tese, ainda que no Brasil a decisão arbitral não seja passível de recurso para o tribunal local e mesmo que em Portugal as partes optem pela sentença arbitral irrecurável, não há o que se falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não só porque foram as próprias partes envolvidas que em algum momento optaram pela resolução por meio da arbitragem, como também porque o Poder Judiciário pode vir a ser acionado por qualquer dos envolvidos durante todo o procedimento arbitral, seja para obrigar quaisquer das partes a se submeter à arbitragem nos termos de convenção arbitral previamente pactuada; seja para definir quem vai ser o árbitro no caso de inexistência de pactuação nesse sentido; ou também para resolver qualquer nulidade existente no decorrer do procedimento arbitral, tenha ela sido causada pelas próprias partes ou tenha a nulidade sido causada pelo próprio árbitro. Nesse sentido, a Lei de

¹⁶⁰⁶Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.39°. 4- A sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, só é susceptível de recurso para o tribunal estadual competente no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável.

¹⁶⁰⁷Lei Brasileira 9307/96(Lei da Arbitragem Brasileira). Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão

Arbitragem Voluntária em Portugal traz um capítulo próprio intitulado de “Dos tribunais estaduais competentes”¹⁶⁰⁸.

Outrossim, percebendo estar diante de uma matéria que foge da sua alçada, o próprio árbitro pode instar o Poder Judiciário a se pronunciar.

Nesse diapasão, SÍLVIO DE SALVO VENOSA, analisando a legislação brasileira, traz outra hipótese na qual o Poder Judiciário poderá ser instado, pelas partes ou pelo próprio árbitro, qual seja: quando surgir uma questão incidental que envolva um direito indisponível, como, por exemplo, um reconhecimento de paternidade, situação na qual a discussão incidental deverá ser levada ao Poder Judiciário e o processo arbitral deverá ser suspenso para esperar o resultado da decisão do juiz togado¹⁶⁰⁹.

Visando facilitar o diálogo entre o árbitro e o Poder Judiciário, conforme alteração realizada em 2015, a Lei de Arbitragem Brasileira prevê a chamada “carta arbitral”, que serve justamente para o próprio árbitro solicitar ao Poder Judiciário a tomada de alguma decisão que fuja da competência do juízo arbitral¹⁶¹⁰.

Desse modo, existem autores que afirmam que nunca haverá uma total independência do árbitro perante o Poder Judiciário¹⁶¹¹. Entretanto, entendemos que a independência existe, uma vez o árbitro agir sem precisar de autorização judicial, ainda que o seu ato possa vir a ser anulado judicialmente em um segundo momento caso seja praticado com algum vício, existindo, em verdade, uma relação de coordenação entre o árbitro e o Poder Judiciário¹⁶¹², tratando-se, assim, de uma cooperação¹⁶¹³ ou, ainda, um verdadeiro papel de assistência do Poder Judiciário em relação ao árbitro, tal como afirmam ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANT¹⁶¹⁴, em posição a qual concordamos.

Entendemos, inclusive, conforme será visto no próximo capítulo, que o árbitro tem independência até mesmo das próprias pessoas que o nomearam para o exercício de suas funções.

¹⁶⁰⁸Lei Portuguesa 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal): Artigo 59.º. Dos tribunais estaduais competentes. 1 - Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre: a) A nomeação de árbitros que não tenham sido nomeados pelas partes ou por terceiros a que aquelas hajam cometido esse encargo, de acordo com o previsto nos n.os 3, 4 e 5 do artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 11.º; b) A recusa que haja sido deduzida, ao abrigo do n.º 2 do artigo 14.º, contra um árbitro que a não tenha aceite, no caso de considerar justificada a recusa; c) A destituição de um árbitro, requerida ao abrigo do n.º 1 do artigo 15.º; d) A redução do montante dos honorários ou despesas fixadas pelos árbitros, ao abrigo do n.º 3 do artigo 17.º; e) O recurso da sentença arbitral, quando este tenha sido convencionado ao abrigo do n.º 4 do artigo 39.º; f) A impugnação da decisão interlocutória proferida pelo tribunal arbitral sobre a sua própria competência, de acordo com o n.º 9 do artigo 18.º; g) A impugnação da sentença final proferida pelo tribunal arbitral, de acordo com o artigo 46.º; h) O reconhecimento de sentença arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro.

¹⁶⁰⁹VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.623.

¹⁶¹⁰Lei Brasileira 9307/96(Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. [Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015].

¹⁶¹¹RECHSTEINER, Beat Walter - *Arbitragem Internacional Privada no Brasil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.117.

¹⁶¹²JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.175.

¹⁶¹³CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*,7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.138.

¹⁶¹⁴MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.73.

No mais, conforme já dito no tópico 2.9.3, o procedimento arbitral é apenas um processo de conhecimento, o que traz a possibilidade de, caso não exista cumprimento espontâneo do que foi decidido, novamente o Poder Judiciário vir a ser instado para coercitivamente cumprir o decidido. Outrossim, o Poder Judiciário poderá ser chamado para obrigar as partes a se submeterem ao próprio procedimento arbitral caso alguns dos envolvidos se negue a cumprir o que foi previamente pactuado.

De qualquer forma, da mesma forma na qual optaram em comum acordo pela arbitragem, as partes também podem em comum acordo abrirem mão de resolver a demanda por intermédio da arbitragem, ainda que já existente um litígio, desde que, naturalmente, ainda não haja um julgamento tal como expressamente prevê a legislação portuguesa¹⁶¹⁵ e desde que não se trate da chamada arbitragem judicial, que se dá quando as partes, em comum acordo, já extinguem um processo existente porque no decorrer desse último firmaram uma convenção de arbitragem. Nesse caso, como afirma FRANCISCO JOSÉ CAHALI, as partes só poderão romper a convenção de arbitragem caso proponham outro processo judicial com esse objetivo¹⁶¹⁶.

Enfim, com a formalização da desistência da arbitragem, seja pela via contratual seja pela via judicial, qualquer das partes envolvidas no litígio pode instar o Poder Judiciário a resolver a avença. No entanto, a referida desistência deve ser realizada pela mesma forma na qual tenha se optado pelo procedimento arbitral, em virtude do princípio do paralelismo das formas.

2.12.1 Do pedido de nulidade

A possibilidade objeto do presente tópico se dá quando uma das partes entra com uma ação perante o Poder Judiciário alegando um vício e pedindo a nulidade da decisão arbitral.

A questão em testilha é extremamente importante, uma vez que, tal como um processo estatal não pode ser eivado de vício, no processo arbitral a cautela deve ser ainda maior devido ao fato de se tratar de um procedimento de ordem privada no qual uma pessoa realiza a mesma atividade-fim de um poder do Estado, sendo por essa razão que o direito de impugnar uma decisão arbitral por meio de uma ação anulatória é um direito irrenunciável das partes envolvidas¹⁶¹⁷.

No mais, conforme já ficou claro no decorrer desta tese de doutoramento, a possibilidade de o Poder Judiciário declarar algum vício existente nos procedimentos arbitrais é uma das questões que corroboram com o nosso entendimento de não existir ofensa ao princípio do acesso à jurisdição

¹⁶¹⁵Lei Portuguesa 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal): 2 - A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral.

¹⁶¹⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.198.

¹⁶¹⁷MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.395

quando as partes preferem resolver um conflito por intermédio da arbitragem, o que torna o presente ponto extremamente importante especificamente para o estudo em testilha.

No mesmo sentido acima mencionado, MARIANA FRANÇA GOUVEIA afirma que a possibilidade de o Poder Judiciário anular uma sentença arbitral em decorrência da existência um vício é questão essencial para equiparar os efeitos da sentença arbitral aos efeitos da sentença judicial¹⁶¹⁸.

De fato, concordamos com o último entendimento justamente porque um procedimento arbitral só pode ser considerado válido e eficaz caso aconteça sem qualquer vício desde a sua origem até a decisão final, cabendo ao Poder Judiciário, caso instado pelas partes, apreciar a existência de qualquer nulidade.

A legislação brasileira prevê as hipóteses na qual se pode pedir a nulidade da decisão arbitral¹⁶¹⁹, o mesmo acontecendo com a legislação portuguesa¹⁶²⁰, tendo em vista que a ação de nulidade não pode se dar apenas por inconformismo ou por um mero erro de Direito¹⁶²¹.

Entretanto, mesmo se adotando o entendimento de que as referidas hipóteses são taxativas, as legislações brasileiras e portuguesas são muito amplas, permitindo a nulidade, por exemplo, na existência de algum vício no momento de escolher pelo procedimento arbitral ou, ainda, quando o árbitro agir além do limite da convenção de arbitragem.

De qualquer forma, é possível que se defenda, tal como faz LUÍS DE LIMA PINHEIRO, que as hipóteses previstas em lei de anulação da arbitragem sejam ampliadas, uma vez que a arbitragem tem um fundamento contratual, o que faz a existência de algum vício na feitura da convenção de arbitragem implicar na nulidade desta última¹⁶²².

¹⁶¹⁸GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018,p.295.

¹⁶¹⁹Lei Brasileira 9307/96 (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015).II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹⁶²⁰Lei Portuguesa: 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa). Artigo 46.º Pedido de anulação.3-A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) A parte que faz o pedido demonstrar que: i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou ii) Houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio; ou iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; ou iv) A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio; ou v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos nos n.os 1 e 3 do artigo 42.º; ou vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43.º ; ou b) O tribunal verificar que: i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português; ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

¹⁶²¹MUNIZ, Joaquim. Confidencialidade vs. Publicidade – Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 27/04/2021.

¹⁶²²PINHEIRO, Luís Lima - *A arbitragem transaccional: a determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2005.p.173-174.

Entendemos que deve ser dada uma interpretação ampliativa aos casos de nulidade previstos nas leis brasileira e portuguesa justamente porque a opção pela arbitragem afasta a possibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário.

No mais, no caso da interposição da ação judicial de nulidade, a decisão arbitral, como regra, não perde sua eficácia, não deixando de ser um título executivo judicial, salvo se na ação judicial for concedida uma liminar pelo juiz togado suspendendo o cumprimento do decidido na arbitragem.

Entretanto, caso não haja concessão de liminar, a parte vencedora da arbitragem poderá, caso também não haja cumprimento espontâneo, executar a sentença arbitral perante o próprio Poder Judiciário por meio de um procedimento de execução de título executivo judicial. No entanto, caso a parte vencida entre com uma ação judicial visando anular o procedimento arbitral, dificilmente haverá o cumprimento espontâneo da decisão do árbitro.

Desse modo, com o ajuizamento de uma ação para anular o procedimento da arbitragem na qual o juiz togado não conceda a liminar, poderão vir a existir dois processos perante o Poder Judiciário com as mesmas partes envolvidas: um de conhecimento, buscando a nulidade do processo arbitral; outro de execução, buscando o cumprimento da decisão já proferida árbitro e que não foi suspensa judicialmente.

No mais, LUIS ANTÔNIO SCAVONE JUNIOR afirma, analisando especificamente a legislação brasileira, que o pedido de nulidade só pode ser realizado ao final do procedimento arbitral¹⁶²³.

Entretanto, não concordamos com o entendimento do referido autor, pois a legislação brasileira afirma que a nulidade deve ser realizada na primeira oportunidade após iniciado o procedimento arbitral e não após finalizado o mesmo por meio da sentença¹⁶²⁴. Desse modo, nos parece que, existindo alguma nulidade no decorrer do procedimento arbitral, ela deve ser arguida na primeira oportunidade, até como forma de respeitar o princípio da razoável duração do processo, que no Brasil tem força de direito fundamental expressamente previsto na Constituição¹⁶²⁵.

A Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, por outro lado, expressamente fala em nulidade da sentença arbitral, o que realmente pode levar a crer que a nulidade só vai ser arguida após o ato final do procedimento arbitral, que é justamente a sentença proferida pelo árbitro.

¹⁶²³JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.242.

¹⁶²⁴Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira). Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

¹⁶²⁵Constituição Brasileira de 1988: TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I. DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Entretanto, entendemos nada impedir também em Portugal que uma nulidade ocorrida antes da sentença seja arguida de imediato, sendo até mesmo recomendável a adoção desse procedimento para se evitar a prática desnecessária de novos atos eivados de nulidade por contaminação.

Desse modo, urge a necessidade de ser dada uma interpretação extensiva ao dispositivo legal da legislação portuguesa que fala em “sentença arbitral”, ampliando a possibilidade de nulidade para toda a espécie de decisão proferida pelo árbitro, bem como para todo ato praticado no decorrer de uma arbitragem realizada em solo Português e que tenha algum vício, uma vez que não se pode concordar com a persistência de atos ilegais, além do fato de que esperar até o momento da sentença para se fazer o pedido de nulidade também é uma situação passível de causar atrasos injustificáveis e desnecessários aos procedimentos arbitrais, o que pode fulminar uma das vantagens almejada pelos optantes em resolver os seus conflitos por intermédio da arbitragem, qual seja: a celeridade, como regra, do procedimento em testilha.

No mais, diante uma nulidade, caberá ao Poder Judiciário, caso seja instado pelas partes em face do princípio da inércia, apenas declarar a nulidade do ato praticado com vício e os dos posteriores, com o processo arbitral retornando para o momento no qual houve a prática do ato viciado, não podendo o juiz togado adentrar no mérito do conflito, tendo em vista que as partes já optaram previamente que a questão meritória seja resolvida por meio do procedimento arbitral, o que faz a nulidade da sentença arbitral não implicar necessariamente na nulidade da cláusula compromissória¹⁶²⁶, salvo se a nulidade for justamente um vício de vontade ou de forma na hora de firmar essa última. Assim, a decisão do Poder Judiciário não poderá ser simplesmente para reformar o que foi decidido pelo árbitro em virtude do mero inconformismo da parte com o que foi decidido.

No mais, GUILHERME RECENA COSTA, em tese de doutoramento sobre a arbitragem, defende, em posição na qual concordamos, a possibilidade excepcional de um terceiro pedir a nulidade da sentença arbitral no caso em que essa última decorre de uma colusão ou um dolo entre as partes¹⁶²⁷. Assim, em um primeiro momento, apenas as partes que convencionaram a arbitragem poderiam pedir a sua nulidade, porém, caso a convenção de arbitragem tenha sido realizada de forma simulada com o intuito de prejudicar uma terceira pessoa, essa última poderá, comprovando o seu legítimo interesse, entrar com uma ação anulatória perante o Poder Judiciário, possibilidade extremamente importante nas lides com a presença do Poder Público, tal como será aprofundado no capítulo subsequente.

Além da possibilidade mencionada no parágrafo anterior, vislumbramos outras situações nas quais seria possível um terceiro pedir a referida nulidade do procedimento arbitral, como, por exemplo,

¹⁶²⁶VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005. p.611.

¹⁶²⁷COSTA, Guilherme Recena - *Partes e Terceiros na Arbitragem*, 2015, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.p.251.

quando o objeto do julgamento for um bem no qual se exija a outorga uxória para a sua disposição e a convenção de arbitragem for realizada sem a referida outorga, situação na qual o cônjuge interessado também poderá pedir a nulidade da sentença arbitral decorrente da referida convenção.

Outro exemplo, também a ser aprofundado no próximo capítulo, seria o caso no qual o Poder Público firma uma convenção de arbitragem, mas o faz sem ser por meio da autoridade competente, situação na qual também poderá haver a nulidade da sentença arbitral em uma ação ajuizada pelo próprio Poder Público ou até mesmo em uma ação coletiva ajuizada por alguns dos legitimados legais. Igualmente, caso uma pessoa incapaz firme um compromisso arbitral sem a assistência do seu representante legal, esse último também poderá adentrar com uma ação judicial pedindo a nulidade do procedimento arbitral.

No mais, a permissão para se entrar com ação de nulidade do procedimento arbitral pode ser vista como algo passível de atrasar a decisão do litígio cuja solução foi confiada a um árbitro, porém entendemos que, em verdade, a dita possibilidade legitima o próprio instituto da arbitragem ao deixar clara a inexistência de ofensa ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, conforme já mencionado neste mesmo capítulo.

Além disso, a arbitragem para ser efetivamente eficaz deve transcorrer sem qualquer vício, principalmente sem qualquer vício de vontade, sendo uma das principais essências do procedimento arbitral justamente o desejo das partes envolvidas em repassar para um árbitro o poder de resolver um conflito.

Desse modo, entendemos ser importante a existência da previsão legal para o ajuizamento da ação de nulidade do procedimento arbitral, desde que, naturalmente, o uso da referida ação não se torne algo trivial, não sendo possível permitir a sua utilização em decorrência de mero inconformismo das partes com a decisão proferida pelo árbitro, ou seja, não se pode permitir que a ação de nulidade em testilha se torne um mero sucedâneo recursal.

No mais, LUIZ FERNANDO GUILHERME afirma que o juiz pode anular o procedimento arbitral de forma total ou parcial¹⁶²⁸. Concordamos com o referido autor, porém fazemos uma ressalva: no caso não se trata de uma faculdade de juiz togado anular parcialmente o procedimento e sim uma obrigação de preservar os atos antecedentes ao momento da nulidade e que não foram atingidos pela mesma, não sendo razoável a fulminação de atos não contaminados por qualquer vício.

Naturalmente, caso se trate de uma nulidade existente desde o início, como, por exemplo, uma nulidade na própria opção pelo procedimento arbitral, todos os atos praticados na arbitragem deverão

¹⁶²⁸GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.184.

ser anulados. Porém, caso se trate de uma nulidade apenas de um ato específico no decorrer do procedimento, só deverá ser decretada a nulidade do mesmo e dos atos posteriores que tenham sido contaminados pela dita nulidade em decorrência da teoria dos frutos da árvore envenenada¹⁶²⁹, devendo existir a preservação dos atos não atingidos pela nulidade, até mesmo por uma questão de economia de atos processuais, que no caso da arbitragem tem uma importância alargada devido ao fato de uma das vantagens buscadas na arbitragem ser justamente a celeridade do procedimento em comparação aos feitos julgados pelo Poder Judiciário.

No mais, questão tormentosa se dá em relação à nulidade por ausência de competência do árbitro para apreciar a matéria. No Brasil, a lei de arbitragem diz expressamente caber ao próprio árbitro definir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem¹⁶³⁰, cabendo ao mesmo então definir a sua competência, conforme expressamente também afirma o Código de Processo Civil-CPC Brasileiro¹⁶³¹, é o chamado princípio da competência-competência (“kompetenz-kompetenz”), de origem Alemã¹⁶³², o que, em tese, pode limitar a possibilidade de um juiz togado anular a arbitragem por considerar o árbitro incompetente, pois, como afirma CARLOS ALBERTO SALLES, a decisão do árbitro sobre a sua competência deve gerar a extinção de eventual processo perante um juiz togado com a mesma matéria¹⁶³³.

A adoção do referido princípio está ainda mais clara na legislação portuguesa, que afirma categoricamente caber ao árbitro definir sua própria competência¹⁶³⁴, dizendo, em seguida, que o Poder Judiciário só pode intervir na decisão dos árbitros nos casos previstos na própria Lei de Arbitragem Voluntária-LAV Portuguesa¹⁶³⁵.

Entretanto, concordamos com CARLOS ALBERTO CARMONA¹⁶³⁶ quando o mesmo afirma que a previsão legal não torna a decisão do árbitro acerca da sua competência intocável pelo Poder Judiciário, pois o juiz togado pode, por exemplo, analisar a questão da própria validade da convenção de arbitragem ou até mesmo os próprios efeitos dos poderes do árbitro delimitados pelas partes

¹⁶²⁹GRINOVER, Ada Pellegrini - O regime brasileiro das interceptações telefônicas, *R. Dir. Adm*, N 207 (1997), pp.21-38. p.35

¹⁶³⁰Lei Brasileira 9307/96. (Lei de Arbitragem Brasileira): Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

¹⁶³¹Lei Brasileira 13.105(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

¹⁶³²SALLES, Carlos Alberto - Arbitragem e Jurisdição Estatal. In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019.pp.227-353. p.259.

¹⁶³³*Idem, ibidem*.p.260.

¹⁶³⁴Lei Portuguesa 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 18.º. Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência.1 - O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.

¹⁶³⁵Lei Portuguesa 63/2011(Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 19.º. Extensão da intervenção dos tribunais estaduais. Nas matérias reguladas pela presente lei, os tribunais estaduais só podem intervir nos casos em que esta o prevê.

¹⁶³⁶CARMONA, Carlos Alberto - *Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96*, 3ªed, São Paulo: Atlas, 2009.p.26.

envolvidas, conforme expressamente está previsto nas legislações brasileiras e portuguesas, assim como foi visto no começo do presente tópico, existindo na legislação lusitana, inclusive, a previsão de recurso ao juízo estadual da decisão incidental do árbitro acerca da sua competência¹⁶³⁷.

No mais, quando a legislação brasileira fala em extinção do processo pelo juiz togado quando o árbitro reconhece a sua competência, a lei está se referindo ao processo judicial que tenha o mesmo objeto do processo arbitral, ou seja, que pleiteia o mesmo bem da vida, o que não é caso de um processo judicial que tenha como objeto discutir especificamente a competência do árbitro ou, ainda, a eficácia da convenção, conforme diz a legislação portuguesa.

Desse modo, concluímos que, de fato, existindo um processo estatal e um processo arbitral abordando a mesma matéria, será atribuição do árbitro decidir acerca da competência tanto em Portugal como no Brasil. Entretanto, caso a decisão do árbitro extrapole a sua competência delimitada pelas próprias partes envolvidas, será possível o ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário Estadual competente para anular o processo arbitral ou de uma impugnação no caso específico de Portugal também perante o Poder Judiciário.

Diante do que foi acima aludido, conforme afirma RAFAEL WALLBACH SCHWIND, o princípio da competência-competência gera uma ordem cronológica, só podendo o juiz togado apreciar a questão da competência do árbitro após esse último já ter fixado o seu entendimento quanto ao tema¹⁶³⁸, sendo por essa razão que PETER SCHLOSSER, analisando especificamente a legislação alemã, afirma, em posição na qual concordamos, que o princípio da competência-competência dá o poder ao árbitro de decidir de forma provisória sobre a sua própria competência, sem prejuízo de um controle ulterior pelo Poder Judiciário por meio de uma ação própria¹⁶³⁹.

No mesmo sentido, FRANCISCO JOSÉ CAHALI afirma que o princípio em testilha fortalece o instituto da arbitragem e estimula a opção pela referida forma de resolução de conflitos, pois, caso coubesse ao Poder Judiciário analisar em primeiro lugar a competência, existiria a possibilidade de se atrasar o início do procedimento arbitral, inclusive com possibilidade as partes ajuizarem ações judiciais com o único intuito de protelar o início da arbitragem¹⁶⁴⁰, situação que faria os envolvidos acabarem se sujeitando à morosidade do Poder Judiciário que possivelmente buscavam evitar quando firmaram a convenção de arbitragem.

¹⁶³⁷ Lei Brasileira 63/2011 (Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 18.º 9 - A decisão interlocutória pela qual o tribunal arbitral declare que tem competência pode, no prazo de 30 dias após a sua notificação às partes, ser impugnada por qualquer destas perante o tribunal estadual competente, ao abrigo das subalíneas i) e iii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, e da alínea f) do n.º 1 do artigo 59.º

¹⁶³⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach - As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.177-226. p.192.

¹⁶³⁹ SCHLOSSER, Peter - La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage (Comité Français de L'arbitrage)*. N 2 (1998), pp.291-310. Disponível em <http://www.bijus.eu?bijusbi+blio=la-nouvelle-legislation-allemande-sur-l-arbitrage>. p.297.

¹⁶⁴⁰ CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.149.

Entretanto, importante trazer a ressalva de MANUEL PEREIRA BARROCAS, a qual concordamos, acerca de um caso no qual não haverá o que se falar do árbitro ter a atribuição de definir a sua competência, qual seja: quando se estiver diante de uma situação na qual o árbitro está em conluio com as partes para mascarar uma nulidade ou para tirar algum proveito indevido do procedimento arbitral¹⁶⁴¹, devendo nesse caso existir um processo judicial que tenha especificamente como objeto o pedido de nulidade pela referida razão em virtude de um desvio de finalidade¹⁶⁴².

Ainda sobre a nulidade do processo de arbitragem ou da convenção de arbitragem, FRANCISCO JOSÉ CAHALI traz a questão da chamada “cláusula arbitral patológica”¹⁶⁴³, que seria o caso de uma cláusula arbitral com uma redação “contraditória, incongruente, confusa, ambígua ou de difícil interpretação”¹⁶⁴⁴, o que também pode acontecer com um compromisso arbitral. Em situações como essas, o referido autor, em posição na qual concordamos, afirma que devem ser realizados esforços para “salvar a arbitragem”¹⁶⁴⁵. Assim, caso a referida situação impeça a escolha do árbitro, mas não vicie a escolha pelo procedimento arbitral, a arbitragem deverá ser realizada, cabendo as partes apenas definirem quem exercerá a função de árbitro. Entretanto, caso a “patologia” da convenção de arbitragem coloque em dúvida a própria opção pela arbitragem, não restará alternativa a não ser a declaração de nulidade com a consequente atribuição ao Poder Judiciário para solucionar o litígio.

ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE mencionam, ainda, outro possível caso de nulidade do procedimento arbitral, que se dá quando o árbitro desrespeita o chamado dever de revelação, que é a obrigação do árbitro informar previamente toda e qualquer situação que coloque em dúvida sua imparcialidade ou independência¹⁶⁴⁶, incluindo eventual conflito de interesses, o que, para gerar a anulação, deve, segundo ANA LUIZA NERY, em posição na qual concordamos, vir acompanhada da comprovação de que efetivamente o árbitro é parcial¹⁶⁴⁷.

Ademais, não podemos confundir a sentença arbitral nula em decorrência da existência de um vício com a sentença arbitral inexistente, como, por exemplo, a sentença proferida pelo árbitro sem a sua parte dispositiva¹⁶⁴⁸, situação na qual não se fará necessário o ajuizamento nem mesmo de uma demanda judicial para impedir o cumprimento de algo que sequer existe, salvo se a parte interessa optar por entrar com uma ação meramente declaratória com fito de se resguardar, o que não se

¹⁶⁴¹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.64.

¹⁶⁴²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.201.

¹⁶⁴³CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.180.

¹⁶⁴⁴*Idem, ibidem*. p.181.

¹⁶⁴⁵*Idem, ibidem*.p.181.

¹⁶⁴⁶MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.263.

¹⁶⁴⁷NERY, Ana Luiza - Dever de revelação, Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 28/04/2021.

¹⁶⁴⁸WLADECK Felipe Scribe - Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na Lei N.9.307/1996. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.241-299. p.261.

sujeitará a qualquer espécie de prazo, diferentemente das ações anulatórias, que possuem prazos de prescrição fixados nas legislações estatais. De qualquer forma, existindo uma convenção arbitral seguida de uma sentença arbitral inexistente, o árbitro continuará com a atribuição de resolver o litígio.

Por fim, ordinariamente a nulidade da sentença arbitral é arguida por meio de ação própria, porém, MANUEL PEREIRA BARROCA afirma, em posição na qual concordamos, que sendo o caso de uma decisão arbitral recorrível, nas hipóteses permitidas ou exigidas em Portugal, a nulidade deve ser arguida no recurso a vir a ser interposto¹⁶⁴⁹.

2.12.2 A possibilidade de medidas cautelares e antecipatórias pelo juízo arbitral

Existe uma discussão relevante acerca da arbitragem que é a possibilidade ou não da concessão de medida cautelar ou de medida antecipatória da tutela nas arbitragens em Portugal e no Brasil, principalmente no que tange as arbitragens envolvendo o Poder Público.

As discussões se dão devido ao fato de, como afirmam ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, o Poder Público partilhar com os árbitros o “jurisdictio”, mas não o “imperium”¹⁶⁵⁰, tal como já amplamente exposto nesta tese de doutoramento.

Em verdade, a discussão é focada em definir de quem seria a atribuição para apreciar o pedido de liminar: do próprio Juízo Arbitral ou do Poder Judiciário, uma vez que alguém efetivamente deve ser responsável por decidir as questões passíveis de garantir o resultado efetivo do processo diante de uma situação de urgência, caso contrário, ao final do processo o mesmo pode ficar sem qualquer utilidade na hipótese da concessão eventual de uma liminar ser essencial para preservar o objeto do litígio.

No Brasil, essa discussão perdurou até o ano 2015, quando a Lei da Arbitragem Brasileira (Lei 9307/96) foi alterada pela lei 13.129/2015 passando expressamente a prever a possibilidade da concessão de medidas cautelares e de urgência quando já instituída a arbitragem, podendo o árbitro rever eventual decisão já tomada pelo Poder Judiciário em sede de decisão não exauriente antes do início do procedimento arbitral,¹⁶⁵¹ o que deixa claro também a possibilidade do Poder Judiciário intervir antes do início do procedimento arbitral.

Entretanto, a legislação brasileira prevê apenas expressamente a possibilidade de o árbitro conceder medida cautelar, sem mencionar a possibilidade de concessão da tutela antecipada.

¹⁶⁴⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.522.

¹⁶⁵⁰MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.340.

¹⁶⁵¹Lei Brasileira 9307/96(Lei da Arbitragem Brasileira) com redação dada pela lei 13.129/2015: Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

A medidas cautelares seriam medidas que garantem o efeito prático do processo, porém sem antecipar o objeto final, enquanto tutelas antecipadas seriam situações que, em face também de um caso de urgência, fosse justificado a antecipação de imediato do objeto final pleiteado no processo, existindo em Portugal ainda a tutela conservatória¹⁶⁵², que no Brasil seria uma espécie de tutela cautelar.

Desse modo, por exemplo, diante de uma licitação no Brasil de um procedimento adjudicatório em Portugal para escolher um parceiro privado em uma Parceria Público-Privada, caso algum desclassificado do processo de seleção entre com uma ação judicial para reverter a sua desclassificação e peça, em sede de liminar, para continuar no certame, será o caso de uma antecipação de tutela, porém, caso o mesmo solicite para suspender a seleção até o final do seu processo judicial que vai definir se ele vai continuar no processo de seleção ou não, será o caso de uma medida cautelar, podendo, naturalmente, o segundo pedido ser subsidiário ao primeiro.

Quanto ao tema, concordamos com SIDNEI BENETI ao afirmar que a tutela antecipada, tal como a medida cautelar, também é um poder do árbitro decorrente do próprio poder de jurisdição atribuído ao mesmo pelas próprias partes envolvidas no litígio¹⁶⁵³, sendo esse também o entendimento de SCAVONE JUNIOR, que lembra a existência de uma fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória¹⁶⁵⁴. Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil-CPC Brasileiro usa a mesma terminologia para as duas espécies de tutela, no caso usando a terminologia “Tutela Provisória”, que a depender da situação vai ter natureza cautelar ou antecipatória¹⁶⁵⁵.

Desse modo, entendemos que quando a lei brasileira foi alterada para prever a possibilidade de o árbitro conceder uma medida cautelar, ela também foi alterada para permitir a concessão de uma medida antecipatória pelo árbitro.

Por outro lado, em Portugal a Lei de Arbitragem Voluntária-LAV também traz a possibilidade de o juízo arbitral conceder medida cautelar¹⁶⁵⁶, seja a mesma com caráter efetivamente cautelar (ou

¹⁶⁵²Lei Portuguesa 15/2002. (Código de processo nos tribunais administrativos) Artigo 112.º Providências cautelares 1 - Quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo.

¹⁶⁵³BENETI, Sidnei Agostinho - Arbitragem e tutelas de urgência, *Revista do advogado*, N 87 (2006), pp.100-108. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16043872.pdf>.104.

¹⁶⁵⁴JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.182.

¹⁶⁵⁵Lei Brasileira 13.105/2015 (Código de Processo Civil) Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹⁶⁵⁶Lei Portuguesa 63/2011(Lei de arbitragem voluntária). CAPÍTULO IV. Das providências cautelares e ordens preliminares. SECÇÃO I. Providências cautelares. Artigo 20.º. Providências cautelares decretadas pelo tribunal arbitral. 1 - Salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objecto do litígio. 2 - Para os efeitos da presente lei, uma providência cautelar é uma medida de carácter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que: a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido; b) Pratique actos que previnam ou se abstenha de praticar actos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral; c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada; d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio. Artigo 21.º. Requisitos para o decretamento de providências cautelares. 1 - Uma providência cautelar requerida ao abrigo das alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 20.º é decretada pelo tribunal arbitral, desde que: a)

conservatório) seja a mesma com caráter antecipatório, porém traz a previsão da possibilidade de se pedir, antes ou depois de instituída a arbitragem, ao tribunal local a mesma medida¹⁶⁵⁷.

De qualquer forma, tal como acontece no Brasil, a legislação Portuguesa também prevê a possibilidade de o árbitro revogar a decisão cautelar do juiz togado, devendo esse último ser avisado da referida decisão¹⁶⁵⁸.

Desse modo, por expressa disposição legal, em Portugal existe uma competência concorrente entre o Juízo Arbitral e o Juízo Estadual para proferir eventuais medidas cautelares, mas com uma prevalência da decisão do árbitro, uma vez que ele pode vir a revogar a decisão tomada pelo juiz togado.

Entendemos, no entanto, que a falta de previsão no texto originário da Lei Brasileira de Arbitragem e a previsão na Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa acerca da possibilidade da concessão de medidas cautelares e de urgência pelos juízes togados a qualquer tempo decorre do fato da desconfiança dos legisladores em relação ao instituto da arbitragem, uma vez que não nos parece ser razoável dar o direito das partes em estabelecer que o árbitro é a única pessoa competente para poder tomar uma decisão com força de trânsito em julgado e que seja um título executivo judicial, porém não dar ao mesmo a competência exclusiva para, em uma situação de urgência, decidir, com base em decisão não exauriente, acerca da concessão de uma medida cautelar ou de uma medida antecipatória que visam garantir o próprio efeito prático do processo, até mesmo porque, a partir do momento em que as próprias partes optaram pela decisão final ser dada pelo árbitro, o natural é que também tencionem que as decisões cautelares ou antecipatórias também sejam tomadas pelo juízo arbitral.

Além do mais, levar a questão incidental para o Poder Judiciário é fazer justamente o que as partes envolvidas buscaram evitar quando optaram pelo procedimento arbitral, o que pode até mesmo desestimular a opção por essa última forma de resolução de conflitos, sobrecarregando de forma desnecessária ainda mais o Poder Judiciário.

Haja probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão; e b) O prejuízo resultante para o requerido do decretamento da providência não exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar. 2 - O juízo do tribunal arbitral relativo à probabilidade referida na alínea a) do n.º 1 do presente artigo não afecta a liberdade de decisão do tribunal arbitral quando, posteriormente, tiver de se pronunciar sobre qualquer matéria. 3 - Relativamente ao pedido de uma providência cautelar feito ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º, os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do presente artigo aplicam-se apenas na medida que o tribunal arbitral considerar adequada.

¹⁶⁵⁷Lei Portuguesa 63/2011(Lei de arbitragem voluntária): Art.7º Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.

¹⁶⁵⁸Lei Portuguesa 63/2011(Lei de arbitragem voluntária): 1 - Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º 2 - A parte que peça ou já tenha obtido o reconhecimento ou a execução coerciva de uma providência cautelar deve informar prontamente o tribunal estadual da eventual revogação, suspensão ou modificação dessa providência pelo tribunal arbitral que a haja decretado.

Desse modo, acreditamos que, tal como aconteceu no Brasil em 2015, em Portugal a legislação também tende com o tempo a ser alterada para prever expressamente que apenas ao árbitro cabe, quando já instaurado o procedimento arbitral, a concessão de medidas cautelares e antecipatórias, haja vista que nos últimos anos houve uma consolidação da arbitragem tanto no Brasil como em Portugal.

Entretanto, principalmente nas causas envolvendo o Poder Público, que é regido pelo princípio da legalidade, ou, conforme terminologia mais moderna, pelo princípio da juridicidade¹⁶⁵⁹, não há como se defender na atualidade a competência exclusiva dos árbitros para concessão de medidas cautelares ou antecipatória em Portugal, o que só será possível quando houver alteração legislativa nesse sentido.

No Brasil, por outro lado, por expressa previsão legal, quando já instituída a arbitragem, é competência exclusiva do juízo arbitral conceder as medidas cautelares e antecipatórias, inclusive nas causas envolvendo a Administração Pública, uma vez que foi essa última que optou em dar ao árbitro o Poder Jurisdicional para resolver um conflito do qual é parte.

Assim, só existirá competência concorrente entre o árbitro e juiz togado no Brasil para proferir medidas cautelares ou antecipatórias antes de instaurado o procedimento arbitral, porém nesse último caso a decisão do juízo estatal poderá, conforme dito acima, ser revista pelo juízo arbitral após o início do procedimento arbitral, o que faz a decisão proferida pelo juiz togado nesse caso ser dada sob a condição resolutiva de não ser revogada pelo árbitro quando do início do procedimento arbitral.

Importante mencionar que em relação ao Poder Público existem situações previstas em lei que nem mesmo o Poder Judiciário poderia conceder a liminar antecipatória ou cautelar, como, por exemplo, para equipar a remuneração ou outras vantagens remuneratórias entre os servidores públicos brasileiros, por força de vedação expressa da lei brasileira 9494/97¹⁶⁶⁰. Desse modo, um servidor público brasileiro que busque o aumento de sua remuneração seja por meio do Poder Judiciário ou seja por meio de um árbitro deverá, por expressa disposição legal, esperar o fim do processo para receber o que lhe for de direito, situação na qual, naturalmente, ele receberá as verbas em atraso com juros e correção monetária conforme os critérios estabelecidos em lei.

No mais, ainda que o árbitro possua o “ius cognitio” para proferir decisões cautelares e antecipatórias, ele não possui o “ius imperium” para a executá-las¹⁶⁶¹, tal como acontece com a sua atribuição para proferir a sentença. Assim, ainda que não seja necessário um juiz togado para proferir

¹⁶⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.49.

¹⁶⁶⁰ Lei Brasileira 9494/97: Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

¹⁶⁶¹ CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.315.

a decisão liminar, caso não haja cumprimento espontâneo da decisão incidente, o prejudicado deverá procurar o Poder Judiciário com fito de garantir o seu cumprimento tal como expressamente prevê a legislação portuguesa¹⁶⁶², o que não suspenderá, no entanto, o andamento do procedimento arbitral

Desse modo, na situação mencionada no parágrafo anterior, existirão dois processos correndo paralelamente: um de conhecimento perante o juízo arbitral e outro de execução perante o Poder Judiciário.

Por fim, em entendimento controverso, FRANCISCO JOSÉ CAHALI defende que as partes envolvidas podem limitar a possibilidade de o árbitro proferir tutelas de urgência¹⁶⁶³. Em um primeiro momento pode parecer que a referida limitação fere o princípio do acesso à justiça. Entretanto, concordamos com JOSÉ CAHALI no sentido de que a referida possibilidade existe. A partir do momento no qual as partes possuem o direito de atribuir ao árbitro o poder de decidir os seus conflitos, elas também podem delimitar a extensão da atribuição do árbitro. Delimitação essa que pode ser quanto à matéria ou, ainda, quanto à extensão da atuação do árbitro.

Assim, não encontramos nenhum óbice legal, nem em Portugal nem no Brasil, para que as partes optem para o julgamento final do litígio ser realizado pelo juízo arbitral, porém o julgamento das questões incidentais ficarem sobre a atribuição do Poder Judiciário, ainda que a referida opção não nos pareça muito coerente com a escolha da arbitragem como forma de resolução de conflito por demonstrar não existir uma plena confiança no árbitro ou na entidade arbitral responsável pelo julgamento.

De qualquer forma, a possibilidade acima talvez seja um caminho a ser percorrido para se mudar com o tempo a cultura da judicialização, permitindo aos poucos a plena confiança na opção pela arbitragem.

2.12.3 Da sentença arbitral parcial

Questão passível de acontecer e que gera questionamentos jurídicos é a possibilidade fática de o árbitro não julgar a causa de forma completa, julgando, assim, de forma “*citra petita*”, o que é uma patologia da decisão¹⁶⁶⁴. O árbitro, tal como o juiz togado, deve julgar em congruência com o que foi solicitado pela parte postulante na petição inicial, que dá início ao processo arbitral¹⁶⁶⁵, não podendo julgar nem menos nem mais nem diferente do que estava previsto nos pedidos realizados pelo autor da

¹⁶⁶²Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.27º 1 - Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente, independentemente de a arbitragem em que aquela foi decretada ter lugar no estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º

¹⁶⁶³CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.317.

¹⁶⁶⁴*Idem ibidem*. p.419.

¹⁶⁶⁵OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de - *Apelação no Direito Processual*, 2005, Tese de doutoramento, Pontifca Universidade Católica de São Paulo. p.70.

demanda. Desse modo, se o julgador “exagera”¹⁶⁶⁶ na sua análise, ele julga de forma “ultra petita”; caso ele “invente”¹⁶⁶⁷ algo, ele julga de forma “extra petita” e caso ele se “esqueça”¹⁶⁶⁸ de algo, ele julga justamente de forma “citra petita”.

No Brasil, a redação originária da lei de arbitragem não previa expressamente solução para o problema supracitado, porém em 2015 a lei 13.129/15 alterou a lei 9307/96 para expressamente prever a possibilidade da parte interessada que se sentir prejudicada em virtude de uma sentença parcial em um procedimento de arbitragem procurar o Poder Judiciário com fito de exigir uma sentença arbitral complementar¹⁶⁶⁹.

A solução da legislação brasileira parece ter sido a mais acertada, pois apenas o próprio árbitro pode, em face da vontade prévia das partes, decidir o litígio de forma completa, cabendo ao Poder Judiciário apenas analisar se realmente a sentença arbitral foi parcial e, sendo o caso, determinar ao árbitro que a complemente, tratando-se, assim, de uma nítida ação na qual se busca uma obrigação de fazer, com a possibilidade do juiz togado estipular uma multa diária para compelir o árbitro a proferir de forma mais célere possível a decisão complementar¹⁶⁷⁰, uma vez que, em verdade, já se consumou o prazo, ainda que de forma lógica, para o árbitro proferir por completo a sua decisão, estando o mesmo já em mora quando do momento da prolação da sentença parcial.

De qualquer forma, nada impede que no prazo de cinco dias após a sentença arbitral brasileira as partes peçam ao próprio árbitro o complemento da decisão arbitral nos termos previstos na lei de arbitragem brasileira¹⁶⁷¹, uma vez que uma sentença arbitral parcial é nitidamente uma omissão que permite, nos termos da lei, complementação pelo próprio árbitro tal como é feito pelo juiz togado por meio da decisão em sede de embargos de declaração.

Nesse último caso, as partes só precisam procurar o Poder Judiciário caso a omissão persista e a sentença não seja complementada por inteiro após o pedido de esclarecimento.

Em Portugal, por outro lado, a Lei da Arbitragem Voluntária, ao abordar a questão do direito de as partes procurarem o Poder Judiciário para anularem o procedimento arbitral, expressamente afirma

¹⁶⁶⁶JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael - *Curso de Direito Processual Civil. direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Salvador: Juspodivm, 2007.p.254.

¹⁶⁶⁷*Idem, ibidem*. p.254.

¹⁶⁶⁸*Idem, ibidem*. p.254.

¹⁶⁶⁹Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.(Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) § 4- A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

¹⁶⁷⁰JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.354.

¹⁶⁷¹Lei Brasileira 9307/96. (Lei da Arbitragem Brasileira): Art. 33. Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

a possibilidade de decretação de nulidade quando o árbitro deixar de se manifestar sobre questão que deveria ter apreciado¹⁶⁷².

Entretanto, entendemos que nesse último caso o juiz togado não vai simplesmente decidir pela nulidade de toda a sentença arbitral para ser proferida outra sentença por inteiro em lugar da anterior pelo árbitro, uma vez que a referida possibilidade iria ferir o princípio da segurança jurídica permitindo uma nova sentença completamente diferente da anteriormente proferida, além de ferir também o princípio da celeridade processual em virtude da repetição de atos já praticados, o que poderia até mesmo desestimular as partes envolvidas a pedirem o complemento da decisão. Inclusive, a legislação portuguesa expressamente prevê que apenas a parte com vício da sentença arbitral deverá vir a ser anulada¹⁶⁷³.

Assim, entendemos que o mais correto é se fazer uma interpretação extensiva da legislação portuguesa para se entender que, diante de uma sentença arbitral parcial, caberá ao juiz togado, tal como acontece no Brasil, averiguar se realmente houve uma sentença arbitral parcial e determinar, sendo o caso, que o árbitro complemente a sua decisão, mantendo, assim, os termos do já decidido até então.

No mais, nada impede também que, nos termos do artigo quarenta e cinco da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, as partes interessadas peçam ao próprio árbitro uma sentença adicional para complementar a sentença arbitral parcial, salvo se as próprias tiverem previamente convencionado em sentido diverso conforme expressamente também permite a lei portuguesa¹⁶⁷⁴.

A possibilidade legal mencionada na parte final do último parágrafo, no entanto, acaba vindo a gerar alguns questionamentos: quais seriam as consequências de as partes convencionarem que o árbitro não pode preferir sentença adicional diante da não apreciação de todo o objeto da arbitragem? Seria o caso de renunciar ao julgamento de parte do objeto litígio? Seria atribuir ao Poder Judiciário o julgamento do objeto do litígio não apreciado? Seria atribuir a outro árbitro o julgamento da causa?

A respostas a esses questionamentos podem vir da própria convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, que expressamente podem prever qual a solução a ser dada diante dessa situação. Entretanto, caso exista omissão quanto a esse ponto, estaremos diante de um caso de difícil

¹⁶⁷²Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 46. Pedido de Anulação. 3 - A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar;(grifos nossos).

¹⁶⁷³Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 46.º 7 - Se a parte da sentença relativamente à qual se verifique existir qualquer dos fundamentos de anulação referidos no n.º 3 do presente artigo puder ser dissociada do resto da mesma, é unicamente anulada a parte da sentença atingida por esse fundamento de anulação.

¹⁶⁷⁴Lei Portuguesa 63/2011: Artigo 45. 5 - Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral, nos 30 dias seguintes à data em que recebeu a notificação da sentença, que profira uma sentença adicional sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença. Se julgar justificado tal requerimento, o tribunal profere a sentença adicional nos 60 dias seguintes à sua apresentação.

solução, uma vez que, a depender do grau da omissão da sentença arbitral, o litígio pode acabar vindo a ficar sem solução, o que é uma situação não desejável não apenas para as partes envolvidas, como para a sociedade de modo um geral.

De qualquer forma, como foram as próprias partes envolvidas no litígio que decidiram pela impossibilidade de sentença arbitral adicional e como elas mesmas também optaram que a questão não seria levada ao Poder Judiciário, parece-nos que seria o caso de efetivamente a questão ser encerrada quando existir uma sentença arbitral incompleta em Portugal e as partes previram na convenção de arbitragem, nos termos do permissivo legal, pela impossibilidade da sentença adicional e não deram outra solução convencional para essa situação. Enfim, foram as próprias partes, em comum acordo, que optaram pelo risco de ter de forma definitiva uma sentença não apreciando por completo o objeto da desavença.

Outrossim, caso a omissão em apreciar parte do objeto do litígio seja de uma dimensão tal que implique em não cumprimento pelo árbitro da sua obrigação de julgar, é defensável afirmar a possibilidade das partes poderem recorrer ao Poder Judiciário para obrigar o árbitro a cumprir o que foi avançado ainda que tenham optado pela impossibilidade da sentença arbitral adicional, complementando, dessa forma, a decisão proferida de forma parcial praticamente inexistente, o que, em respeito à vontade das partes previamente estipulada na convenção de arbitragem, deve ser feito com muita cautela e tomando como base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para efetivamente se averiguar se a incompletude da decisão arbitral equivale na prática à inexistência da mesma, diferenciação essa que, a depender das peculiaridades do caso concreto, pode ser muito tênue. Assim, na dúvida, nos parece que deve prevalecer a vontade das partes em não ter uma nova sentença arbitral.

Por fim, não podemos confundir a sentença parcial em face do árbitro não ter cumprido por completo o seu dever de julgar toda a causa com a sentença parcial em virtude de um julgamento dado por etapas¹⁶⁷⁵, tal como expressamente permite a lei de arbitragem brasileira¹⁶⁷⁶, em virtude de alteração realizada pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, que passou a prever a possibilidade da sentença parcial de mérito quando existir mais de um pedido e um deles já for passível de ser julgado de imediato seja por se tratar de um fato incontroverso seja em virtude do processo já estar maduro em relação ao mesmo¹⁶⁷⁷, situação que MANUEL PARREIRA BARROCAS defende

¹⁶⁷⁵CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.351.

¹⁶⁷⁶Lei Brasileira 9307/96(Lei de Arbitragem Brasileira) Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. § 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

¹⁶⁷⁷Lei brasileira 13.105/2015. (Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles. I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do 355.

ser possível de acontecer também em Portugal ao afirmar que o árbitro pode antecipar parte da sentença final¹⁶⁷⁸.

Desse modo, atualmente a legislação brasileira expressamente permite que tanto o árbitro como juiz togado profiram sentenças parciais nos casos em que houver mais de um pedido e que o processo prossiga para o julgamento, também por sentença, dos outros pedidos existentes, possibilidade também aceita pela doutrina portuguesa.

Naturalmente, quando o árbitro proferir uma sentença parcial adiantando um dos pedidos, ele deve fazer isso de forma fundamentada para que fique bem clara a continuidade do processo para julgamento do restante dos pedidos.

2.12.4 Da responsabilidade civil do árbitro.

Tema que gera discussões no estudo da responsabilidade civil do Estado se dá no respeitante a responsabilidade por atos tipicamente jurisdicionais. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO traz os argumentos usados pelos que defendem inexistir responsabilidade estatal pelos atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício da sua atividade-fim: o fato do Poder Judiciário ser soberano, o fato dos magistrados precisarem de independência para o exercício de suas funções, o fato do magistrado não ser um funcionário público comum e uma possível ofensa à coisa julgada¹⁶⁷⁹.

Entretanto, não concordamos com os referidos argumentos, em face das seguintes razões: o Poder Executivo é tão soberano quanto o Poder Judiciário e não há dúvida de que o mesmo deve ser responsabilizado quando causar dano a outrem, em verdade, o Poder Público deve ser responsabilizado pelos atos praticados tanto pelo Executivo como pelo Poder Judiciário, tendo em vista esses últimos serem entes despersonalizados; os magistrados já possuem prerrogativas que garantem a sua independência; apesar de ser discutível se o magistrado é especificamente um servidor público, não há dúvida de que ele é um agente público, devendo ter zelo no exercício das suas funções e, por fim, não há o que se falar em ofensa à coisa julgada, pois o processo de indenização decorrente dos danos causados por um processo judicial tem o objeto, a causa de pedir e as partes diferentes do processo originário no qual o suposto dano ocorreu.

Assim, entendemos que o Poder Judiciário deve ser responsabilizado pelos danos causados aos jurisdicionados, caminhando a legislação brasileira no mesmo sentido ao prever no Código de

¹⁶⁷⁸BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.415,

¹⁶⁷⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.905.

Processo Civil a possibilidade de responsabilização civil do magistrado¹⁶⁸⁰. Por outro lado, como deixa clara a própria legislação brasileira, o magistrado só responde de forma regressiva, devendo primeiramente o lesado acionar o Estado e, sendo esse responsabilizado, o último deverá entrar com uma ação regressiva em desfavor do magistrado responsável pelo dano.

Da mesma forma a legislação portuguesa prevê a responsabilização do Estado pelos erros judiciais¹⁶⁸¹, bem como do próprio magistrado também por meio de uma ação regressiva¹⁶⁸², ainda que, conforme determina a Constituição Portuguesa, só seja possível a responsabilização dos magistrados nos casos previstos em lei¹⁶⁸³, o que para WLADIMIR BRITO, em posição a qual concordamos, não se trata de uma irresponsabilidade dos magistrados nos casos não previsto em lei e sim de uma imunidade funcional¹⁶⁸⁴.

Desse modo, visto a possibilidade de responsabilização civil do Poder público pelos atos praticados pelo Poder Judiciário, bem como a possibilidade de responsabilização do próprio magistrado, urge a necessidade de analisar se a mesma lógica se aplica ao árbitro ou à entidade arbitral.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI, em posição na qual concordamos, afirma que a própria essência da arbitragem e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico levam à conclusão de ser o árbitro também responsável civilmente pelo seu ofício arbitral¹⁶⁸⁵ e a legislação portuguesa afirma poder o árbitro ser responsabilizado nas mesmas situações em que um juiz o seria¹⁶⁸⁶.

A responsabilidade do árbitro decorre da própria relação contratual existente entre o árbitro e as pessoas que o contratam para com zelo instruir o processo arbitral e proferir a decisão de um litígio, existindo uma responsabilidade decorrente de um contrato, diferentemente da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, que é extracontratual.

Ademais, tratando-se de uma arbitragem realizada por uma pessoa jurídica, tal como defendemos ser possível no Brasil ou, ainda, uma arbitragem proferida por um árbitro indicado por

¹⁶⁸⁰Lei Brasileira 13.105/2015(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

¹⁶⁸¹Lei Portuguesa 67/2007: Artigo 13.º. Responsabilidade por erro judiciário. 1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

¹⁶⁸²Lei Portuguesa 67/2007: Artigo 14.º. Responsabilidade dos magistrados. 1 - Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

¹⁶⁸³Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 216.º Garantias e incompatibilidades: 2. Os juizes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei.

¹⁶⁸⁴BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.67.

¹⁶⁸⁵CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.238.

¹⁶⁸⁶Lei Portuguesa 63/2011(Lei da arbitragem voluntária): Artigo 9.º Requisitos dos árbitros: 4 – Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser.

uma instituição arbitral, importante analisar se há responsabilidade da pessoa jurídica ou da instituição, seja ela direta, subsidiária ou solidária.

Tratando-se de árbitro pessoa jurídica, acreditamos não existir dúvida de a responsabilidade ser do próprio ente personificado, uma vez que a decisão é proferida pela própria pessoa jurídica, que se faz presente por meio da pessoa física que profere a decisão, existindo a possibilidade, no entanto, da pessoa jurídica entrar com uma ação de regresso em desfavor da pessoa natural responsável pela decisão, tal como ordinariamente acontece com as pessoas jurídicas que são responsáveis pelos atos praticados pelos seus agentes no exercício da função.

Entretanto, em se tratando de um árbitro ou de vários árbitros indicados por uma instituição, a problemática é diferente. Neste caso a decisão não é proferida pela pessoa jurídica responsável pela indicação e sim efetivamente pelo árbitro que foi indicado, não havendo, como lembra ALBERTO JONATHAS MAIA, influência da entidade arbitral na decisão tomada¹⁶⁸⁷.

Assim, em face das razões acima mencionadas, é cada vez mais comum que as instituições arbitrais façam constar em seus regulamentos a total isenção pelos atos praticados pelo árbitro indicados¹⁶⁸⁸.

Nesse sentido, JOÃO LESSA DE AZEVEDO NETO afirma não ser a câmara arbitral o árbitro, mas apenas a entidade responsável por dar o apoio para a o procedimento arbitral, como uma espécie de secretaria judicial¹⁶⁸⁹.

Entretanto, nos parece ser a referida cláusula de exclusão de responsabilidade abusiva se aplicada em sua integralidade, pois, apesar de entendermos que, de fato, no caso de um árbitro indicado por uma instituição, como regra, a responsabilidade ser do próprio árbitro e não da pessoa jurídica responsável pela sua indicação, caso fique constatado que a entidade arbitral indicante não agiu com zelo ao aceitar o árbitro em seus quadros ou a fazer indicação ou, ainda, caso não tenha cumprido alguma das cláusulas contratuais, deverá existir uma responsabilidade solidária da mesma juntamente com o árbitro ou, ao menos, uma responsabilidade subsidiária.

Nesse sentido, a legislação espanhola é mais avançada que as legislações brasileira e portuguesa prevendo a responsabilidade tanto do árbitro como da entidade responsável pela sua indicação, sendo a responsabilidade direta da entidade arbitral, que poderá entrar com uma ação de regresso em desfavor do árbitro¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁷MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.134.

¹⁶⁸⁸CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multipartas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 240.

¹⁶⁸⁹NETO, João Lessa de Azevedo - A arbitragem e o Poder público, Recife, 17 junho de 2019, Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

¹⁶⁹⁰Lei espanhola 60/2003(Lei de arbitragem espanhola): Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos: 1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en

Vislumbrar a possibilidade de responsabilizar a entidade arbitral é uma questão salutar porque muitas vezes a confiança das partes ao optarem pelo procedimento arbitral está justamente na instituição de arbitragem escolhida. No mais, entendimento nesse sentido é uma forma de obrigar as entidades arbitrais a agirem com diligência no momento de escolherem os árbitros integrantes das suas listas.

De qualquer forma, ao menos em Portugal e no Brasil, a dita responsabilização ainda é um ponto controverso.

2.13 Da arbitragem e os sistemas de jurisdição

A partir do momento no qual fixamos nosso entendimento acerca na natureza jurídica de jurisdição para a atividade realizada pelo árbitro, importante analisar quais são os sistemas de jurisdição existentes, tal como será realizado no decorrer do presente tópico.

Tradicionalmente, existem dois sistemas de jurisdição adotados pelos Estados, quais sejam: o sistema de jurisdição una, também chamado de sistema inglês e o sistema de jurisdição de jurisdição dual, também chamado de sistema francês. Passemos a analisar cada um deles.

O sistema de jurisdição dual, ou jurisdição dupla, também é conhecido, conforme afirmado acima, como sistema de contencioso francês devido ao fato de ter nascido em França como decorrência da desconfiança existente com o Poder Judiciário na época da revolução francesa de 1789¹⁶⁹¹, o que fez a Administração Pública sentir a necessidade de ter um Judiciário com atribuições específicas para julgar as suas demandas, tribunal esse que era composto, conforme afirma WLADIMIR BRITO, por magistrados originários da própria Administração Pública, ou seja, pelo próprio Rei, por seus ministros e por administradores de departamento¹⁶⁹².

Assim, no sistema acima mencionado existe um contencioso comum e um contencioso administrativo, ambos com força de coisa julgada, não podendo a decisão proferida pelo contencioso administrativo ser revista pelo contencioso comum¹⁶⁹³.

Por outro lado, o sistema de jurisdição una, também chamado de sistema inglês, é assim conhecido devido ao fato de ter surgido na Inglaterra e ter logo em seguida sido incorporado nos Estados Unidos¹⁶⁹⁴, ambos Estados que possuem o inglês como língua oficial.

responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

¹⁶⁹¹ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. 620.

¹⁶⁹²BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.20.

¹⁶⁹³PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer - A justiça Administrativa em perspectiva comparada, *Revista da AGU*, N 40 (2016), pp168-188. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edubr/dir_eitopublico/articlee/view/2272. p.173.

¹⁶⁹⁴ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.621.

No referido sistema existe apenas uma jurisdição estatal cujas decisões terão força de trânsito em julgado, fazendo com que, seja a questão administrativa ou seja a questão comum, apenas uma Justiça possa definir o litígio de forma definitiva, com força de coisa julgada.

No entanto, o fato de apenas uma Justiça poder decidir com força de coisa julgada não quer dizer que nos Estados onde se adota o sistema de jurisdição una não seja possível a existência de processos administrativos, estes poderão existir, porém não vão gerar o trânsito em julgado, podendo ser revistos pela jurisdição comum, tal como nos locais em que a jurisdição é dual também haverá decisões tomadas no âmbito meramente administrativo que não terão força de coisa julgada e que poderão ser levadas para a os tribunais administrativos pelas partes interessadas, não podendo ser confundido o conceito de processo administrativo com o conceito de processo judicial dos tribunais administrativos.

Por outro lado, a impossibilidade de fazer coisa julgada retira a natureza jurisdicional dos processos administrativos que não possuam a dita possibilidade, pois, tal como afirma VICENTE J. PUPPIO, o objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada¹⁶⁹⁵, não sendo suficiente dizer o Direito para ser uma espécie de jurisdição, sendo necessário que se diga o Direito de forma definitiva.

Entretanto, a existência de processos administrativos, mesmo sem força de coisa julgada, é extremamente desejável. Um trabalho bem realizado pela administração pode evitar até mesmo a propositura de um processo judicial. Além disso, quando a própria Administração Pública reconhece em um processo administrativo não possuir determinado direito, ela mesma não deverá procurar o Poder Judiciário para rever o decidido internamente, pois, conforme já visto no tópico 2.9.8, o Poder Público não deve agir de forma contraditória, sob pena de ofender o já comentado princípio da confiança legítima, bem como a também já comentada Teoria do “Venire contra factum proprium”.

Desse modo, é possível a coexistência de um processo administrativo e de um processo judicial sobre a mesma matéria quando algum interessado entrar com uma demanda judicial para discutir uma questão incidental de um processo administrativo anda não findo.

Por outro lado, o sistema de jurisdição una surgiu entre os séculos XVI e XVII em decorrência da insatisfação da população com a Corte Inglesa, então detentora da função de administrar e de julgar e, em virtude desse amplo poder, responsável por cometer uma série de desmandos e privilégios¹⁶⁹⁶, causando, desse modo, a insatisfação da população e a exigência por um Judiciário mais imparcial.

¹⁶⁹⁵PUPPIO, Vicente. J - *Teoria General del Proceso*, Caracas: Universidade Católica Andrés Bello, 1998.p.107.

¹⁶⁹⁶MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016. p.59

Assim, no ano de 1701 a Justiça Inglesa se tornou independente, passando, desta forma, a ter atribuição de julgar de forma definitiva todos os conflitos entre as pessoas, tenham os mesmos a presença ou não da Administração Pública¹⁶⁹⁷.

O Brasil adotou o sistema de jurisdição unia¹⁶⁹⁸, desde a Proclamação da República¹⁶⁹⁹, não existindo no referido Estado tribunais administrativos decidindo com força de coisa julgada.

Além disso, salvo nas causas desportivas¹⁷⁰⁰, no Brasil não se faz necessário o esgotamento da via administrativa para poder se buscar a tutela do Poder Judiciário, bastando a comprovação da existência do interesse de agir por meio da comprovação de pretensão resistida, não podendo a pessoa adentrar com uma ação contra o Poder Público perante o Poder Judiciário sem antes, ao menos, tentar buscar o seu Direito pela via administrativa. No caso da Justiça Desportiva se exige por expressa disposição constitucional o prévio esgotamento da via administrativa seja como forma de evitar desnecessariamente o atraso nas competições seja porque ela tem maior especialização para analisar as causas esportivas, principalmente no que tange as regulamentações internas aplicadas, que vinculam os praticantes dos esportes a partir do momento da inscrição nas competições esportivas.

Ademais, existe no Brasil uma Justiça Estadual e uma Justiça Federal para as causas com a participação de um ente federal¹⁷⁰¹. Entretanto, nesse último caso não há o que se falar em um contencioso administrativo e em um contencioso comum. Tanto a Justiça Estadual brasileira como a Justiça Federal brasileira são espécies da Justiça Comum, integrantes de um mesmo Poder Judiciário regido pelo princípio da unidade de jurisdição, sendo a Justiça Federal apenas uma Justiça especializada em matérias fazendárias federais, tal como acontece com a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral e tal como acontece também dentro da própria Justiça Estadual, possuidora de varas especializadas em julgar as fazendas públicas municipais e estaduais.

Portugal, por outro lado, adotou o sistema de jurisdição dual¹⁷⁰², não podendo as causas decididas pelos tribunais administrativos e fiscais serem revistas pelos tribunais judiciais.

¹⁶⁹⁷ *Idem, ibidem*. p.59-60

¹⁶⁹⁸ Constituição Brasileira: Art.5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho; V - os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹⁶⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ªed, São Paulo: Malheiros, 2016. p.61.

¹⁷⁰⁰ Constituição Brasileira de 1988: Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

¹⁷⁰¹ Constituição da República de 1988: Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

¹⁷⁰² Constituição Portuguesa: Artigo 209.º Categorias de tribunais1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. Artigo 212.º Tribunais administrativos e fiscais1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

Assim, em Portugal o reconhecimento de uma matéria como sendo administrativa implica no envio dos julgamentos dos litígios inerentes à mesma para os tribunais administrativos e fiscais.

No mais, não há o que se falar em um sistema ser melhor ou mais eficaz do que outro. A opção de um ordenamento jurídico pelo sistema de jurisdição una ou pelo sistema de jurisdição dual vai depender, conforme ficou claro no decorrer do presente tópico, de questões de ordens históricas e culturais.

Desta feita, a partir do momento no qual a arbitragem exerce uma função jurisdicional, urge a necessidade de fazer um paralelo com os sistemas de jurisdição então mencionados. Desse modo, os questionamentos que surgem é se a arbitragem seria uma terceira espécie de jurisdição ao lado da jurisdição una e da jurisdição dual ou se existe a mesma divisão dentro da própria arbitragem.

Entretanto, a divisão em jurisdição una e jurisdição dual é uma exclusividade da jurisdição estatal¹⁷⁰³. Já a arbitragem é uma jurisdição privada, não existindo o que se falar na referida diferenciação, não devendo também se considerar a arbitragem uma terceira espécie de sistema de jurisdição, mas sim uma espécie de jurisdição paralela à realizada pelo Estado, tenha o mesmo adotado o sistema inglês ou tenha o mesmo adotado o sistema francês, sendo por essa razão que NAPOLEÃO CASADO FILHO, com base nos estudos de NIKLAS LUHMANN, afirma que a arbitragem constitui um sistema social próprio, autônomo ao Poder Judiciário¹⁷⁰⁴.

Por outro lado, o sistema de jurisdição adotado pelo Estado sede da arbitragem terá influência no decorrer do processo arbitral ou paralelamente ao mesmo, especificamente no respeitante à possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário em determinadas situações, tal como acontece em França, maior expoente da adoção do modelo de jurisdição dual, onde as impugnações às arbitragens envolvendo interesses de comércio internacional serão julgadas pelo Judiciário Comum, enquanto que a jurisdição administrativa fica responsável pelo julgamento das impugnações das arbitragens que tenham como objeto normas imperativas do direito público Francês¹⁷⁰⁵.

Desse modo, em uma arbitragem realizada no Brasil, que, conforme já dito, adotou o sistema de jurisdição una, eventual nulidade do procedimento arbitral será sempre levada para o juiz competente da jurisdição comum, exista a participação do Poder Público ou não no procedimento arbitral.

Já em uma arbitragem realizada em Portugal, que, conforme visto, adotou o sistema de jurisdição dual, eventual nulidade será levada para a Justiça Comum local, no caso, o Tribunal de

¹⁷⁰³DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.191.

¹⁷⁰⁴FILHO, Napoleão Casado - *Arbitragem e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, São Paulo: Saraiva, 2017.p.51.

¹⁷⁰⁵MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.132.

Relação competente, quando se tratar de uma arbitragem civil e comercial¹⁷⁰⁶ que não tenha a participação do Poder Público no procedimento na condição de parte interessada. Entretanto, caso seja uma arbitragem portuguesa com a presença do Poder Público como parte, tal como é o caso dos litígios envolvendo uma Parceria Público-Privada, que é o objeto de estudo na presente tese de doutoramento, eventual ação de nulidade do procedimento arbitral deverá ser ajuizada perante a Justiça Administrativa e Fiscal portuguesa, no caso a própria legislação portuguesa prevê o encaminhamento para o Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo¹⁷⁰⁷ da circunscrição do local da arbitragem¹⁷⁰⁸.

No mais, em Portugal também existe a possibilidade de as partes envolvidas no litígio definirem que na arbitragem haverá recurso para a Justiça Local, bem como existe a obrigatoriedade de recursos nas causas envolvendo o Poder Público cujo valor ultrapasse €500.000(quinzentos mil euros).

Assim, nessas últimas situações a lógica será a mesma do pedido de nulidade: o recurso deverá ser encaminhado para a Justiça Estadual comum caso não haja a presença do Poder Público, no caso, para o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem e será encaminhado para a Justiça Administrativa e Fiscal, no caso o Tribunal Central Administrativo, quando se tratar de uma arbitragem envolvendo uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública Portuguesa.

Outra influência relevante do sistema de jurisdição adotado em cada Estado se dá em relação a definir a quem caberá apreciar eventual pedido de medida cautelar ou antecipatória.

Conforme já visto, no Brasil o próprio árbitro, por expressa disposição legal, poderá conceder eventual medida cautelar ou antecipatória diante de uma situação de urgência, o que faz a influência do sistema de jurisdição quanto ao presente ponto acabar sendo reduzida. De qualquer forma, caso a parte precise fazer um pedido de liminar para um juiz togado antes de ser definida a pessoa responsável por realizar uma arbitragem, a demanda será levada para o juiz competente do Poder Judiciário comum, estadual ou federal.

Já em Portugal, conforme também visto no tópico 2.12.2, por expressa disposição legal as partes poderão recorrer tanto ao próprio árbitro como ao Poder Judiciário caso exista a necessidade de alguma medida cautelar ou antecipatória. No último caso, não existindo a presença do Poder Público,

¹⁷⁰⁶MOTA, Marcel Moraes – A impugnação da sentença arbitral nos direitos português e brasileiro, *R/LB* Ano 6, N6 (2020), pp. 971-1022. p.1017. Lei 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Artigo 59.º Dos tribunais estaduais competentes 1 - Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre:

¹⁷⁰⁷Lei Portuguesa 13/2002. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Artigo 37.º Competência da Secção de Contencioso Administrativo. Compete à Secção de Contencioso Administrativo de cada tribunal central administrativo conhecer: b) Dos recursos de decisões proferidas por tribunal arbitral sobre matérias de contencioso administrativo, salvo o disposto em lei especial;

¹⁷⁰⁸63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa): Art.59: 2 - Relativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a competência para decidir sobre matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo, pertence ao Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do n.º 1, o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença.

será o Judiciário Comum Português quem definirá a questão cautelar, cabendo ao Judiciário Administrativo e Fiscal apreciar o pedido cautelar caso seja uma arbitragem no qual exista a presença do Poder Público como parte do litígio.

No mais, uma das partes envolvidas no litígio pode indevidamente se negar a cumprir a convenção de arbitragem buscando não participar de um procedimento arbitral. Naturalmente, caso a convenção de arbitragem seja clara sobre quem será o árbitro e sobre qual o procedimento a ser adotado, a outra parte precisará apenas dar início ao procedimento arbitral por meio de uma petição inicial e o árbitro intimará a outra parte do início do procedimento.

Entretanto, é possível existir a previsão da arbitragem, mas a partes ainda precisarem definir quem vai ser o responsável por exercer a função de árbitro. Diante dessa situação, caso uma das partes envolvidas no litígio se recuse a fazer a referida escolha, não restará alternativa para a parte que se sentir prejudicada a não ser procurar o Poder Judiciário com o objetivo de compelir o outro litigante a participar do procedimento de escolha do responsável por proferir a decisão arbitral.

Nesse último caso, a situação vai ser a mesma das anteriormente mencionadas: sendo um litígio no Brasil, bastará ao lesado distribuir a inicial da ação de obrigação de fazer no foro competente do Poder Judiciário; sendo uma arbitragem realizada em Portugal, no entanto, o lesado deverá ajuizar a execução perante o tribunal estadual comum quando não haja a presença do Poder Público ou ajuizará perante a Justiça Administrativa e Fiscal portuguesa se for uma causa envolvendo a Administração Pública.

Desse modo, na arbitragem não há o que se falar na diferenciação entre jurisdição una e jurisdição dual, sendo a referida diferenciação usada para a Justiça Estatal e não para a Justiça Privada, porém o modelo de jurisdição adotado em cada Estado terá influência na arbitragem no momento de se buscar alguma nulidade ou, quando for o caso, no momento de se apresentar um recurso, de pedir uma medida cautelar ou, ainda, de entrar com uma demanda para compelir a outra parte do litígio a cumprir o avençado na convenção de arbitragem.

De qualquer forma, mesmo não havendo o que se falar em modelo de arbitragem una ou em modelo de arbitragem dual, como as cortes arbitrais muitas vezes são criadas de forma especializada, a tendência é que o modelo de jurisdição adotado por cada Estado acabe vindo a ter influência quando do momento da criação das entidades arbitrais, existindo algumas entidades especializadas em direito privado e outras especializadas em direito público, sendo por essa razão que em Portugal existe o Centro de Arbitragem Comercial e também o Centro de Arbitragem Administrativa.

2.14 Considerações Finais do Capítulo

No presente capítulo vimos que existe uma série de opções para que as pessoas de um modo geral, incluindo o Poder Público, possam vir a resolver os seus conflitos, sejam sozinhos ou com a ajuda de um terceiro ou, ainda, com a decisão efetivamente sendo tomada por uma terceira na pessoa.

Diante da variedade de opções, a ideia não é se buscar qual é a melhor entre todas as existentes, mas sim a melhor para atender as peculiaridades de cada caso concreto, ampliando-se, assim, o acesso à justiça.

Nosso foco principal no presente capítulo se deu em estudar a arbitragem, mas assim o fizemos única e exclusivamente porque ela comumente vem sendo prevista como uma forma de resolução de conflitos nas Parcerias Público-Privada, sendo por isso que optamos por fazer o referido recorte pesquisa.

Entretanto, importante se faz aprofundar as investigações justamente do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, o que será feito no capítulo que se segue.

Capítulo III – Da arbitragem realizada nas Parcerias Público-Privadas

3.1 Introito

Mesmo com previsão legal permitindo, tanto no Brasil como em Portugal, é efetivamente possível na prática a resolução de conflitos em uma Parceria Público-Privada por meio da arbitragem e não por intermédio do Poder Judiciário? A utilização da arbitragem no decorrer das Parcerias Público-Privadas é uma forma eficaz e confiável de resolução de conflitos? Quais cautelas devem ser tomadas para garantir o sucesso de uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada?

As respostas a esses questionamentos representam o eixo central do estudo em testilha e serão objeto de análise neste derradeiro capítulo, uma vez que, conforme afirma JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, as formas de resoluções de conflitos em uma Parceria Público-Privada são essenciais para analisar os riscos existente no seu uso como forma de prestação do serviço público ou da realização de obras públicas¹⁷⁰⁹. No mesmo sentido, HARISANKAR K. SATHYAPALAN e SREEPARVATHY G afirmam que um sistema eficiente e com credibilidade de resolução de disputas é um dos principais fatores de sucesso de uma PPP¹⁷¹⁰.

3.2 Dos possíveis litígios em uma Parceria Público-Privada

A busca por mecanismos de resolução de conflitos nas Parcerias Público-Privadas se dá porque é possível a existência de litígios entre o Poder Público e o parceiro privado no decorrer da execução do contrato. Sendo assim, procuraremos no presente tópico resumir quais litígios podem surgir da referida espécie de contratação.

Inicialmente, podemos mencionar a discussão no que diz respeito sobre qual é o valor da indenização devida quando da extinção do contrato de Parceria Público-Privada, que pode ter mais de uma metodologia de cálculo¹⁷¹¹, sendo possível também a existência de um litígio em virtude da própria possibilidade de extinção do contrato quando se tiver como fundamentação um ato praticado pelo parceiro privado.

Outra situação passível de um litígio em uma Parceria Público-Privada se dá em relação à medida do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de uma causa superveniente, bem como em virtude dos valores envolvidos nas renegociações das Parcerias antigas.

¹⁷⁰⁹SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016. p.233.

¹⁷¹⁰SATHYAPALAN, Harisankar; G, Sreeparvathy - Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India - *Journal of Infrastructure Development*. V 5, N 1 (2013). pp.21-32. p.25.

¹⁷¹¹PRADO, Lucas Navarro - Extinção dos contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº8.987/95, In OLIVEIRA, Gesner; FILHO, Luiz Chysostomo de Oliveira - *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*, Rio de Janeiro: LTC, 2013. pp.287-298. p.288.

MARIA JOÃO ESTORNINHO menciona também os conflitos decorrentes da preocupação do parceiro privado em buscar o lucro o mais rápido possível com fito de recuperar o investimento inicial realizado¹⁷¹².

Existem, ainda, os litígios na fase pré-contratual, como, por exemplo, quando uma empresa for inabilitada da seleção que antecede a feitura do contrato de Parceria Público-Privada ou, ainda, em virtude da ausência de contratação com o adjudicatário.

Por fim, também podem existir em uma Parceria Público-Privada litígios entre os parceiros público e privado e os particulares em virtude dos danos eventualmente causados no decorrer da feitura de uma obra pública e da prestação de um serviço públicos.

Assim, voltaremos a abordar todas essas questões no decorrer do presente capítulo, principalmente a partir do tópico 3.7.

3.3 Da juridicidade do procedimento de arbitragem com o Poder Público no Brasil e em Portugal

O presente trabalho tem como foco estudar a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, tema de suma importância. A partir do momento em que uma atividade administrativa é realizada ao mesmo tempo pelo Estado e pelo parceiro privado, aumenta-se a possibilidade da existência de litígios, tornando-se necessário o estudo de mecanismos para a resolução deles, existindo um interesse de toda a sociedade nesse sentido, uma vez que a paz social é interesse de todos.

Desse modo, é importante especificar onde se encontra a previsão legal da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas no Brasil e em Portugal.

No Brasil, a própria lei que regulamentou o instituto das Parcerias Público-Privadas, editada em 2004, trouxe a possibilidade de uso da arbitragem para a resolução dos litígios que surgirem no decorrer do contrato público¹⁷¹³. Desse modo, claro está que existe no Brasil uma lei específica prevendo o uso da arbitragem para a resolução dos conflitos nas Parcerias Público-Privada, em verdade, para todos os meios privados de resolução de conflitos, não existindo apenas uma lei de caráter genérico.

¹⁷¹²ESTORNINHO, Maria João - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2003. p.56.

¹⁷¹³Lei 11.079/2004. Art. 11 O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.937, de 13 de fevereiro de 1995, **podendo** ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. (Grifos nossos).

Outrossim, a legislação brasileira trata a arbitragem na referida situação, assim como em toda e qualquer hipótese, como uma faculdade a depender das peculiaridades de cada caso concreto e mediante decisão fundamentada e não como uma obrigatoriedade do Poder Público.

Em Portugal, a situação não é diferente, pois a própria legislação lusitana que regula as Parcerias Públicos-Privadas, o Decreto-Lei 111/2012, prevê, em seu artigo 27¹⁷¹⁴, a participação das chamadas unidades técnicas nos processos arbitrais relativos às parcerias, tal como o Código de Contratos Públicos de Portugal prevê o uso da arbitragem como forma de extinção dos contratos públicos de um modo geral¹⁷¹⁵ e expressamente traz a previsão da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, ordenando que seja dado conhecimento do procedimento à autoridade responsável¹⁷¹⁶.

Desse modo, a próprias legislações portuguesa e brasileira preveem a arbitragem como forma de resolução dos conflitos envolvendo o Poder Público, inclusive nas Parcerias Público-Privadas, existindo autores considerando ultrapassada a discussão sobre se o Poder Público pode ou não participar da arbitragem¹⁷¹⁷, em especial nas suas relações com os parceiros privados, até mesmo porque as legislações brasileiras e portuguesas quanto ao tema possuem o respaldo das Supremas Cortes locais, não existindo qualquer decisão judicial determinando a inconstitucionalidade ou a suspensão das mesmas nem pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro nem pelo Tribunal Constitucional de Portugal, o que as torna plenamente em vigor e passíveis de serem aplicadas.

No Brasil, praticamente todas as leis abordando a delegação da prestação de serviço público para iniciativa privada editadas depois da década de noventa trazem a previsão do uso da arbitragem¹⁷¹⁸, assim como vem acontecendo com qualquer lei abordando o Direito Administrativo, sendo o caso, por exemplo, da recente lei 13.867/19¹⁷¹⁹, onde há previsão da arbitragem para as indenizações nas desapropriações, o que corrobora com a tese na qual, ao menos no plano legislativo, a arbitragem nas lides administrativas já está consolidada no Brasil da mesma forma como acontece em Portugal.

¹⁷¹⁴Decreto-Lei Português 111/2012: Artigo 27.º Acompanhamento de processos arbitrais. 1 - Compete, igualmente, à Unidade Técnica proceder ao acompanhamento dos processos arbitrais relativos às parcerias, disponibilizando, designadamente, todo o apoio técnico que lhe for solicitado pelos mandatários do parceiro público. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem os parceiros públicos dar conhecimento, no prazo de três dias, de qualquer pedido de submissão de litígio a arbitragem.

¹⁷¹⁵Decreto-Lei 18/2008: Art. 330.º Causas de extinção São causas de extinção do contrato: c) A resolução, por via de decisão judicial **ou arbitral** ou por decisão do contraente público, nos casos previstos nos artigos 333.º a 335.º (Grifos Nossos).

¹⁷¹⁶Decreto-Lei 18/2008: Artigo 342.º Acompanhamento de processos arbitrais: 1 - Quando, nos termos do contrato que configure uma parceria pública-privada, seja requerida a constituição de um tribunal arbitral para a resolução de litígios entre as partes, o respectivo contraente público deve comunicar imediatamente ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante o caso, a ocorrência desse facto, fornecendo todos os elementos que se revelem úteis ao acompanhamento do processo arbitral.

¹⁷¹⁷ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. p.76.

¹⁷¹⁸PEREIRA, Alexandre Marçal - O processo arbitral: aspectos gerais no Brasil e em Portugal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, N 2 (2019), pp.853-903. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019_02_0853_0903.pdf. p.874.

¹⁷¹⁹Lei Brasileira 13.867/19: Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 10-A. O poder público deverá notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização. **§ 3º** Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público procederá na forma dos arts. 11 e seguintes deste Decreto-Lei." "Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

A tendência mundial também é prever a possibilidade da arbitragem com a presença do Poder Público. A título de exemplo, no Equador a possibilidade de o Poder Público participar de um procedimento arbitral existe expressamente na legislação local desde o ano de 1953¹⁷²⁰.

No mais, conforme já visto, existem tanto no Brasil como em Portugal instituições aptas para a realização da arbitragem com a presença do Poder Público, o que demonstra a intenção em se buscar uma mudança de paradigma acerca da resolução dos conflitos com a presença do Poder Público.

Nesse sentido, FILIPE BRITO BASTOS afirma que a arbitragem administrativa coloca em paridade os particulares e a Administração Pública justamente por dar a um cidadão o poder de analisar a legalidade e o comportamento do próprio Poder Público quando do momento de resolver um conflito¹⁷²¹.

A realidade acima está trazendo à tona um novo princípio da Administração Pública, qual seja: o princípio da consensualidade, que vem acarretando mudanças na forma de pensar e de agir dos agentes públicos e na própria organização da Administração Pública¹⁷²², que deve se utilizar da busca do diálogo e do consenso com os administrados visando alcançar uma melhor eficiência na prestação dos serviços públicos¹⁷²³.

Além disso, existe uma mudança nos próprios cidadãos, que no passado tinham uma posição de mera obediência em relação ao Poder Público, mas no presente participam cada vez mais das decisões públicas, tonando-se cada vez mais empoderados¹⁷²⁴.

A realidade acima mencionada também é chamada de administração “participada”¹⁷²⁵ ou, ainda, de “administração pública Paritária”¹⁷²⁶ ou de “administração pública dialógica ou consensual”¹⁷²⁷. Na atualidade os autores de Direito Administrativo consideram que as decisões públicas tomadas por consenso são mais eficazes do que as decisões tomadas de forma unilateral e coercitiva pelos administradores públicos¹⁷²⁸, criando-se, dessa forma, uma democracia de índole mais

¹⁷²⁰ORELLANA, Edgar Neira - El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana, *Iuris Dictio*, M 11 (2007), pp.62-70. Disponível em [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/Iurisdictio.2007 62-70.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/Iurisdictio.2007%2062-70.pdf). 2007. pp.62-70. p.62.

¹⁷²¹BASTOS, Filipe Brito - A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso aos direitos nos tribunais portugueses, In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo - *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa: AAFDL, 2015. pp.77-98. p.83.

¹⁷²²OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013. p.153.

¹⁷²³AQUINO, Fernando Henrique Franco de - Consensualidade administrativa: inovações legais e jurisprudenciais no âmbito da contratação pública, *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, N 12 (2019) pp.119-145. p.121.

¹⁷²⁴KIM, Pan Suk -Desafios a la capacidad pública en la era de una administración pública en evolución y reforma del gobierno - *Revista Gestão polít. Pública*, V 16 N 2 (2007), pp.511-537. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13316208>. p.523.

¹⁷²⁵ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.25.

¹⁷²⁶NETO, Cássio Teles Ferreira - A arbitralidade nos contratos administrativos, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.211.221. p.214.

¹⁷²⁷COSTA, Alexander Seixas da; LIMA, Jerônimo Santos - Online dispute resolution (odr) na administração pública: desafios e oportunidades, In HANSEN, Gilvan Luiz; FERNANDES, Cristiane de SouzaStevens; STEVANS, Felipe Fernandes de Souza - *Jornadas sobre ética, justiça e gestão institucional*, Vol. 5, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação: Niterói, 2019. pp.284-285. p.285

¹⁷²⁸ARAGÃO, Alexandre Santos - A consensualidade no Direito Administrativo Acordos regulatórios e contratos administrativos, *Revista do Senado*, V 42, N 167 (2005), pp.293-310. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850>. pp.293-310. p.294.

participativa¹⁷²⁹, o que acaba gerando, como afirma FRÉDÉRIC CÔLIN ao analisar a evolução do Direito Administrativo francês, decisões administrativas tomadas com mais qualidade¹⁷³⁰.

Concordamos com a linha de pensamento mencionada do parágrafo anterior, pois a razão de ser do Direito Administrativo são os próprios administrados, que são os tutelados pelo referido ramo do Direito, devendo, na medida do possível, esses últimos participarem das decisões tomadas pelo Poder Público, até mesmo como forma de dar legitimidade aos atos praticados pelos administradores públicos.

É importante lembrar que o Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito não foi criado apenas como forma de fazer garantir as prerrogativas do próprio Poder Público e sim também como mecanismo para proteger o cidadão por meio da limitação estatal, permitindo, assim, ao Estado ser responsável por realizar, de forma direta ou indireta, os direitos fundamentais dos administrados¹⁷³¹.

Caso não existisse o Direito Administrativo, os poderes do Estado seriam ilimitados, o que aproximaria esse último das monarquias absolutistas, onde o monarca detinha amplos poderes, o que fragilizava a relação do Poder Público com os administrados¹⁷³².

Assim, como afirma MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o Direito Administrativo desde a sua origem é regido pelo binômio da proteção das prerrogativas do Poder Público de um lado e as sujeições às que ele deve obedecer como forma de proteger o cidadão de eventuais arbitrariedades do outro lado¹⁷³³. No mesmo sentido EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDES afirmam que o Direito Administrativo surgiu como uma reação contra as “técnicas de governo do absolutismo”¹⁷³⁴ e PEDRO GONÇALVES afirma que a função primária do Direito Administrativo é a defesa e proteção do cidadão¹⁷³⁵.

Desse modo, o Direito Administrativo deve sempre ser visto como uma relação entre o Poder Público e os cidadãos e nunca de forma isolada, o que faz a busca de mecanismos para resolver de forma consensual os conflitos existentes entre o Poder Público e os seus administrados ser uma medida em consonância com a própria origem do referido ramo do Direito Público, assim como está em consonância com a sua própria razão de existir.

No mais, quando se fala em a Administração Pública tomar decisões por meio do consenso, pensa-se primeiramente em situações nas quais sequer exista um litígio, como, por exemplo, as decisões acerca das políticas públicas que serão adotadas por cada Estado, que são as decisões

¹⁷²⁹PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos. (ADRS), In ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva - *Mediação de Conflitos*, Salvador: JusPodivm, 2016. pp.55-69. p.62.

¹⁷³⁰CÔLIN, Frédéric - L' Evolution des invariants ou les paradoxes du droit administratif français, In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.123-144. p.143.

¹⁷³¹FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.83.

¹⁷³²FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.483.

¹⁷³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.6.

¹⁷³⁴ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - *Direito Administrativo*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.442.

¹⁷³⁵GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020.p.98.

dentro da margem de discricionariedade do Poder Público, mas que cada vez mais se exige que sejam tomadas por meio de um consenso com os membros da sociedade civil, algo passível de ser feito por intermédio de audiências públicas ou de consultas públicas, sendo essa uma obrigatoriedade nas Parcerias Público-Privadas realizadas no Brasil¹⁷³⁶.

Tal como defende MAIS MORENO, as medidas mencionadas no parágrafo anterior não podem ser um procedimento meramente formal¹⁷³⁷, devendo a população efetivamente participar dos procedimentos de consulta, recebendo todos os esclarecimentos necessários, bem como todas as respostas aos questionamentos realizados. Naturalmente, o Poder Público não é obrigado a afetivamente seguir as sugestões formalizadas, mas a opção por uma outra forma de agir deve ser realizada de maneira fundamentada, permitindo aos cidadãos entenderem o porquê do não acolhimento de suas propostas.

Além dessas possibilidades, é possível a participação popular por intermédio de procedimentos mais complexos e formais, como, por exemplo, o plebiscito ou referendo¹⁷³⁸, tal como aconteceu em 23 de junho de 2016 no Reino Unido, quando a maioria da população local manifestou seu interesse em deixar a União Europeia, o chamado BREXIT¹⁷³⁹.

Em um segundo momento, no entanto, a busca da consensualidade pela Administração também deve ser realizada quando o Poder Público estiver envolvido em algum litígio, de forma a ser cada vez mais recomendada a busca de métodos consensuais de resolução das desavenças, o que não é uma realidade exclusivamente contemporânea, uma vez que, conforme visto no capítulo anterior, o estudo da arbitragem possui raízes históricas, incluindo no que diz respeito à arbitragem realizada com a presença do Poder Público, realidade também existente nas demais formas de resolução extrajudicial de conflitos, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e, ainda, a negociação.

Assim, pode-se dizer que existe a chamada arbitrabilidade subjetiva para os entes da Administração Pública, que é a capacidade de firmar um compromisso arbitral e de se fazer presente no mesmo¹⁷⁴⁰, realidade decorrente do fato de inexistir dúvidas na atualidade da capacidade do Poder Público firmar contratos tal como qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou de direito privado¹⁷⁴¹, sendo por essa razão que DIOGO ALBANEZE GOMES RIBEIRO afirma que defender a inviabilidade

¹⁷³⁶MORENO, Mais - *Participação do administrado no processo de elaboração das Parcerias-Público Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.151.

¹⁷³⁷*Idem, ibidem*. p.241.

¹⁷³⁸GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.685.

¹⁷³⁹MARÓN, Manuel Fondevila - "Brexit": corolário de varios fracasos políticos y posible preludio de una grand crisis jurídico-política em europa, In ALEVES, Ângela Limongi; paulino, Cátia; RIBEIRO, Gláucia e LIZIERO, Leonam. - *Direito público: diálogos nacionais e internacionais*, Rio de Janeiro: FGB /Pembroke Collins, 2019. pp.619-630. p.620.

¹⁷⁴⁰MELO, Dina; PESSOA, Daniel - A arbitragem nos contratos administrativos, In LEITE, F. Tarcisio - *Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Privado Patrimonial Brasileiro*, Fortaleza: UNIFOR, 2008. p.127.

¹⁷⁴¹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.56.

do Poder Público realizar a arbitragem seria o mesmo que defender a impossibilidade da Administração Pública contratar¹⁷⁴².

Entretanto, ainda que no plano teórico e legislativo a questão pareça estar resolvida, a situação não é tão simples na prática, pois ainda existem olhos que não enxergam bem a referida possibilidade em virtude de uma série de razões que serão cá abordadas, existindo segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO uma maior resistência nos Estados que, como Portugal, adotaram o modelo francês de jurisdição¹⁷⁴³, o que faz o Poder Público muitas vezes se negar a cumprir uma convenção de arbitragem na qual pactuou sob o argumento de não poder se submeter à referida espécie de resolução de conflitos em virtude de alguns argumentos que serão mencionados adiante.

Diante da realidade supramencionada, para evitar a sua participação em processos de arbitragem, o Poder Público, ainda que sem sucesso, muitas vezes se utiliza do ajuizamento da chamada “anti-suit injunction” (injunção antiprocessos)¹⁷⁴⁴, que é uma espécie de demanda proposta perante um juiz togado com o objetivo de impedir o início de um processo perante outra espécie de jurisdição, como por exemplo, a arbitragem, ou, ainda, suspender um processo já iniciado¹⁷⁴⁵.

Além disso, não encontramos uma grande quantidade de litígios envolvendo Parcerias Público-Privadas que foram resolvidos ou que estão sendo resolvidos por intermédio da arbitragem, tanto em Portugal como no Brasil, isso se comparado com a quantidade existente de litígios com a presença do Poder Público perante o Poder Judiciário brasileiro e o Português, o que demonstra a existência de uma resistência quanto ao uso do instituto nas lides oriundas das PPPs ou, ainda, a inexistência de uma consolidação do costume em não buscar o Judiciário para resolver as referidas espécies de causas, o que torna o Poder Público, ao menos no Brasil, o maior litigante do Poder Judiciário¹⁷⁴⁶. Nesse sentido, analisando as arbitragens realizadas pelas principais câmaras de arbitragem do Brasil entre os anos de 1989 e 2015, GUSTAVO DE ROCHA SCHMIDT constatou que, em um total de 1082 duas arbitragens realizadas no referido período, apenas 36 tinham como parte o Poder Público¹⁷⁴⁷.

A situação supramencionada é algo natural, pois se existe uma cultura em procurar o Poder Judiciário nas lides de um modo geral, é de se esperar que esse costume seja alargado quando se está diante de situações de conflito envolvendo o Poder Público, que é regido por regras e princípios jurídicos mais específicos e também mais rígidos, o que exige uma maior cautela dos agentes públicos

¹⁷⁴²RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p.58.

¹⁷⁴³RAIMUNDO, Miguel Assis - *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007. p.104.

¹⁷⁴⁴SCHWIND, Rafael Wallbach - *As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a Administração Pública*. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.177-226. p.188.

¹⁷⁴⁵*Idem, ibidem*. p.177.

¹⁷⁴⁶Fonte: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-10/volume-aco-es-envolvendo-estado-prejudicam-acesso-justica>.

¹⁷⁴⁷SCHMIDT, Gustavo da Rocha - *Arbitragem na Administração Pública*, Curitiba: Juruá, 2018. p.37.

no momento de se tomar qualquer decisão, em virtude até mesmo do temor pela perda dos seus cargos públicos, diferentemente do que acontece com as pessoas responsáveis por gerir os seus próprios negócios, que estão muito mais suscetíveis para o experimento de novas realidades, até mesmo porque o fazem sem maiores amarras legais.

A situação do Poder Público mencionada no parágrafo anterior é similar ao que acontece quando se pensa na utilização da mediação, da conciliação e da negociação para resolver os conflitos com a presença do Poder Público, conforme também já foi abordado nesta tese de doutoramento no capítulo II, o que faz o problema ser, em verdade, a falta de respaldo jurídico e político para os administradores buscarem tranquilamente meios extrajudiciais de resolução de conflitos, situação que acontece tanto no Brasil como em Portugal, ainda que no último caso o uso da arbitragem seja mais avançado.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, analisando o ordenamento jurídico brasileiro, defende categoricamente a inconstitucionalidade da lei das Parcerias Público-Privadas brasileira no que tange especificamente a opção pela arbitragem como forma de resolução de conflitos¹⁷⁴⁸.

Desse modo, conforme pode ser visto no entendimento do autor exposto na nota de rodapé, claro está que BANDEIRA DE MELLO defende caber apenas ao próprio Poder Público, por intermédio do Poder Judiciário, solucionar os litígios envolvendo a Administração Pública sob o argumento de que tudo na esfera pública é coisa “*extra commercium*” em virtude da grande importância dos interesses envolvidos para a sociedade, não podendo, dessa forma, na ótica do referido autor, a referida matéria ser objeto de um procedimento arbitral, onde, conforme visto outrora, deve se ter como objeto questões patrimoniais e que sejam passíveis de alienação.

A referida dúvida sobre a constitucionalidade do uso da arbitragem pelo Estado acontece devido ao fato de no Brasil, tal como em Portugal, a possibilidade da utilização do procedimento arbitral pelo Poder Público não estar prevista na própria Constituição, mas apenas na legislação infraconstitucional, diferentemente do que acontece em outros Estados, como, por exemplo, é o caso do Peru¹⁷⁴⁹.

A desconfiança no Brasil com o uso da arbitragem pelo Poder Público é tão significativa que o Projeto de Emenda Constitucional Brasileiro número 2 do ano de 2000, que acabou virando a Emenda

¹⁷⁴⁸Importante se faz trazer o inteiro teor do argumento do autor: “Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestações, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos-, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes a Sociedade como um todo; e, bem por isso, quando suscitar algum quadro conflitivo entre as partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário”. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009). p.783

¹⁷⁴⁹FREYRE, Mário Castillo; MINAYA, Rita Sabroso - El arbitraje y los adicionales de obra, *Revista de la Facultad de Derecho*, N 66 (2011), pp.319-33. Disponível em astillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/132_Laudos_mayorias_%20y_minorias.pdf. p.321.

Constitucional número 45, afirmava expressamente que a Administração Pública não poderia participar da arbitragem¹⁷⁵⁰. Apesar do referido ponto não ter sido aprovado, a simples existência de uma proposta de alteração nesse sentido, justamente na Emenda Constitucional que visava ampliar o acesso à justiça no Brasil, é um ponto extremamente relevante para demonstrar o temor do uso da arbitragem administrativa no Brasil.

Até mesmo defensores do uso da arbitragem de um modo geral colocam em dúvida a possibilidade de o Estado participar do dito procedimento, como é caso de SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE, autor de um livro defendendo a viabilidade do instituto, ao afirmar: “A arbitragem esbarra na fronteira das questões de Direito Público: não se aplica a arbitragem para dirimir querelas entre pessoas de direito público ou entre estas e privadas. As partes e os árbitros são pessoas de direito privado”¹⁷⁵¹.

Assim, o autor supracitado defende que na arbitragem todos, árbitros e julgadores, devem ser pessoas privadas, ou seja: ele defende dever ser a arbitragem apenas pessoas privadas julgando pessoas privadas.

Existem, ainda, autores que só aceitam a arbitragem nos contratos tipicamente privados realizados pelo Poder Público e não nos contratos tipicamente administrativos, aceitando ainda a arbitragem no caso dos contratos realizados pelas entidades privadas que integram a Administração Pública Indireta¹⁷⁵², como as empresas públicas.

No entanto, tal como lembra BRUNO LOPES MEGNA, as situações previstas no último parágrafo não são objeto de debates mais profundos, pois não existem maiores discussões de que o chamado Estado-Empresário é livre para se utilizar de formas jurídico-privadas¹⁷⁵³, tal como é o caso da arbitragem em sua essência. Pelo contrário, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, analisando a situação de Portugal, já defendia em 2007 ser positivo o uso da arbitragem pelas empresas públicas, inclusive para se utilizar de árbitros com especialização na área de atuação das ditas empresas¹⁷⁵⁴.

Desse modo, a discussão acaba sendo realmente se as pessoas jurídicas de direito público podem (ou podiam) ou não realizar a arbitragem nos contratos tipicamente administrativos, tal como acontece na delegação para a prestação de serviços públicos e para a realização de obras públicas.

Nessa senda, há autores que aceitam o uso da arbitragem pelo Poder Público, fazendo apenas a ressalva que a mesma não pode ser utilizada em toda e qualquer matéria envolvendo a

¹⁷⁵⁰Projeto de Emenda Constitucional Brasileira 29/2000: Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 98. §1º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.

¹⁷⁵¹ROQUE, Sebastião José - *Arbitragem: a solução viável*, 2ªed, São Paulo: Ícone, 2009. p.16.

¹⁷⁵²JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.55.

¹⁷⁵³MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.99.

¹⁷⁵⁴RAIMUNDO, Miguel Assis - *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007.p.107.

Administração Pública¹⁷⁵⁵. Pelo entendimento em testilha, deve ser analisado em cada caso concreto se o objeto do litígio envolvendo o Poder Público permite de resolução por intermédio da arbitragem ou se é uma das matérias em que ela não seria possível seja no aspecto jurídico ou seja no aspecto prático.

Desse modo, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, ao aprofundar o estudo sobre o tema no âmbito brasileiro, traz três correntes acerca da discussão sobre a realização da arbitragem pelo Poder Público, quais sejam: a corrente que não admite a arbitragem realizada pelo Estado em hipótese alguma; a corrente que admite a arbitragem realizada pelo Poder Público desde que haja previsão geral em lei e, por fim, a corrente que admite a arbitragem realizada pelo Poder Público nos casos em que haja previsão específica para atividade prestada pelo por esse último¹⁷⁵⁶, como, diga-se, acontece com as Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal.

No entanto, o mesmo autor afirmar que as discussões são concentradas mais nas duas últimas hipóteses relacionadas¹⁷⁵⁷, nas quais efetivamente permitem a arbitragem realizada pelo Poder Público com diferenças apenas quanto à extensão da referida possibilidade, ou seja, sobre a necessidade ou não de lei específica para cada tema possivelmente objeto de uma arbitragem.

Assim, demonstra-se a ser claramente minoritário o entendimento de BANDEIRA DE MELLO mencionado alhures no sentido do Poder Público não poder em hipótese alguma participar de um procedimento arbitral, até mesmo porque a busca pela resolução dos conflitos por intermédio da arbitragem também pode vir a ser considerada uma questão de relevante interesse coletivo caso venhamos a reconhecer as vantagens do referido procedimento de resolução de conflitos e que foram expostas no capítulo anterior da presente tese de doutoramento, sendo as mesmas aplicadas tanto às pessoas privadas como, com as adaptações cabíveis, ao Poder Público.

Desse modo, seguindo a linha da maioria da doutrina, discordamos do entendimento de BANDEIRA DE MELLO no presente ponto.

Entendendo dessa forma não estamos diminuindo a importância das questões envolvendo o Poder Público, mas apenas discordando da forma como a referida importância pode ser protegida e concretizada, pois entendemos ser o uso da arbitragem uma forma, em verdade, de atingir o próprio interesse público primário e não de ofender o mesmo.

O Tribunal de Contas da União brasileiro sempre adotou o terceiro entendimento acima mencionado de CARNEIRO DA CUNHA, ao tradicionalmente entender que só seria possível a arbitragem com o Poder Público nos casos em que houver lei específica prevendo a possibilidade de a

¹⁷⁵⁵GRAU, Eros Roberto Grau - Arbitragem e contrato administrativo, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, V 2 (2002), pp.141-148. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewc/72370>. 1. pp.141-148]. p.142.

¹⁷⁵⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.905.

¹⁷⁵⁷*Idem, ibidem*.905.

Administração Pública realizar a arbitragem¹⁷⁵⁸, tal como acontece, conforme acima mencionado, nas Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal.

O entendimento acima decorria do fato de que, antes mesmo da edição da lei brasileira das Parcerias Público-Privadas e da própria previsão na lei de arbitragem brasileira da possibilidade de o Poder Público realizar a arbitragem, existiam leis de assuntos bens específicos trazendo a possibilidade de arbitragem em contratos com a presença do Poder Público, o que acontecia, por exemplo, em alguns casos envolvendo petróleo¹⁷⁵⁹ e energia elétrica¹⁷⁶⁰.

De fato, na ausência de uma previsão geral em lei acerca da possibilidade da arbitragem no Brasil com a presença do Poder Público e diante da existência de leis trazendo a referida possibilidade para temas específicos, o entendimento do Tribunal de Contas da União Brasileiro era um entendimento razoável e passível de ser adotado dentro das circunstâncias legais então existentes, uma vez que, como afirma BRUNO LOPES MEGNA, da mesma forma que a existência de leis para algumas situações aumentava a segurança nas hipóteses previstas, elas acabavam vindo a gerar insegurança para as situações nelas não previstas¹⁷⁶¹.

Entretanto, com as últimas alterações na legislação brasileira, espera-se que a referida corte avance e passe a aceitar de forma mais ampla a arbitragem em toda e qualquer situação com a presença do Poder Público, o que já vem acontecendo em alguns casos de forma isolada, como no caso “Caso Libra” de 2018, no qual o Tribunal de Contas da União Brasileiro chegou até mesmo a sugerir a responsabilização dos agentes públicos em face da demora em instituir o procedimento arbitral¹⁷⁶².

Além disso, o mesmo tribunal de contas já aceita há algum tempo a arbitragem nos casos dos contratos privados realizados pelo Poder Público¹⁷⁶³, como, por exemplo, em um contrato de locação, adotando o entendimento de que os contratos da Administração Pública se dividem em contratos administrativos propriamente ditos e contratos tipicamente privados que são realizados pelo Poder Público, também chamados de “contratos públicos”¹⁷⁶⁴ no sentido amplo ou contratos privados da

¹⁷⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.1094.

¹⁷⁵⁹Lei Brasileira 9478/99: Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional

¹⁷⁶⁰Lei Brasileira 10848/2004: Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei: § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

¹⁷⁶¹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.111.

¹⁷⁶²*Idem, ibidem*. p.154.

¹⁷⁶³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.1095.

¹⁷⁶⁴ANTÔNIO, Isa - A fase de formação dos contratos públicos: breves notas sobre o contencioso pré-contratual. *Revista de Direito da Administração Pública*, N 2, V 1 (2019), pp. 232-264. p.237.

administração¹⁷⁶⁵ no sentido restrito, situação na qual a posição do Poder Público se assemelha ao do particular¹⁷⁶⁶, o que justificaria o uso da arbitragem da mesma forma como acontece com as pessoas estritamente privadas. Frise-se que alguns autores portugueses também realizam a mesma divisão, classificando os contratos públicos em contratos de gestão pública e contratos de gestão privada¹⁷⁶⁷, porém outros criticam a referida dicotomia¹⁷⁶⁸, enquanto outros, com base no Código de Contratos Públicos de Portugal, afirmam que os contratos públicos seriam os que possuem a presença de um ente adjudicante e os contratos administrativos seriam os regidos pelo Direito Administrativo, mas sem a presença de uma entidade adjudicante¹⁷⁶⁹.

Desse modo, ainda que com um entendimento mais restritivo, a Corte de Contas Federal do Brasil, possuidora da missão de controlar a coisa pública, reconhece a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública brasileira como forma de resolução de conflitos.

No mais, ainda na linha dos que colocam em dúvida a possibilidade da participação do Poder Público nos procedimentos arbitrais, um dos grandes questionamentos existentes seria uma possível ofensa ao princípio basilar da indisponibilidade do interesse público¹⁷⁷⁰, pois supostamente não seria possível ao Poder Público participar de um procedimento arbitral se ele mesmo não pode dispor da coisa pública.

Entretanto, os autores contrários à arbitragem com base no referido argumento deixam de analisar que, na atualidade, já se supera a antiga e “arbitrária”¹⁷⁷¹ conceitualização de que os contratos públicos são regidos por uma relação vertical, sendo atualmente priorizado os elementos da bilateralidade e do caráter sinalagmático do contrato¹⁷⁷², não havendo como se sustentar nos tempos atuais uma situação de total subordinação dos parceiros privados aos parceiros públicos¹⁷⁷³, posição a qual concordamos, principalmente diante do tema objeto da presente tese de doutoramento, tendo em vista estarmos diante de parcerias, ainda que elas sejam instrumentalizadas por meio de contratos, bem como devido ao fato de, conforme acima mencionado, existir na atualidade um novo princípio da Administração Pública, qual seja: o princípio da consensualidade.

¹⁷⁶⁵ALMEIDA, Mário Aroso de - *O problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Público Revisto*, Coimbra: Almedina, 2018.p.41.

¹⁷⁶⁶FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.182.

¹⁷⁶⁷SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017 . p.35.

¹⁷⁶⁸ESTORNINHO, Maria João - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2003. p.110.

¹⁷⁶⁹AZEVEDO, Patrícia Anjos; CARNEIRO, Davide Rua - A relevância do portal base, à luz dos princípios fundamentais da contratação pública e do procedimento de formação dos contratos públicos em Portugal, In *Revista Direito*, V29, N2 (2020), pp.9-27. p.11. Disponível em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7144>. p.11.

¹⁷⁷⁰JUNIOR, Tércio Sampaio - *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*, 4ªed, São Paulo: Atlas, 2003. p.176.

¹⁷⁷¹FONTOURA, Carolina Leite - As vantagens do uso da cláusula arbitral nos contratos de parceria público-privada, *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 17, N 7 (2012), pp.37-152. Disponível em <https://www.candidomendes.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/RevistaFDCM-Ucam17.pdf>.p.141.

¹⁷⁷²NUNES, Elisa Rangel - A contratação pública vista à lupa do instituto da arbitragem e do Tribunal de Contas de Angola, In *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*. Braga: NEDIP, 2017. p.199.

¹⁷⁷³OLIVEIRA, Henrique Justino de Oliveira - A arbitragem e as parcerias público-privadas, *Revista de Direito Administrativo*, V 241 (2005), pp.241-272. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43372.p.243>.

Além disso, o interesse público não pode ser confundido com os interesses pessoais, políticos ou privados dos próprios governantes e sim com o interesse da nação¹⁷⁷⁴, incluindo o interesse pela resolução pacífica e célere de todos os conflitos, inclusive e principalmente os conflitos envolvendo a própria Administração Pública, até mesmo porque já se encontra, conforme já abordado anteriormente nesta tese doutoral, afastada tanto do Brasil como de Portugal, a adoção de um regime patrimonialista de administração pública, não podendo mais essa última ser gerida ao bel prazer dos administradores públicos.

Nesse diapasão, na linha do que também já foi abordado neste trabalho quando se falou do princípio da indisponibilidade do interesse público, é necessário se fazer a diferenciação entre o interesse público secundário e o interesse público primário¹⁷⁷⁵, sendo esse o último o considerado indisponível, uma vez que deve, nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, “desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”¹⁷⁷⁶, tal como acontece tanto no Brasil como também em Portugal.

Desse modo, mesmo quando o interesse público secundário exija a tentativa de se buscar evitar prejuízos para os cofres públicos, o que deve ser perseguido pela Administração Pública de forma prioritária é a satisfação e o bem-estar de toda a sociedade, por meio do interesse público primário, que é, como afirma HUGO NIGRO MAZZILLI, o verdadeiro interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)¹⁷⁷⁷.

Assim, o que deve ser analisado são os benefícios para a sociedade da solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio da arbitragem, fazendo um contraponto com a solução dos conflitos realizada por intermédio do Poder Judiciário, sempre analisando as peculiaridades de cada caso concreto, buscando se ter certeza que a opção realizada atenda ao interesse público primário, independentemente do resultado do julgamento, que será sempre imprevisível, independentemente do mesmo ser realizado por um árbitro ou por um juiz togado.

Nesse sentido, BRUNO LOPES MEGNA frisa que muitas vezes o interesse público está justamente em não ajuizar qualquer ação ou reconhecer como correto o pedido da parte adversa, bem como em não recorrer e até mesmo em desistir de uma demanda judicial¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁴ NUNES, Elisa Rangel - A contratação pública vista à lupa do instituto da arbitragem e do Tribunal de Contas de Angola, In *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga: NEDIP, 2017. p.206.

¹⁷⁷⁵ CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467. p.453.

¹⁷⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto - *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 7ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.58.

¹⁷⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro - *O acesso à justiça e o Ministério Público*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2007. p.43.

¹⁷⁷⁸ MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.65.

Seguindo a mesma linha de raciocínio aqui mencionada, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO afirma, ao defender a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública, que não há o que se falar em “negociar o interesse público e sim em negociar os modos de atingi-los com mais eficiência”¹⁷⁷⁹. No mesmo sentido, ADILSON ABREU DALLARI afirma que o Poder Público, ao optar pela arbitragem, não está transigindo com o interesse público, mas sim buscando “uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”¹⁷⁸⁰.

De fato, o Poder Público, ao optar pela arbitragem, não renuncia ao direito que está sendo objeto do litígio, como faz, em parte, na mediação, na conciliação e na negociação, conforme já estudado na presente tese, mas apenas opta por uma forma de resolução do litígio que reputa mais adequada, renunciando o Poder Público, em verdade, apenas à jurisdição estatal¹⁷⁸¹, mas sem abrir mão da jurisdição no sentido amplo da palavra, mormente quando se defende, tal como fazemos na presente tese de doutoramento, que a arbitragem possui natureza jurídica de jurisdição, sendo uma das espécies possíveis dessa última ao lado dos julgamentos realizados pelos membros do Poder Judiciário.

Outrossim, é possível ao Poder Público optar pelo procedimento arbitral em conjunto com o particular e o feito ser julgado de forma totalmente procedente para a própria Administração Pública¹⁷⁸², tal como também pode vir a acontecer nas demandas perante o Poder Judiciário, dependendo a diferenciação do julgamento muito mais da instrução processual, ou seja, das provas produzidas, do que do órgão responsável pelo julgamento da causa.

No mais, tanto o procedimento judicial como o procedimento arbitral, conforme já exposto em outras partes deste estudo, devem ser regidos pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, seja em Portugal seja no Brasil, devendo ser oportunizado às partes envolvidas o uso de todos os meios de provas em Direito admitidos, bem como a oportunidade de se manifestar acerca de cada argumento defendido pela parte contrária, rebatendo os que supostamente estejam em desconformidades com os fato e com os ordenamentos jurídicos.

Assim, uma preocupação muito mais relevante do que decidir quem será o responsável por julgar determinado litígio deve ser buscar mecanismos para instruir os processos da forma mais ampla e igualitária possível, sejam os mesmos realizados por meio de um procedimento arbitral ou sejam os

¹⁷⁷⁹NETO, Diogo de Figueiredo Moreira - Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século: o caso brasileiro, *Revista de Direito Processual Geral*, N 57 (2003). Disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. pp.106-126. p.224.

¹⁷⁸⁰DALLARI, Adilson Abreu - Arbitragem na concessão de serviço público, *Revista de informação legislativa*, N 32 (1995), pp. 63-67. p.66.

¹⁷⁸¹PEREIRA, Ana Lúcia Pretto; GIOVANNI, Ana Elisa Pretto Pereira - Arbitragem na Administração Pública Brasileira e indisponibilidade do Interesse Público, *Revista Quaestio Iurisp*, N 2, V 10 (2017), PP. 1146-1161. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491>. p.1154.

¹⁷⁸²TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.256.

mesmos realizados por meio de um procedimento judicial, permitindo que o responsável por tomar a decisão possa chegar o mais perto possível da verdade dos fatos.

Nesse diapasão, evitar a judicialização dos conflitos por meio da arbitragem não é uma forma de dispor do interesse público, mas de alcançar o mesmo de forma mais eficiente, mais célere e até mesmo com menos sacrifício dos próprios interesses da Administração Pública¹⁷⁸³, até mesmo porque, dentro do entendimento de MOREIRA NETO acima mencionado, na arbitragem, diferentemente do que pode acontecer, por exemplo, na mediação e na conciliação e também na negociação, não há qualquer disposição de direitos ou de bens, mas apenas a opção por uma forma de pacificação dos conflitos diferente do Poder Judiciário, não devendo haver, dessa forma, o que se falar em eventual receio do agente público responsável por escolher participar de um procedimento arbitral em nome do Poder Público vir a sofrer um processo administrativo disciplinar em virtude de uma suposta ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Desse modo, a busca do interesse público não deve ser tratada apenas como um contraponto ao interesse privado e sim na busca de se expandir o máximo possível os interesses individuais e coletivos¹⁷⁸⁴, o que pode vir a acontecer justamente com o estímulo ao uso de outros meios adequados de resolução de conflitos diferentes do Poder Judiciário.

No mais, quando se fala em evitar a judicialização em litígios envolvendo a Administração Pública, não podemos deixar de lembrar que o Poder Judiciário também é parte da própria Administração Pública e, por isso, tirar os juízes togados de sua inércia necessariamente vai trazer gastos públicos que podem vir a ser evitados com uma resolução de conflitos realizada por meio arbitragem.

Especificamente em Portugal, JOSÉ CONDE RODRIGUES¹⁷⁸⁵, analisando o artigo 1º, 5, da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal¹⁷⁸⁶, afirma em artigo de 2016 que a arbitragem com a presença do Poder Público poderá ser livremente realizada no caso de envolver questões de índole privada e precisará de uma lei habilitante no caso de envolver questões de ordem pública. Entretanto, a lei mencionada na parte final do parágrafo anterior não é, para o referido autor, uma lei de caráter

¹⁷⁸³KLEIN, Aline Alicia - A arbitragem nas concessões de serviço público, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.63-109. p.68.

¹⁷⁸⁴BINEMBOJM, Gustavo - As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. V 241 (2005), pp.159-175. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/ndex.php/rda/aarticle/view/43332>. p.174.

¹⁷⁸⁵RODRIGUES, José Conde - A arbitragem administrativa: entre a LAV e o CPTA, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 12-17. p.13.

¹⁷⁸⁶Lei Portuguesa 63/2011(Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa). Artigo 1.º. Convenção de arbitragem. 5 - O Estado E outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.

abstrato, mas sim uma lei de efeitos concretos, ou seja, uma lei na sua forma, mas um ato administrativo em seu conteúdo¹⁷⁸⁷.

Por outro lado, o mesmo autor supramencionado, ao analisar o artigo 180 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos em Portugal¹⁷⁸⁸, afirma, em posição na qual concordamos, existir no referido dispositivo legal uma cláusula de abertura para a realização de arbitragem com a presença do Poder Público, salvo disposição em sentido contrário em legislação especial¹⁷⁸⁹.

Desse modo, nas causas mencionadas no artigo legal acima mencionado nos pareciam desnecessária a existência de lei habilitante, salvo expressa disposição proibitória em lei mais específica. Outrossim, as matérias em questão são extremamente amplas, pois incluem as causas envolvendo emprego público, responsabilidade do Estado, nulidade de atos administrativos e contratos públicos, como é caso das Parcerias Público-Privadas, objeto da presente tese doutoral.

Por fim, todas as discussões acima mencionadas estão superadas no âmbito da contratação pública portuguesa, pois a atual redação do Código de Contratos Públicos de Portugal, com redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, prevê expressamente o uso da arbitragem nos contratos públicos portugueses¹⁷⁹⁰.

Enfim, nos alinhamos a corrente dos que defendem que realização da arbitragem pelo Poder Público, especificamente nas Parcerias Público-Privadas, está amparada pela legislação brasileira e pela legislação portuguesa, bem como pelos princípios que regem a Administração Pública em ambos os Estados. Assim, adotamos o entendimento chamado por CARMEN TIBÚRCIO de “favor arbitratis”¹⁷⁹¹ em relação aos contratos aos contratos públicos.

Além do mais, o entendimento defendido na presente tese de doutoramento tem o respaldo das supremas cortes portuguesas e brasileiras, como foi verificado no famoso caso LAGE no Brasil¹⁷⁹², julgado no ano de 1973, antes mesmo da edição da atual Lei de Arbitragem Brasileira, onde a

¹⁷⁸⁷RODRIGUES, José Conde - A arbitragem administrativa: entre a LAV e o CPTA, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 12-17. p.13.

¹⁷⁸⁸Lei Portuguesa 15/2002. (Código de processo nos tribunais administrativos): artigo 180º. Tribunal Arbitral. 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução; b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso; c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva. d) Litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis

¹⁷⁸⁹RODRIGUES, José Conde - A arbitragem administrativa: entre a LAV e o CPTA, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 12-17. p.13.

¹⁷⁹⁰Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Art.476. Resolução Alternativa de Conflitos: 1 - O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido, nos termos da lei, para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código.

¹⁷⁹¹TIBÚRCIO, Carmen - A arbitragem envolvendo a Administração Pública, *Revista de Direito da Faculdade UERJ*, N 18 (2010), pp.1-11. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduEr>. p.8.

¹⁷⁹²OLIVEIRA, Gustavo Justino de - Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes, *Et al, Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>.pp.1-28.p.4/5.

Suprema Corte do Brasil definiu que seria possível a arbitragem com participação da Fazenda Pública como parte¹⁷⁹³.

Outrossim, a opção pela arbitragem vem sendo efetivamente utilizada em algumas Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal ainda que em uma quantidade menor da qual se espera.

A título de exemplo, na Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil, dos nove contratos de reforma e construção de estádios que tiveram a presença do Poder Público, em quatro deles (Natal, Salvador, Belo Horizonte e Recife) houve uma cláusula compromissória prevendo a arbitragem¹⁷⁹⁴. Já em Portugal, conforme será visto no tópico 3.6, a concessão da Autoestrada Douro Litoral, que tem 129 quilômetros e serve a cidade do Porto, segunda maior cidade de Portugal¹⁷⁹⁵, passou por um processo de arbitragem.

Nesse diapasão, em tese de doutoramento sobre a arbitragem brasileira nas causas tributárias, LEONARDO VARELLA GIANNETTI afirma não existir dúvida de que a arbitragem realizada pela Administração Pública não fere o princípio da supremacia do interesse público primário, não havendo impedimento para que o Poder Público participe da referida espécie de procedimento, salvo se em algum caso concreto existir uma lei vedando a opção da arbitragem pelo administrador público¹⁷⁹⁶.

De qualquer forma, a juridicidade do procedimento da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas não quer dizer que ele não esteja livre de problemas, de dúvidas e de questionamentos por parte dos estudiosos e dos profissionais que tratam do assunto, conforme será aprofundado no tópico seguinte, uma vez que as dificuldades existentes devem ser enfrentadas para efetivamente se viabilizar o alcance dos fins almejados com o uso da referida sistemática de resolução de conflitos.

3.4 Dos problemas da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas

A doutrina portuguesa e a doutrina brasileira, ainda os que reconhecem a importância do instituto e defendem o seu uso, mencionam alguns problemas ou desconfiâncias no respeitante a opção pela arbitragem nas lides com a presença do Poder Público e um deles seria um possível choque entre dois interesses: o econômico e o político¹⁷⁹⁷, ou seja, até que ponto o poder econômico pode influenciar o resultado do julgamento arbitral realizado com a presença do Poder Público de

¹⁷⁹³ *Idem, ibidem*. p.4/5.

¹⁷⁹⁴ CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.449.

¹⁷⁹⁵ Fonte: <https://www.tpf.pt/pt/concessao-do-douro-litoral-c-1340-5-193-6.html>.

¹⁷⁹⁶ GIANNETTI, Leonardo Varella - *A arbitragem no Direito Tributário Brasileiro: possibilidade e procedimentos*, 2017, Tese de doutoramento, Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p.123.

¹⁷⁹⁷ FACHIN, Melina Girardi - Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no juízo arbitral, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, V2, N 2 (2005), pp.119-140. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5426>.p.123.

forma a desestimular a opção por esse último pelo procedimento arbitral ou até mesmo a gerar a nulidade do decidido pelo árbitro ou pela entidade arbitral. Existindo, nas exatas palavras de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, um temor com a “dominação da justiça por parte de grupos ou classes social e economicamente mais influentes”¹⁷⁹⁸.

Assim, a questão acima mencionada passa pela própria dúvida se os árbitros possuem a mesma independência dos juízes togados para o exercício de suas atividades, sendo, nas palavras de JOEL FIGUEIRA JUNIOR, a isenção do árbitro “fundamental e imprescindível para a validade e consequência eficaz da tutela jurisdicional privada por ela prestada”¹⁷⁹⁹.

Nesse sentido, JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA, em estudo abordando especificamente a arbitragem internacional entre Estados e Investidores no âmbito do ICSID- Centro Internacional para a Solução de Disputas relativas a Investimentos, afirma que no referido centro arbitral também há uma desconfiança acerca da imparcialidade dos árbitros devido ao fato de existirem alguns incentivos para esses últimos penderem para julgar em favor dos investidores privados, principalmente no respeitante à possibilidade dos árbitros aumentarem suas chances de participarem de novos tribunais para julgamento de outras causas, além do fato dos responsáveis pela arbitragem comumente possuírem uma visão mais liberal, o que os aproxima mais das grandes corporações do que dos Estados¹⁸⁰⁰.

Apesar do exemplo acima se dar em relação a casos envolvendo a arbitragem internacional, diferentemente da presente tese de doutoramento que tem como recorte de investigação a arbitragem com a presença do Poder Público no âmbito interno dos Estados brasileiro e português, a preocupação levantada também deve existir nos casos objeto do presente estudo.

Desse modo, entendemos que, de fato, um dos problemas a ser enfrentado nas arbitragens realizadas nas Parcerias Público-Privadas é uma possível influência que as grandes corporações contraentes com o Poder Público possam vir a ter nas entidades arbitrais privadas, até porque muitos dos contratos públicos envolvem cifras econômicas de grande vulto, o que pode representar até mesmo a continuidade ou não de determinada empresa no seu mercado de atuação ou, ainda, a manutenção da saúde financeira do parceiro privado para cumprir os termos do próprio contrato público em vigor.

No mais, a dúvida se a atuação do árbitro é realmente independente pode ser um motivo para o Poder Público optar pelo Poder Judiciário no momento de resolver os conflitos inerentes às Parcerias Público-Privadas, uma vez que, por expressas disposições constitucionais, o referido poder é regido

¹⁷⁹⁸ROCHA, Joaquim Freitas da - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>. p.405.

¹⁷⁹⁹JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.235.

¹⁸⁰⁰COSTA, José Augusto Fontoura - *Investidores brasileiros e arbitragem internacional*, V 4, N 6. Rio de Janeiro: Pontes/ FGV, 2008.p.2.

pela independência tanto em Portugal¹⁸⁰¹ como no Brasil¹⁸⁰². Além disso, diferentemente dos árbitros, os juizes são inamovíveis, o que os dá uma maior garantia para o exercício de suas funções¹⁸⁰³.

Além disso, como o árbitro não exerce um cargo público, o chamado risco de captura é ainda maior do existente nas atividades realizadas pelos agentes públicos possuidores de um cargo público efetivo. O referido risco se dá quando agentes públicos, normalmente ocupante de cargos temporários, são cooptados por empresas privadas para usarem os seus conhecimentos adquiridos no exercício da função pública em benefício da iniciativa privada. Ao falar do referido risco, BRUNO LOPES MEGNA chega a afirmar ser ingênuo acreditar inexistir nos árbitros a preocupação com sua posição no mercado, o que se for convertido em uma maior diligência para a realização de um bom trabalho não gera qualquer problema, mas se existir a possibilidade de o árbitro acabar sendo tendencioso para agradar uma das partes, existirá uma patologia que deverá ser enfrentada e combatida¹⁸⁰⁴.

O problema do risco da captura é que os conhecimentos utilizados muitas vezes não são meramente técnicos e sim questões sigilosas inerentes ao Poder Público e nas quais a iniciativa privada possui interesse para poder ficar em uma situação privilegiada perante os seus concorrentes.

Sendo assim, especificamente em relação aos agentes públicos, é comum a existência de previsões legais buscando evitar a cooptação dos mesmos pelas grandes corporações, tal como acontece no Brasil em relação às agências reguladoras, cuja legislação de regência prevê o instituto denominado pela doutrina de quarentena, que impede os ex-dirigentes das agências reguladoras de trabalharem na iniciativa privada no mesmo setor no qual trabalhavam nas referidas agências às quais estavam vinculados pelo período de quatro meses após a exoneração¹⁸⁰⁵.

No período mencionado no parágrafo anterior, os referidos dirigentes continuarão sendo remunerados pelos cofres públicos mesmo sem trabalharem, o que servirá para não estimular o contato com empresas privadas de forma marginal, uma vez que a manutenção financeira estará garantida no referido período.

Acreditamos que a medida acima mencionada de remunerar os ex-dirigentes é salutar, uma vez que, não existindo a referida possibilidade para os que estão na quarentena, a Administração Pública poderia encontrar dificuldades em conseguir bons quadros que aceitassem exercer funções

¹⁸⁰¹Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 203.º. Independência. Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

¹⁸⁰²No Brasil a independência do Poder Judiciário decorre das prerrogativas dadas aos juizes togados pela própria Constituição Brasileira de 1988, que prevê o seguinte: Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁸⁰³CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.117.

¹⁸⁰⁴MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.145/146.

¹⁸⁰⁵TORRES, Caroline de Fátima da Silva; NETO Álvaro de Oliveira Azevedo - *A regulação no Brasil e o risco de capturas econômicas envolvido na sua operacionalidade*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bed827b4857bf056>. Recife: 2012. pp.1-22. p.17.

diretivas nas agências reguladoras sabedores de que necessariamente deveriam passar, após o mandato, um período razoavelmente longo sem qualquer remuneração. Além disso, a ausência de remuneração no período poderia estimular os mesmos a realizarem atividades de forma clandestina, possivelmente cedendo à cooptação que se busca justamente evitar. Desse modo, percebe-se que evitar o risco da captura é uma preocupação dos legisladores, ao menos no Brasil em relação aos agentes públicos.

Entretanto, em relação à arbitragem não existe previsão similar para os árbitros nem na legislação brasileira nem na legislação portuguesa, o que acaba vindo a gerar uma preocupação sobre a possibilidade da “captura” dos árbitros pelas grandes corporações que tenham interesses privados meramente egoísticos nos resultados das decisões dos árbitros.

Em França, por exemplo, em face dos receios acima mencionados, foi proibida durante anos a realização da arbitragem com a participação do Estado como parte do litígio¹⁸⁰⁶, só recentemente, quando se editou a nova lei das Parcerias Público-Privadas francesa, é que a arbitragem com o Poder Público passou a ser expressamente aceita no referido Estado¹⁸⁰⁷, mesmo assim com discussões judiciais que culminaram com a necessidade do Supremo Tribunal Administrativo da França (“Conseil d'Etat”) atestar a constitucionalidade do referido procedimento de resolução de conflitos nas PPPs francesas¹⁸⁰⁸, realidade que faz a França, apesar de ser uma das maiores economias do mundo, ser considerada o Estado com mais restrição ao uso da arbitragem pela Administração Pública¹⁸⁰⁹.

Desse modo, realmente é importante a existência de uma maior preocupação com o ponto acima mencionado, conforme será abordado em seguida no momento de se falar das cautelas necessárias para a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas.

Por outro lado, há ainda os que veem a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas com bom os olhos, porém levantam preocupação com previsões sobre a obrigatoriedade da opção pela mesma ou ainda a obrigatoriedade de renunciar aos recursos ao Poder Judiciário, o que daria uma “margem de liberdade mínima”¹⁸¹⁰ para as partes envolvidas no litígio.

Porém, como já abordado, a arbitragem não é obrigatória, como regra, nem no Brasil nem em Portugal e a limitação da margem de liberdade é a mesma existente nas lides solucionadas pelo Poder Judiciário, não nos parecendo, desse modo, ser a referida preocupação relevante.

¹⁸⁰⁶FACHIN, Melina Girardi - Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no juízo arbitral, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, V2, N 2 (2005), pp.119-140. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5426>.p.127.

¹⁸⁰⁷WALD, Arnaldo - A Infra-Estrutura, as PPPs e a Arbitragem, *Revista de Direito Público*, V 2, N 10. (2005), pp.16-30. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/511>. p.28.

¹⁸⁰⁸HEITZMANN, Pierre - *International Construction Law Review*, V 23, Part. 1. (2006). pp.19-38. p.21.

¹⁸⁰⁹ACCIOLY, João Pedro - Arbitragem e Administração Pública: um panorama global, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.01-31. Disponível em www.revistas.usp.br/rdda.p.11.

¹⁸¹⁰FONSECA, Isabel Celeste - A arbitragem na contratação Pública em Portugal? Uma realidade com futuro? *Ruc.udc.es*, 4º. (2012), pp.355-371. Disponível em https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2182/9169/comunicacions_05_Celeste_Fonseca.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p.366.

Por outro lado, vimos anteriormente nesta tese doutoral existirem situações, como as causas envolvendo as concessões rodoviárias, nas quais a arbitragem em Portugal é obrigatória, inclusive para o próprio Poder Público. Em relação a esse ponto, concordamos com os autores que demonstram preocupação com a dita obrigatoriedade e consideramos ser o ideal uma mudança da legislação para excluir qualquer possibilidade de arbitragem obrigatória ou, ao menos, para prever que a dita obrigatoriedade não atinja o Poder Público.

Entretanto, mesmo não havendo a alteração supramencionada, entendemos que a obrigatoriedade em questão não deve ser encarada como um problema para a realização da arbitragem pelo Poder Público, até porque esse último não pode se furtar também de ter os seus litígios resolvidos pelo Poder Judiciário. A participação obrigatória na arbitragem apenas aumenta as cautelas a serem tomadas pelo Poder Público quando do momento de participar do dito procedimento.

Outrossim, importante mencionar que na resolução dos conflitos realizadas por um juiz togado o Poder Público não possui, como regra, grandes possibilidades de interferir no procedimento a ser utilizado, diferentemente do procedimento arbitral, no qual, ainda que obrigatório, a Administração Pública possui uma maior margem de ditar as regras do procedimento em comum acordo com a outra parte envolvida no litígio, seja no momento da realização da convenção de arbitragem seja nos momentos antecedentes ao início do procedimento arbitral.

Outras duas preocupações mencionadas na doutrina seriam o fato de a arbitragem poder ser sigilosa, o que geraria um choque com o princípio da publicidade ou da transparência dos atos praticados pelo Poder Público, bem como o entendimento de alguns autores acerca da necessidade de existir uma autorização legal específica para cada tipo de arbitragem, em decorrência do princípio da legalidade, que rege a Administração Pública¹⁸¹¹.

De fato, a Administração Pública é regida pelo princípio da publicidade, o que, como regra, torna inaceitável a sua participação em um processo sigiloso, não podendo a confidencialidade da arbitragem com a presença do Poder Público ser vista da mesma forma como acontece na arbitragem apenas com a presença de particulares, tendo em vista a existência de recursos públicos envolvidos¹⁸¹².

Entretanto, a adoção do sigilo em um procedimento arbitral é uma mera faculdade para qualquer pessoa optante pela referida forma de resolução de conflitos, podendo as partes envolvidas estipularem a publicidade do procedimento¹⁸¹³, o que, no caso das arbitragens realizadas pelo Poder

¹⁸¹¹KLEIN, Aline Alicia - A arbitragem nas concessões de serviços públicos, In PEREIRA, Guimarães Cesar Augusto *Et al - A arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.63-109. p.81.

¹⁸¹²MAÇÃS, Maria Fernanda - Notas sobre um modelo de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp 20-30. p.27.

¹⁸¹³CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública. In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467. p.458.

Público, acaba se tornando uma obrigatoriedade, salvo nos casos em que excepcionalmente seja permitido o sigilo nos atos praticados pelo Poder Público.

Dentro desse panorama, a lei brasileira número 13.129/2015 alterou a Lei de Arbitragem local e passou a prever expressamente a necessidade de a arbitragem envolvendo o Poder Público obedecer ao princípio da publicidade, até mesmo como forma de garantir a atuação dos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União e dos Estados¹⁸¹⁴.

Em Portugal, não temos qualquer dúvida que, tendo em vista os princípios regedores da Administração Pública, a arbitragem com a presença do Poder Público no referido Estado também não pode ser, ao menos como regra, sigilosa, até mesmo porque o Código de Processo Administrativo nos Tribunais de Portugal possui um artigo regulamentando a publicidade nos processos com a presença do Poder Público¹⁸¹⁵, não existindo dúvida de que o mesmo deve ser aplicado também na arbitragem administrativa.

Naturalmente, há casos envolvendo o Poder Público que devem, em prol do interesse público, ser sigilosos até mesmo nas lides realizadas perante o Poder Judiciário, situação na qual a arbitragem também será naturalmente sigilosa, o que seria uma exceção ao princípio da publicidade como forma de preservar a intimidade das pessoas e o próprio interesse público primário. Nesses casos, poderá ser acordada na convenção de arbitragem quais os pontos do procedimento arbitral ficarão sob sigilo, como, por exemplo, as questões estritamente necessárias para preservar o próprio interesse público¹⁸¹⁶.

Outrossim, no tocante uma suposta ofensa ao princípio da legalidade, CARLOS ALI SUNDFELD afirma que, em verdade, a submissão da Administração Pública não é à lei e sim ao Direito e não necessariamente à lei criada pelo Poder Legislativo¹⁸¹⁷.

O entendimento do autor mencionado no parágrafo anterior seria o que as doutrinas brasileira e lusitana vêm chamando de “bloco de juridicidade”¹⁸¹⁸ ou, ainda, princípio da juridicidade¹⁸¹⁹, não estando o Poder Público atrelado apenas à lei no sentido estrito, mas sim ao Direito como um todo, o que também inclui os princípios e a outros instrumentos normativos, em especial, no âmbito internacional, aos tratados celebrados pelo Poder Público e que passaram pelo procedimento de incorporação interno, formando todas essas normas em conjunto o chamado “bloco juridicamente

¹⁸¹⁴MARTINS, André Chateaubriand - *A Administração Pública na reforma da arbitragem*, In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe, Guimarães - *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*, 2ªed, São Paulo: Atlas, 2017. pp.21-34. p.27.

¹⁸¹⁵Lei Portuguesa 15/2002(Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Artigo 30.º Publicidade do processo e das decisões 1 - Quando o considere conveniente, o tribunal pode determinar, oficiosamente ou a requerimento e expensas do autor, que a propositura da acção seja objecto de publicidade pela forma adequada, atendendo ao âmbito territorial da questão.(...).

¹⁸¹⁶KLEIN, Aline Alicia - A arbitragem nas concessões de serviços públicos. In PEREIRA, Guimarães Cesar Augusto *Et al - A arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.63-109. p.103

¹⁸¹⁷SUNDFELD, Carlos Ari - A Administração Pública na Era do Direito Global, *Revista Diálogo Jurídico, Salvador*. V I 1, N° 2, (2001). pp.1-10. p.9.

¹⁸¹⁸OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.323.

¹⁸¹⁹NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.324.

relevante"¹⁸²⁰, existindo, conforme afirma MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, uma legalidade em sentido estrito e uma legalidade em sentido amplo, que abrangeria os princípios e valores previstos nos textos constitucionais¹⁸²¹. Além disso, urge frisar, especificamente em Portugal, a necessidade de obediência às normas jurídicas da União Europeia¹⁸²².

RAFAEL CARVALHO OLIVEIRA ainda afirma não ser o princípio da legalidade um óbice para a adoção da arbitragem pelo Poder Público porque, da mesma forma que os contratos públicos podem ser extintos pela própria Administração Pública com base no interesse público e na própria lei, ela também pode fazer a opção pelo uso da arbitragem quando constatar que assim é melhor para o interesse público¹⁸²³.

Nesse sentido, LAURO SOUZA JUNIOR defende que exigir autorização legislativa precedendo toda a arbitragem a ser realizada pelo Poder Público seria adotar uma posição extremamente legalista e em dissonância com o princípio da eficiência administrativa¹⁸²⁴.

MIGUEL PRATA ROQUE, por sua vez, ao falar do princípio da legalidade para o Poder Público, afirma que o Direito Administrativo atual está embasado em uma pluralidade de fontes, ultrapassando as fronteiras dos Estados e tornando desnecessária a existência de fontes escritas estaduais ou internacionais¹⁸²⁵.

Desse modo, na ótica do autor supramencionado, os próprios princípios regentes das Administração Pública e a legislação já em vigor, tanto no Brasil como em Portugal, já seriam o suficiente para justificar a possibilidade da adoção da arbitragem pelo Poder Público em cada caso concreto.

Outra preocupação existente com a utilização da arbitragem nas situações em questão seria uma possível limitação da Administração Pública em acessar ao Poder Judiciário, o que supostamente seria uma ofensa ao princípio do acesso à justiça ao próprio Ente Estatal, que, conforme já visto nesta tese doutoral, está expressamente previsto tanto na Constituição Brasileira como na Constituição Portuguesa como um direito fundamental.

Entretanto, não há necessidade de se preocupar com a questão do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, uma vez, que, conforme afirma MARCELO RICARDO ESCOBAR, foi a própria incapacidade do Poder Público em resolver a contento os conflitos por intermédio do Poder

OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.117.

¹⁸²⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.260.

¹⁸²²GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020.p.306.

¹⁸²³OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018. p.323.

¹⁸²⁴JUNIOR, Lauro da Gama e Souza - Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado), *Revista Direito Administrativo*. V 241 (2005) pp.121-157. p.138.

¹⁸²⁵ROQUE, Miguel Prata - *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2014. p.879.

Judiciário que estimulou novamente o interesse da sociedade e da própria Administração Pública pelos meios alternativos de resolução dos conflitos¹⁸²⁶, existindo, assim, a esperança que essas últimas formas de pacificação sejam, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, melhores que a solução do litígio a vir a ser realizada pelo Poder Judiciário, cujo mal funcionamento, segundo afirma MARTA GARCÍA PEREZ ao analisar especificamente a situação da Espanha, gera contornos dramáticos¹⁸²⁷.

Além disso, é o próprio Poder Público que, juntamente com os particulares, opta pela resolução arbitral e, caso haja algum vício nessa opção, o Poder Judiciário, tal como também visto anteriormente, poderá vir a ser instado a intervir ou, existindo uma efetiva ilegalidade, o próprio Poder Público pode anular de ofício a opção pela arbitragem em face do princípio da autotutela¹⁸²⁸, como, por exemplo, caso a autoridade que tenha firmado a convenção de arbitragem não tenha competência legal para firmar o referido compromisso, sendo por essa razão que na Itália o último princípio mencionado(o da autotutela) é considerado uma forma de estimular a resolução extrajudicial dos conflitos nas relação com a presença do Poder Público¹⁸²⁹.

No mais, não podemos confundir acesso à justiça com acesso ao Judiciário, estando o primeiro garantido sempre que o Poder Público puder defender os seus direitos mesmo que por intermédio de formas extrajudiciais de resolução de conflitos.

Desse modo, entendemos que o direito fundamental do acesso ao Judiciário está preservado quando o Poder Público opta por resolver determinado conflito pelo procedimento arbitral. Entretanto, o mesmo não podemos dizer nas situações previstas na legislação portuguesa nas quais a lei prevê a obrigatoriedade da realização da arbitragem, como, conforme visto no tópico 2.10.1 da presente tese, acontece nas causas desportivas e nas concessões rodoviárias. Nesses casos nosso entendimento é de fato existir uma inconstitucionalidade, porém as previsões legais em questão estão plenamente em vigor e o fato de a arbitragem ser obrigatória para as referidas situações não diminui as demais vantagens da adoção do referido procedimento, pelo contrário, a dita obrigatoriedade é um reconhecimento do legislador português das benesses do procedimento arbitral.

Existe, ainda, outra possível desvantagem nas arbitragens realizadas com a presença do Poder Público, que seria a ausência no procedimento arbitral das prerrogativas da Administração Pública

¹⁸²⁶ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. p.43.

¹⁸²⁷PEREZ, Marta Garcia- Arbitraje de derecho administrativo em España, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp. 311-346. p.313.

¹⁸²⁸No mesmo sentido defendendo a desnecessidade da Administração Pública de buscar o Poder Judiciário para decretar uma invalidade: Cf. APARÍCIO, Hugo; A Nulidade nos Contratos Administrativos, In *Católica Law Review*, V4, N1 (2020), pp.43-64. p.50.

¹⁸²⁹PROIETTI, Roberto - Novità e specificità nella gestione del contenzioso della Pubblica Amministrazione. Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'InternoXXV, *Corso di formazione per l'accesso alla qualifica di Viceprefetto*, 2011. Disponível em <http://ssaistorico.interno.gov.it/download/allegati1/gruppo7.pdf>. p.15.

existente nos processos judiciais¹⁸³⁰, como acontece, por exemplo, na previsão da legislação brasileira do prazo em dobro para o Poder Público nos processos cíveis brasileiros¹⁸³¹.

Entretanto, não consideramos a ausência das ditas prerrogativas um empecilho para o Poder Público participar de uma arbitragem, até mesmo porque entendemos que as mesmas sequer deveriam existir, pois acabam ferindo a isonomia entre as partes, o que nos faz concordar com ANDRÉ ALMEIDA GARCIA, ao defender, em tese de doutoramento sobre as prerrogativas do Poder Público no âmbito processual, estarem superados os argumentos justificadores do tratamento diferenciado entre o Poder Público e as outras partes do processo, não se justificando que o processo do primeiro seja mais eficaz do que o processo desses últimos¹⁸³².

Concordamos também com BRUNO LOPES MEGNA quando afirma que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública também possuem como justificativa a estrutura insuficiente da Administração Pública, o que, no entanto, pode vir a gerar um raciocínio perigoso, qual seja: o de que a “tradição das prerrogativas”¹⁸³³ corrobora a “tradição da deficiência administrativa”¹⁸³⁴, o que pode desestimular a resolução dos problemas existentes

Por outro lado, existem autores defendendo a importância das prerrogativas processuais estatais, como LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, que defende estar o Poder Público em uma situação muito diferente dos particulares, devido ao fato de se encontrar em juízo sempre defendendo o interesse público¹⁸³⁵, além da impossibilidade do mesmo diminuir as suas causas para um patamar condizente com a sua estrutura humana ou até mesmo de uma maior burocracia para a Administração Pública contratar novos profissionais, diferentemente do que acontece com as empresas e escritórios de advocacia privados.

Contudo, mesmo se reconhecendo alguma importância nas prerrogativas processuais do Poder Público, as mesmas não podem ser consideradas absolutas, existindo situações nas quais a própria legislação processual civil exclui as ditas prerrogativas, tal como, por exemplo, acontece nos juizados federais no Brasil, que excluem os benefícios dos prazos diferenciados para a Fazenda Pública¹⁸³⁶.

¹⁸³⁰SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; RIBEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Nerosky - Arbitragem como meio de solução dos conflitos nos contratos da Administração Pública: limites, formas e momento de previsão, *Revista Estudos Pesquisas Avançadas Terceiro Setor*, V 4, N 2 (2017), pp.454-476. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8387>. p.467.

¹⁸³¹Lei 13.105/15(Código de Processo Civil Brasileiro). Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

¹⁸³²GARCIA, André Almeida. *Repensando o processo contra o Poder*, 2014, Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo. p.63.

¹⁸³³MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.246.

¹⁸³⁴*Idem, ibidem*.p.246.

¹⁸³⁵CUNHA, Leonardo Carneiro da – *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.66. p.14

¹⁸³⁶Lei brasileira 12.153/209: Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

O que justifica o referido tratamento diferenciado dado ao Poder Público nos juizados federais brasileiros é o fato de que essas últimas cortes são regidas pelos princípios da informalidade e da celeridade¹⁸³⁷, tal como acontece com a arbitragem, o que torna a existência de benesses processuais incompatíveis com o rito estabelecido.

Assim, caso o Poder Público conclua ser melhor para o interesse público primário a resolução de determinado conflito por intermédio da arbitragem, não poderá ser um impeditivo para tal mister a inexistência das prerrogativas do Poder Público no procedimento arbitral.

De qualquer forma, JOÃO LESSA DE AZEVEDO NETO entende que é possível o Poder Público negociar na convenção de arbitragem a manutenção das mesmas prerrogativas que possui nos processos judiciais¹⁸³⁸, o que é uma questão de fácil aceitação pelo parceiro privado caso realmente tenha o interesse em resolver o conflito por meio da arbitragem.

Outrossim, existe uma preocupação com um suposto desequilíbrio na relação entre o Poder Público e os particulares quando no uso das formas de resolução extrajudicial dos conflitos de um modo geral. Entretanto, concordamos com MAURÍCIO MORAIS TONIN quando afirma que, em verdade, as formas de resolução extrajudicial podem ser uma forma de mitigar a desigualdade existente entre a Administração Pública e os particulares nos processos judiciais¹⁸³⁹.

Diante de todo o exposto, concluímos o presente tópico fixando o nosso entendimento de que, tanto em Portugal como no Brasil, em casos em que não há vedação legal, as preocupações envolvendo a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas são questões superáveis, mormente tendo em vista as previsões legais do instituto estarem plenamente em vigor tanto no Brasil como em Portugal.

Naturalmente, conforme será melhor aprofundado neste capítulo, quando o Poder Público participa de uma arbitragem deverão ser tomadas algumas cautelas ou, como afirma LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, algumas adaptações para que sejam respeitados os princípios regentes da Administração Pública¹⁸⁴⁰, não sendo correto afirmar que a realização da arbitragem envolvendo a Administração Pública pode ser realizada de forma irrestrita, mas sim afirmar ser possível o uso da arbitragem pelo Poder Público desde que respeitados os ditames legais e os princípios que regem o Direito Administrativo.

¹⁸³⁷SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva - *Manual dos Recursos no Juizado Especial Federal*, 5ªed, Curitiba: Alteridade, 2015.p.70-73.

¹⁸³⁸NETO, João Lessa de Azevedo - A arbitragem e o Poder público, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

¹⁸³⁹TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.110.

¹⁸⁴⁰CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.651.

Assim, em outro tópico deste mesmo capítulo abordaremos em pontos separados quais cautelas devem ser tomadas para garantir os objetivos almejados na opção pela arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. Antes, no entanto, passemos a analisar as vantagens do uso do referido instituto.

3.5 Das vantagens da adoção do procedimento arbitral nas Parcerias Público-Privadas

Se por um lado existem problemas a serem superados no uso da arbitragem nas parcerias Público-Privadas, há também algumas vantagens passíveis de justificar a opção pela mesma, bem como justificarem a existência de diversos autores e investigadores brasileiros e portugueses estudando e defendendo o instituto tal como se faz na presente tese de doutoramento.

Naturalmente, conforme já exaustivamente exposto no decorrer do presente estudo, as vantagens na opção pela arbitragem só podem vir a ser averiguadas em cada caso concreto. De qualquer forma, já é possível analisar a existência de algumas vantagens em abstrato. Desse modo, passaremos no presente tópico a analisar quais os argumentos tornam o objeto do presente estudo um tema atraente no aspecto prático e no aspecto teórico.

Uma das vantagens da adoção da arbitragem nas Parcerias Público-Privada seria a diminuição dos custos eventuais com resolução dos conflitos nas minutas dos contratos de concessão, desonerando as ofertas que serão apresentadas na licitação¹⁸⁴¹, uma vez que no meio empresarial existe uma consolidação do entendimento de ser a arbitragem uma forma de resolução dos conflitos menos onerosa do que a resolução realizada pelo Poder Judiciário, ainda que não necessariamente essa seja a realidade, pois, conforme visto no capítulo II, a profissionalização do referido instituto vem aumentando os custos com o mesmo em virtude do crescente aumento dos valores dos honorários pago aos árbitros. De qualquer forma, como afirma MAURÍCIO MORAIS TODIN, é difícil encontrar um acordo de acionistas na atualidade sem a presença de uma cláusula compromissória¹⁸⁴².

Sendo assim, voltaremos a abordar especificamente esse ponto quando tratarmos neste mesmo capítulo das cautelas quem devem ser tomadas quando diante de uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. De qualquer forma, principalmente com uma confirmação a ser realizada em cada caso concreto, entendemos que um melhor custo-benefício do uso da arbitragem pode vir a ser, de fato, uma vantagem.

¹⁸⁴¹GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.318.

¹⁸⁴²TONIN, Mauricio Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.87.

Outra vantagem da arbitragem nas Parcerias Público-Privada seria a celeridade no procedimento, tendo em vista o fato dos processos resolvidos pelo Poder Judiciário, seja ele o Português ou o Brasileiro, serem, conforme já visto, considerados lentos.

A título de exemplo sobre a demora supramencionada, uma execução fiscal na Justiça Federal Brasileira, responsável por julgar as Parcerias Público-Privadas nas quais existam a presença de um ente federal, dura, conforme estudo realizado pelo IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil, em média oito anos, dois meses e nove dias¹⁸⁴³, período extremamente longo

Desse modo, a arbitragem é um processo normalmente considerado mais célere, principalmente no caso de ser tomado o cuidado de escolher uma entidade arbitral reconhecida e que comprovadamente realiza os procedimentos com presteza e com celeridade e possuidora de experiência na realização do procedimento envolvendo as Parcerias Público-Privadas, uma vez que, quanto mais se conhece as minúcias de um tipo de julgamento, mais rápido e eficaz tende a ser o mesmo.

No mais, as partes envolvidas no procedimento arbitral podem estipular um prazo para a solução do litígio e evitar que a demora no julgamento atrase o cronograma da obra pública ou do serviço público que está sendo realizado, podendo ser estipulado até mesmo a destituição do árbitro ou da entidade arbitral ou, ainda, a estipulação de uma multa a ser paga em decorrência do atraso, algo não passível de acontecer nos litígios julgados pelo Poder Judiciário, onde os prazos dos magistrados togados são considerados impróprios, ou seja, geram, no máximo, sanções de ordem administrativa, não podendo sequer, como regra, haver a substituição do magistrado desidioso, em virtude do princípio do juiz natural.

A demora nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário e a falta de consequências para a referida morosidade acabam gerando uma falta de previsão que pode vir a atingir os interesses econômicos do parceiro privado e o interesse da sociedade, em especial dos beneficiários da obra ou serviço a ser realizado, situação passível de vir a ser evitada com a arbitragem.

Outrossim, como afirmam ELISABETTA IOSSA, GIANCARLO SPAGNOLO e MERCEDES VELLEZ, um procedimento de resolução de litígios célere pode atender tanto o interesse do Poder Público como do parceiro privado, pois uma eventual lentidão de uma decisão proferida pelo Poder Judiciário pode atrasar a obra pública e, em consequência, o início da prestação do serviço e ainda criar problemas financeiros para a empresa envolvida¹⁸⁴⁴.

¹⁸⁴³Fonte:http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

¹⁸⁴⁴IOSSA, Elisabetta; SPAGNOLO, Giancarlo; VELLER, Mercedes - Contract Design in Public-Private Partnerships, *Report prepared for the World Bank*. (2007), pp.1-101. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Elisabetta_Iossa/publication/327285899_p.80.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO traz como benesse do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas servir como solução para a problemática da “moral hazard”, que seria quando o concessionário ou não executa o serviço ou o faz de forma inferior ao pactuando, gerando a necessidade de repactuação do contrato, o que pode gerar litígios passíveis de solução pela via arbitral¹⁸⁴⁵.

BUENÁ PORTO SALGADO traz uma vantagem geral da arbitragem e que ganha importância na arbitragem pública, qual seja: a flexibilidade do procedimento arbitral, que permite a adaptação do rito processual da arbitragem às sistemáticas próprias do Poder Público¹⁸⁴⁶.

Desse modo, somando-se essas vantagens específicas das arbitragens nas Parcerias Público-Privadas cá mencionadas com as vantagens do procedimento arbitral de um modo geral estudadas no Capítulo II desta tese doutoramento e que sejam aplicadas às arbitragens com a presença do Poder Público, percebe-se ser o instituto em comento uma proposta viável e interessante, desde que, naturalmente e assim como já afirmamos acima, sejam tomadas algumas cautelas, sendo por essa razão que ISABEL CELESTE FONSECA, ao se questionar se a arbitragem com a presença do Poder Público seria um mecanismo para futuro, responde: “sim,mas”, fixando o seu entendimento, tal como estamos cá a fazer, no sentido de não ser possível negar as vantagens da escolha pelo procedimento arbitral, porém ainda existirem problemas a serem ultrapassados¹⁸⁴⁷ por meio da adoção de algumas cautelas pelos contraentes, conforme será estudado no tópico 3.7.

3.6 Casos concretos de arbitragem em Parcerias Público-Privadas

Não é simples analisar empiricamente as arbitragens nas Parcerias Público-Privadas porque, tal como será esclarecido a seguir, o princípio da publicidade nas ditas parcerias não vem sendo realizado de forma adequada, principalmente no Brasil. Muitas vezes se tem notícia apenas pela imprensa de que determinado litígio foi enviado para a arbitragem e, em seguida, solucionado por ela.

De qualquer forma, ainda se consegue acesso a algumas decisões arbitrais. Assim, analisaremos dois casos emblemáticos, um no Brasil e outro em Portugal.

No Brasil, em 9 de março de 2015, o estado-membro brasileiro de Pernambuco firmou termo de arbitragem com a ADVENCE CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA e com a SOCIALIZA E SERVIÇOS DE

¹⁸⁴⁵NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.46.

¹⁸⁴⁶SALGADO, Buená Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.208.

¹⁸⁴⁷FONSECA, Isabel Celeste - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel M.Celeste, *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178. p.159/161.

MANUTENÇÕES LTDA referente à Parceria Público-Privada (PPP) para construção e manutenção do Centro Integrado de Ressocialização (CIR) de Itaquitinga¹⁸⁴⁸.

De antemão, a Câmara Arbitral escolhida foi a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-CAMARB, instituição criada desde 1998 e que possui experiência na realização de arbitragens empresariais e administrativas¹⁸⁴⁹. No mais, percebe-se a importância da arbitragem em questão pela escolha dos árbitros, todos advogados com vasta experiência em arbitragem na área objeto do litígio, quem sejam: RAFAEL PETEFFI DA SILVA¹⁸⁵⁰, MARCO TÚLIO CARACIOLO ALBUQUERQUE¹⁸⁵¹ e SELMA MARIA FERREIRA LEMES¹⁸⁵². A formação e experiência dos árbitros em questão deu credibilidade para a decisão arbitral e uma maior possibilidade de cumprimento espontâneo.

Outrossim, a decisão definitiva foi proferida no dia 10 de abril de 2017, ou seja, pouco mais de 2 anos após se firmar o termo de arbitragem, demonstrando ter sido um processo extremamente célere, principalmente levando em consideração a complexidade da causa.

Além disso, conforme pode ser visto na sentença já referenciada em nota de rodapé anterior, a dilação probatória foi extremamente ampla, com análise de documentos, realização de audiência e abertura para a ouvida de testemunhas.

Tendo em vista a resolução do conflito em testilha, no ano seguinte ao da decisão arbitral o Governo do Estado de Pernambuco decretou a caducidade do contrato de Parceria Público-Privada para construção e manutenção do Centro Integrado de Ressocialização (CIR) de Itaquitinga, assumiu o mesmo e em 2018 o referido centro prisional foi inaugurado¹⁸⁵³.

Assim, claro está que a opção pela arbitragem no caso em testilha foi uma decisão acertada.

Em Portugal, em 17 de dezembro de 2013 foi instalado um tribunal arbitral para julgar um litígio entre a demandante AEDL - AUTO-ESTRADAS DO DOURO LITORAL, S.A e o demandado ESTADO PORTUGUÊS visando repor o equilíbrio financeiro da concessão Douro Litoral, sendo o tribunal arbitral composto por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO MENESES CORDEIRO e JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, que proferiram o acórdão final em 7 de fevereiro de 2017¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁴⁸Inteiro teor da decisão: <https://pt.slideshare.net/JamildoMelo/caso-itaquitinga-veja-sentenca-arbitral-de-merito>

¹⁸⁴⁹DECISÃO ARBITRAL da CAMARB- Câmara de Arbitragem empresarial-Brasil, processo 04/2014, Disponível em <https://camarb.com.br/en/institucional/our-history/>

¹⁸⁵⁰Trata-se de advogado e professor de Direito com mestrado, doutorado e pós-doutorado e com especialização em Direito Obrigacional. Fonte: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4773460H6>

¹⁸⁵¹Trata-se de advogado e professor de pós-graduação, com mestrado em Direito Privado e mais de 20 anos de experiência na área cível, comercial e tributária. Fonte: <http://www.josemeira.adv.br/membros.php>.

¹⁸⁵²Trata-se de professora com mestrado e doutorado cuja tese foi a realização da arbitragem com a Administração Pública, além de ex-membro da corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional- CCI, ex-coordenadora do Curso de Arbitragem da GVLAW/FGV, integrante de diversos conselhos consultivos de câmaras de arbitragem e autora de livros e artigos sobre arbitragem. Fonte: <http://lattes.cnpq.br/4395607430001466>.

¹⁸⁵³Fonte: <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=11606>.

¹⁸⁵⁴DECISÃO ARBITRAL do Centro de Arbitragem Comercial, decisão de 7/02/2017, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/21d957a30f6649cb8025847800477624?OpenDocument&ExpandSection=1>

De antemão, mais uma vez se percebe a experiência e expertise dos árbitros escolhidos¹⁸⁵⁵, todos professores doutores com vasta experiência jurídica, o que dá uma credibilidade, inclusive para a sociedade, da decisão a ser proferida.

No mais, o julgamento da causa se deu menos de três anos após instalado o tribunal arbitral, o que é um tempo extremamente célere, tendo em vista a complexidade de uma Parceria Público-Privada.

Outrossim, o julgamento foi feito com todos os meios de provas e sem qualquer falta de lisura, o que foi reconhecido pelo Tribunal Administrativo Português no processo 082/17.6BCLSB 0747/18, que foi iniciado em 05/11/2018 e com acórdão proferido em 11/09/2019¹⁸⁵⁶.

Desse modo, percebe-se que a arbitragem na Parceria Público-Privada inerente à autoestrada da Douro Litoral demonstrou ser uma decisão acertada, proferida de forma célere e por árbitros com credibilidade.

Ainda que no caso concreto não se tenha evitado o julgamento pelo Tribunal Administrativo, a decisão desse último sobre a arbitragem se deu em menos de um ano, o que demonstra a higidez do procedimento de arbitragem em testilha.

Naturalmente, não foi a simples escolha pelo procedimento arbitral nos dois casos analisados que garantiu o sucesso delas, mas sim a adoção de algumas cautelas por parte dos envolvidos (como a acertada escolha dos árbitros), tal como se estudará s na presente tese doutoral a partir do tópico seguinte.

3.7 Das cautelas e das questões relevantes da adoção do procedimento arbitral nas Parcerias Público-Privadas

No Brasil, apesar da possibilidade do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas estar expressamente prevista em lei, não existe a previsão legal de qual o procedimento específico a ser adotado nessas situações, o mesmo acontecendo na legislação portuguesa, que traz algumas balizas que deverão ser obedecidas, porém não prevê um procedimento próprio para a arbitragem com a

¹⁸⁵⁵Antônio Pinto Macedo é mestre e doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra e professor catedrático da Universidade de Coimbra, da Universidade Portucalense e da Universidade da Macau, além membro de vários conselhos editoriais de revistas jurídicas. Fonte: <https://apps.uc.pt/mypage>

/mypage/faculty/apm/pt. António Meneses Cordeiro é professor Doutor e Agregado em Direito, sendo professor catedrático e decano da Universidade de Lisboa e com vasta experiência em arbitragem nacional e internacional. Fonte: <https://www.cidp.pt/investigador/antonio-menezes-cordeiro/16>. José Manuel Cardoso da Costa, por sua vez, é professor Doutor jubilado da Universidade de Lisboa e Ex-Presidente do Tribunal Constitucional. Fonte: <https://www.fchampalimaud.org/pt-pt/people/jose-manuel-cardoso-da-costa>

¹⁸⁵⁶ACORDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, processo 082/17.6BCLSB 0747/18, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/21d957a30f6649cb8025847800477624?OpenDocument>.

presença do Poder Público¹⁸⁵⁷, o que acaba gerando muitos questionamentos por parte da doutrina especializada e leva desnecessariamente algumas situações ao Poder Judiciário, o que não deveria acontecer, pois tanto no Brasil como em Portugal a ausência de um consenso das partes acerca do procedimento a ser adotado deveria ser suprida por meio do árbitro ou do painel dos árbitros¹⁸⁵⁸.

De qualquer forma, de fato, o ideal seria a existência de leis prevendo qual o procedimento da arbitragem a ser realizada com a presença da Administração Pública, ao menos a existência de algumas balizas mínimas como acontece em Portugal, porém não acontece no Brasil. Entretanto, a inexistência do referido procedimento não pode ser um impeditivo para o uso do instituto.

Desse modo, com base nas legislações em vigor, importante se faz buscar um procedimento em consonância tanto com os princípios que regem a arbitragem como com os princípios que regem a Administração Pública, o que faz as previsões legais que muitas vezes tornam a arbitragem mais interessante do que a resolução dos conflitos por meio do Poder Judiciário só poderem ser aplicadas nas Parcerias Público-Privada quando não confrontarem com as normas que ditam a atuação do Poder Público¹⁸⁵⁹.

Nesse sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO frisa que, apesar da previsão legal para a realização da arbitragem com a presença do Poder Público existir (tanto em Portugal como no Brasil), a higidez do procedimento vai depender da forma como a autoridade pública se porta no momento de decidir pelo uso da arbitragem, bem como de a colocar em prática¹⁸⁶⁰.

Nesse sentido, EDGAR NEIRA ORELLANA afirma que um dos maiores problemas nas arbitragens com a presença do Poder Público são as insuficiências das cláusulas compromissórias¹⁸⁶¹.

Concordamos com os entendimentos mencionados nos parágrafos anteriores, pois, quanto maior for a dedicação e o zelo no momento de se optar pela arbitragem e de aplicar a mesma, bem como no momento de se elaborar as disposições previstas na convenção de arbitragem, mais fácil será alcançar os fins almejados pela opção por um procedimento arbitral.

Sendo assim, passaremos a analisar algumas preocupações inerentes ao uso da arbitragem pelo Poder Público, em especial, nas Parcerias Público-Privadas e, em consequência, algumas cautelas que deverão ser tomadas para garantir que a arbitragem atinja os objetivos almejados.

¹⁸⁵⁷No caso de Portugal, a arbitragem nas PPPs deverá respeitar o Decreto-Lei Português nº 111/2012, que regulamenta as ditas parcerias; a Lei Portuguesa 63/2011, que é a Lei da Arbitragem Voluntária; a Lei Portuguesa 15/2002, que é o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o Decreto-Lei Português 18/2008, que é Código dos Contratos Públicos de Portugal.

¹⁸⁵⁸TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.290.

¹⁸⁵⁹WALD, Arnaldo - A Infra-Estrutura, as PPPs e a Arbitragem, *Revista de Direito Público*, V 2, N 10. (2005), pp.16-30. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/511>.p.25.

¹⁸⁶⁰FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.1076.

¹⁸⁶¹ORELLANA, Edgar Neira - El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana, *Juris Dictio*, N 11 (2007), pp.62-70. Disponível em [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/lurisdictio.2007 62-70.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/lurisdictio.2007%2062-70.pdf). 2007. pp.62-70. p.67.

3.7.1 Da obediência aos princípios que regem à Administração Pública

A importância dos princípios da Administração Pública já foi abordada nesta tese no Capítulo I no que diz respeito aos contratos públicos. No que se refere à realização da arbitragem e as Parcerias Público-Privadas, a atenção com os referidos princípios deve ser redobrada, pois nas mesmas existe a presença de, ao menos, um ente privado na relação que, ordinariamente, nas suas atividades não correlatas com o Poder Público não age guiado por princípios de direito público e sim por princípios afetos aos ramos de direito privado.

ERICK MENEZES DE OLIVEIRA JUNIOR afirma, em posição na qual concordamos, que, quando se fala no uso da arbitragem pelo Poder Público, como acontece no caso das Parcerias Público-Privadas, deve existir uma preocupação maior com três princípios regentes da Administração Pública, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da presunção de legitimidade dos atos da Administração. Além disso, o mesmo autor afirma se fazer necessário o respeito ao poder discricionário da Administração Pública¹⁸⁶². MARIA LUIZA GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, por sua vez, acrescenta a necessidade de observância também do princípio da proporcionalidade¹⁸⁶³.

Como já estudado em outras ocasiões na presente tese de doutoramento, o interesse público se divide em primário e secundário, sendo o primário o interesse público que deve ser levado em consideração para pautar o julgamento quando se fala em o uso da arbitragem envolvendo o Poder Público, sendo também o interesse primário que deve vir a ser considerado indisponível.

Assim, a partir do momento em que a legislação brasileira e parte da doutrina portuguesa afirmam que a arbitragem deve se dar em questões envolvendo direitos disponíveis, o procedimento arbitral deve ser utilizado pelo Poder Público na busca de resolver litígios que envolvem interesses públicos meramente secundários, ou seja, que tenham caráter patrimonial e que não sejam indisponíveis.

BRUNO LOPES MEGNA não concorda com o argumento supramencionado por considerar que o critério de utilização do chamado “interesse secundário” é muito subjetivo e não passa a segurança necessária para definir quais matérias podem ser objeto da arbitragem¹⁸⁶⁴. Entretanto, apesar de concordarmos com LOPES MEGNA que a diferenciação entre interesses públicos primário e secundário é extremamente subjetiva, acreditamos que ela é útil para esclarecer que o princípio da indisponibilidade

¹⁸⁶²JUNIOR, Erick Menezes de Oliveira - A administração pública e a interpretação principiológica: uma forma de solução adequada de conflitos, In MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline - *Meios Adequados de resolução de conflitos*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 15-31. p.23.

¹⁸⁶³SERRANO, María Luiza González-Cuellar - La conciliación e la mediación en el derecho tributario, In SERRANO, Nicolás González-Cuellar (Diretor); HERMIDA, Ágata María Sanz; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz - *Mediación: um método de? Conflitos: estudio interdisciplinar*, Madrid: Colex, 2010. pp.205-225. p.213.

¹⁸⁶⁴MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.158.

do interesse público não é um fator passível de impedir a realização da arbitragem pela Administração Pública.

No mais, o árbitro deve levar em consideração no momento de decidir uma desavença o fato dos atos administrativos serem regidos pelo princípio da presunção de legitimidade, também chamado por alguns autores de princípio da presunção de legalidade, que afirma que os atos administrativos são presumidamente verdadeiros e também estão presumidamente em conformidade com a lei¹⁸⁶⁵, só podendo essa presunção, que é relativa, ser afastada em uma decisão quando efetivamente existir prova produzida pela parte interessada demonstrando em sentido contrário a falta de legalidade ou de veracidade da situação em questão.

Outrossim, o árbitro deve intervir na legalidade¹⁸⁶⁶ e não no mérito dos atos administrativos discricionários¹⁸⁶⁷, assim como o Poder Judiciário também não pode fazê-lo, tal como expressamente afirmam a legislação portuguesa¹⁸⁶⁸, sob pena de existir uma ofensa à separação entre os poderes da República, pois, em relação a referida espécie de atos, cabe apenas ao Poder Executivo fazer as escolhas cabíveis dentro um juízo de conveniência e oportunidade, salvo quando o próprio Poder Judiciário atipicamente age como administrador, situação na qual ele irá praticar os seus próprios atos administrativos sem caráter jurisdicional. Nesse sentido, MARTA PORTOCARRERO afirma que o fato de ser possível ao Poder Público delegar ao árbitro a função de dar a solução a um litígio não permite também a delegação do poder inerente aos atos discricionários¹⁸⁶⁹.

Desse modo, existem algumas situações que não são jurisdicionáveis, seja a jurisdição estatal ou não, como as questões envolvendo o Poder de Polícia (ao menos parte dele), a opção por políticas públicas e os atos regulamentares¹⁸⁷⁰.

A observação acima mencionada não significa dizer que um árbitro não pode apreciar os atos administrativos discricionários, mas sim que só pode fazê-lo no aspecto da legalidade¹⁸⁷¹, bem como analisando se os limites dos atos discricionários estão sendo cumpridos¹⁸⁷², delimitando de forma clara

¹⁸⁶⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.97/98.

¹⁸⁶⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.577.

¹⁸⁶⁷BRAVO, Bárbara Magalhães Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo. In. FONSECA, Isabel Celeste. *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte*, Braga: NEDip, 2019. pp.33-46. p.38.

¹⁸⁶⁸Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) - Artigo 3.º Poderes dos tribunais administrativos 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.

¹⁸⁶⁹PORTOCARRERO, Marta - Arbitration in Administrative Affairs: The Enlargement Scope of Ratione Materiae in Portugal - *Central European Public Administration Review*, N 18(1) (2020), pp. 203–218. Disponível em <http://uprava.fu.uni-lj.si/index.php/CEPAR/article/view/448/482>. p.210.

¹⁸⁷⁰MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.160.

¹⁸⁷¹SALÉM, Suheil Mahomed - Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Público*, V 3, N 2 (2016), p.227-290. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2016000200012&lng=pt&nrm=iso: p.281.

¹⁸⁷²BRAVO, Bárbara Magalhães Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo. In. FONSECA, Isabel Celeste. *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte*, Braga: NEDip, 2019. pp.33-46. p.39.

e precisa os mesmos¹⁸⁷³ e averiguando se é o caso ou não de decretação da nulidade por ofensa aos preceitos legais ou pelo fato do administrador ter ultrapassado os limites da sua discricionariedade¹⁸⁷⁴, uma vez que, conforme afirma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, essa última é “relativa no sentido de que a liberdade deferida pela lei só existe na extensão, medidas ou modalidades que dela resultem”¹⁸⁷⁵. Assim, caso o administrador público, a pretexto de estar agindo dentro de sua discricionariedade, aja de forma arbitrária, o árbitro, dentro dos seus poderes convencionais, poderá vir a intervir declarando a nulidade do ato prático pela Administração, tal como poderia fazer um juiz togado. Desse modo, concordamos com PEDRO GONÇALVES quando afirma que não há, em verdade, decisões discricionárias, mas sim “momentos discricionários de decisões administrativas”¹⁸⁷⁶.

Assim, o controle realizado pelo juiz (ou pelo árbitro) nesse caso é atenuado, pois haveria uma fiscalização pelo juiz, mas não um reexame da matéria¹⁸⁷⁷. Nesse sentido, DUARTE ABECASIS e LOURENÇO VILHENA DE FREITAS defendem que não existe qualquer inconstitucionalidade na possibilidade de os árbitros analisarem atos discricionários desde que o responsável pelo julgamento se confine aos “limites funcionais da jurisdição administrativa”¹⁸⁷⁸. BRUNO LOPES MEGNA vai mais além e afirma ser possível ao árbitro, tal como ao juiz togado, tomar conhecimento do mérito administrativo, não podendo, no entanto, alterar o mesmo¹⁸⁷⁹.

Além disso, é possível também, com base na doutrina mais moderna, que chama o princípio da legalidade de princípio da juridicidade, que o árbitro analise se a decisão administrativa discricionária está em consonância com os princípios da Administração Pública¹⁸⁸⁰, como, por exemplo, analisar se a decisão foi razoável e proporcional,¹⁸⁸¹ situação na qual a decisão arbitral não vai simplesmente revogar o ato administrativo, mas anular o mesmo quando constatar existir uma irrazoabilidade ou uma desproporcionalidade devido ao fato do ato não ser adequado ou necessário para cumprir a sua finalidade, o que não se trata uma questão de mérito, mas sim de juridicidade do ato administrativo realizado pelo Poder Público. Desse modo, o julgador não analisa a decisão propriamente dita na condição de um novo julgador, mas sim faz testes de juridicidade para a analisar se houve respeito à lei e aos princípios que regem a Administração Pública¹⁸⁸².

¹⁸⁷³BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.p.239.

¹⁸⁷⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.260.

¹⁸⁷⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Relatividade da Competência discricionária, *R. Dir. Adm.*, V 212, (1998), pp.49-56. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47165.p.51>.

¹⁸⁷⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020.p.266.

¹⁸⁷⁷OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.141.

¹⁸⁷⁸ABECASIS, Duarte; FREITAS, Vilhena Lourenço - O anteprojeto CPTA em sede de arbitragem e o recurso à equidade e à lei estrangeira. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*. N 1 (2015), pp 36-45. p.38.

¹⁸⁷⁹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.261.

¹⁸⁸⁰GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020.p.277.

¹⁸⁸¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.258.

¹⁸⁸²ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017. p.63.

A questão que surge é qual a consequência para o caso de o árbitro extrapolar os seus limites e apreciar o mérito administrativo da decisão objeto da arbitragem envolvendo uma Parceria Público-Privada, como, por exemplo, decidir que não existe interesse público para extinguir um serviço público ou decidir que não há conveniência ou oportunidade para prática de determinado ato.

No caso de Portugal, conforme já visto, é possível que as partes optem para que haja na arbitragem recurso ao Poder Judiciário, situação na qual a questão abordada no parágrafo anterior poderá ser discutida pelos Tribunais Administrativos e Fiscais por meio da interposição de um recurso pela parte interessada.

Entretanto, nos casos das arbitragens portuguesas em que não haja a previsão de recurso e no caso das arbitragens brasileiras, onde efetivamente não existe a possibilidade de recursos, a solução acima não poderá ser utilizada para os casos em que o árbitro adentra indevidamente no mérito da Administração Pública. Entretanto, não é aceitável permitir ao árbitro decidir em total desconformidade com a lei e com a sua decisão se tornando um título executivo sem qualquer possibilidade de ser rescindindo, principalmente em se tratando de um caso na qual esteja presente o Poder Público e, em consequência, o interesse da própria sociedade. Desse modo, deve existir uma solução para a referida questão.

De antemão, a problemática levantada na parte final do parágrafo anterior não é uma exclusividade do processo arbitral, pois no processo comum perante o Poder Judiciário, tanto no Brasil como em Portugal, também existe a possibilidade de decisões que afrontem o ordenamento jurídico e sejam irrecorríveis no caso em que já houver o trânsito em julgado.

Nesses casos mencionados na parte final do parágrafo anterior, a legislação processual civil portuguesa prevê o instituto da revisão¹⁸⁸³ e a legislação processual civil brasileira prevê a ação rescisória¹⁸⁸⁴, que são instrumentos jurídicos utilizados para relativizar a coisa julgada nos casos dessa última se formar desrespeitando o ordenamento jurídico em Portugal ou no Brasil.

Em Portugal, a dita revisão tem natureza de recurso conforme prevê expressamente a legislação processual civil, o que, em se tratando de uma arbitragem irrecorrível, inviabilizaria o seu uso diante de uma decisão arbitral ilegal realizada em solo português, salvo estipulação em sentido contrário pelas próprias partes envolvidas, mas o que só pode acontecer na fase antecedente ao início do procedimento arbitral.

¹⁸⁸³Lei Portuguesa 41/2013 (Código de Processo Civil Português): CAPÍTULO V: Revisão. Artigo 696.º (art.º 771.º CPC 1961) Fundamentos do recurso. A decisão transitada em julgado só pode ser objeto de revisão quando: (...).

¹⁸⁸⁴Lei Brasileira 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro): CAPÍTULO VII. DA AÇÃO RESCISÓRIA. Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...).

No Brasil, no entanto, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação autônoma¹⁸⁸⁵, o que, em tese, possibilitaria o uso dela perante as decisões arbitrais ilegais proferida por árbitros brasileiros.

Entretanto, tanto a rescisão da legislação portuguesa como a ação rescisória da legislação brasileira são mecanismos de impugnações de decisões proferidas por membros do Poder Judiciário e previstas no rito do processo civil, não podendo simplesmente serem importadas para um procedimento arbitral sem que haja previsão dos referidos institutos nas legislações que regulamentam a arbitragem no Brasil e em Portugal, principalmente em se tratando de uma arbitragem com a presença do Poder Público, que é regido, conforme já abordado, pelo princípio da legalidade ou da juridicidade.

Sendo assim, entendemos que os referidos meios de combater decisões judiciais ilegais transitadas em julgadas não podem ser utilizadas para desconstituir as decisões proferidas pelos árbitros e que não estejam em consonância com a legislação e com os princípios que regem a Administração Pública.

Foi por essas razões acima mencionadas que o primeiro enunciado dos 87 aprovados na I Jornada de Prevenção e Resolução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Conselho da Justiça Federal no Brasil no ano de 2016 foi justamente o de que “A sentença arbitral não está sujeita à ação rescisória”¹⁸⁸⁶, o que demonstra qual o caminho a ser percorrido pela jurisprudência brasileira quanto ao tema, tendo em vista que a referida jornada foi realizada no âmbito do Poder Judiciário Federal Brasileiro, sendo esse também o entendimento de CARLOS ALBERTO CARMONA quando diz não hesitar em afirmar não caber ação rescisória na arbitragem¹⁸⁸⁷.

Desse modo, diante de uma manifesta ilegalidade ou de uma manifesta ausência de juridicidade de uma sentença arbitral irrecurável, a solução será a parte prejudicada adentrar com uma ação de nulidade perante o Poder Judiciário para esse último anular a sentença arbitral, podendo, conforme já exposto no tópico 2.12.1, ser requerida uma liminar para suspender o cumprimento da decisão proferida pelo árbitro em contrariedade com a lei. Nesse sentido, CÂNDIDO DINAMARCO, GUSTAVO BADARÓ e BRUNO CARRILHO LOPES chegam a afirmar que a ação anulatória da arbitragem corresponderia, em sua função, a uma ação rescisória¹⁸⁸⁸, com a diferença, segundo os mesmos autores, que essa última espécie de ação no Brasil permite uma certa análise do mérito da decisão, diferentemente da

¹⁸⁸⁵MITIDIERO, Daniel Francisco - Ação Rescisória no Direito Comparado: da comparação vertical à comparação horizontal, *Revista de Processo Comparado*, V 5 (2017), pp.1-33. Disponível em <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2017/10/DanielMITidiero-v.-5.pdf>.p.14.

¹⁸⁸⁶Fonte: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/preve-ncao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>.

¹⁸⁸⁷CARMONA, Carlos Alberto - *Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96*, 3ªed, São Paulo: Atlas, 2009. p.27.

¹⁸⁸⁸DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020. p.258.

ação anulatória da arbitragem que possui como foco apenas uma possível irregularidade do procedimento arbitral¹⁸⁸⁹.

Com a decretação da nulidade, caberá ao árbitro realizar uma nova decisão arbitral, porém sem adentrar no mérito administrativo, mas apenas analisando a legalidade ou a juridicidade do ato administrativo que teve interferência na Parceria Público-Privada no caso objeto desta tese doutoral.

Assim, caberá ao Poder Judiciário rescindir a decisão arbitral e, em ato contínuo, delimitar quais matérias o árbitro poderá abordar em uma nova arbitragem, situação que, diga-se, pode ser evitada, casos as partes envolvidas na arbitragem, conforme será aprofundado em seguida, delimitem quais as matérias estarão sobre a alçada da pessoa responsável pela arbitragem.

De qualquer forma, o importante é que os envolvidos em uma Parceria Público-Privada tomem o cuidado de respeitar os princípios que regem o Poder Público, tanto no decorrer do serviço público ou da obra pública objeto da mesma, como no momento de estabelecer o procedimento de uma arbitragem envolvendo a dita parceria, da mesma forma que o árbitro deverá se atentar para os mesmos princípios quando do momento de proferir a sua decisão com o objetivo de não vir a tomar uma decisão passível de ser anulada pelo procedimento supramencionado.

Outrossim, importante lembrar que tanto em Portugal como no Brasil não é possível que o julgamento da arbitragem, diferentemente do que acontece com os particulares, seja realizado por meio da equidade, sendo essa uma decorrência justamente do fato do Poder Público ser regido pelo princípio da legalidade (ou da juridicidade), o que gera a necessidade dos litígios com a presença da Administração Pública só poderem ser resolvidos com base no Direito¹⁸⁹⁰, salvo nas situações em que a equidade é expressamente prevista na legislação como critério para definir alguma situação envolvendo o Poder Público como acontece no caso de modificação dos contratos públicos em Portugal visando uma compensação financeira em decorrência de fatos imprevisíveis e anormais¹⁸⁹¹.

Ademais, a impossibilidade do julgamento com base na equidade nos litígios arbitrais com a presença do Poder Público também existe em outros Estados, como, por exemplo, no Equador¹⁸⁹².

Por fim, no que tange especificamente a aplicação do princípio da proporcionalidade no momento de se definir qual será o meio de resolução de conflito a ser utilizado em uma Parceria Público-Privada, deve ser realizada uma análise se a arbitragem é realmente a medida adequada para

¹⁸⁸⁹ *Idem, ibidem*.497.

¹⁸⁹⁰ TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. São Paulo: FGV, 2019.p.129.

¹⁸⁹¹ Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 314.º: 2 - Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

¹⁸⁹² ORELLANA, Edgar Neira - El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana, *Juris Dictio*, N 11 (2007), pp.62-70. Disponível em [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/lurisdicio.2007 62-70.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/lurisdicio.2007%2062-70.pdf). 2007. p.67.

a resolver o litígio levando em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, o que vai mais aprofundado no tópico 3.7.10.

3.7.2 A atuação do árbitro no decorrer da execução da Parceria Público-Privada

Conforme já visto no tópico 2.9.8, a opção pela arbitragem se dá por meio de uma convenção de arbitragem, que será ou uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, devendo ela ser realizada com muita cautela e, tal como será aprofundado no tópico 3.7.5, ser realizada preferencialmente no instrumento convocatório da licitação ou no procedimento adjudicatório que antecede a contratação pública.

Ademais, é necessário que a convenção de arbitragem em uma Parceria Público-Privada seja extremamente clara para não dar margem de dúvidas, porém, caso isso não aconteça, caberá ao Tribunal Arbitral em um primeiro momento, em face do princípio da competência-competência (“kompetenz-kompetenz”) estudado no tópico 2.12.1, definir a extensão da cláusula arbitral, sem prejuízo de buscar em um segundo momento o Poder Judiciário caso o árbitro extrapole as suas limitações legais e convencionais.

Por outro lado, é possível que exista alguma nulidade na própria convenção de arbitragem, tal como também visto no tópico 2.12.1, situação na qual o Poder Judiciário também deverá ser instado a se manifestar, devendo em Portugal se procurar a Justiça Administrativa tal como visto no tópico 2.13.

Assim, existindo uma convenção de arbitragem em uma Parceria Público-Privada e não sendo a mesma declarada nula, será responsabilidade do árbitro ou da entidade arbitral interpretar tanto a convenção de arbitragem como o próprio contrato de Parceria Público-Privada quando exista alguma dúvida passível de gerar algum litígio entre os contraentes. Assim, caso os parceiros público e privado não cheguem a um consenso sobre a extensão de determinada cláusula contratual, caberá ao árbitro, salvo expressa manifestação em sentido contrário, ser instado a se manifestar.

De qualquer forma, o ideal é que não exista margem para dúvidas e interpretação, devendo o contrato de Parceria Público-Privada ser realizado de forma extremamente clara e cautelosa.

3.7.3 Da independência dos árbitros e o cuidado com os interesses econômicos

Um dos nossos receios na arbitragem pública se dá com uma possível influência do Poder Econômico no resultado do julgamento das arbitragens realizada com a presença do Estado. Desse

modo, torna-se necessário tomar cautelas para evitar que a referida situação aconteça. Em Portugal, inclusive, a Lei de Arbitragem Voluntária é clara sobre a necessidade de independência dos árbitros¹⁸⁹³.

Nesse diapasão, quando o Poder Judiciário resolve um litígio com a presença do Estado, estamos diante do Poder Público julgando o próprio Poder Público, o que pode gerar medos e desconfiças para a outra parte envolvida no litígio acerca de uma possível parcialidade, mas acaba vindo a gerar uma maior tranquilidade para a própria Administração Pública litigante, bem como para toda a sociedade, diante de uma maior possibilidade, ao menos na teoria, do interesse público primário prevalecer sobre o interesse privado ou, tal como se espera, desse último não prevalecer indevidamente.

Não estamos defendendo aqui que necessariamente ou preferencialmente o Poder Público seja o vencedor da demanda, pois isso seria uma forma do interesse secundário da Administração Pública prevalecer em relação ao interesse público, o que, conforme já estudado nesta tese doutoral, não é aceitável.

O que está em questão é o fato da decisão do Poder Judiciário, em face da sua independência mencionada alhures, estar, teoricamente, menos sujeito às influências do Poder Econômico do que uma decisão tomada por uma pessoa privada não ocupante de um cargo público como acontece na arbitragem.

Por outro lado, quando um árbitro ou uma entidade arbitral julga um litígio envolvendo o Poder Público e uma empresa privada delegatária de um serviço público, estamos diante de uma pessoa privada julgando outra pessoa privada em um litígio que tem a presença do Administração Pública e é possível que a empresa que esteja sendo julgada tenha um poderio econômico muito superior ao da pessoa ou entidade responsável pelo julgamento, o que pode acabar vindo a influenciar no julgamento da causa ou, ao menos, causar uma insegurança ao Poder Público acerca de até que ponto a questão econômica pode vir a influenciar no julgamento do litígio.

Além disso, conforme mencionado no tópico 3.4, existe também a preocupação com o chamado “risco da captura”, que seria um possível aliciamento dos árbitros para trabalharem na iniciativa privada mediante propostas financeiras vantajosas, influenciando os julgamentos arbitrais, uma vez que os árbitros podem vir a julgar justamente pensando nessa possibilidade.

No mais, nunca podemos deixar de pensar na possibilidade de efetivamente existir atos de corrupção por meio de aliciamento dos árbitros, principalmente porque esses últimos não são ocupantes de cargos públicos e por isso possuem menos a perder do que os agentes estatais

¹⁸⁹³Lei Portuguesa 63/2011(Lei da arbitragem voluntária): Artigo 9º: 3 - Os árbitros devem ser independentes e imparciais.

ocupantes de cargo públicos efetivos, com boa remuneração e com a expectativa de recebimento no futuro de uma boa aposentadoria, tal como acontece tanto no Brasil como em Portugal com os integrantes da carreira da magistratura.

Ademais, diferentemente do que é feito em relação ao Poder Judiciário, a independência dos árbitros não está tão clara na legislação portuguesa e, principalmente, na brasileira, apesar do nosso entendimento ser o de que essa independência efetivamente existe.

De qualquer forma, importante se faz a busca de mecanismos para garantir que não haverá a prevalência ou a interferência de interesse econômicos em detrimento dos interesses públicos primários no momento da instrução e da resolução do conflito pelo procedimento arbitral, bem como para diminuir a possibilidade de os árbitros acabarem sendo seduzidos por propostas de corrupção.

Há de se reconhecer que a simples forma de nomeação do árbitro ou da entidade arbitral, desde que efetivamente seja realizada de modo criterioso com a escolha de entidades sérias e consagradas e que tenham experiência da resolução de conflitos envolvendo o Poder Público, já é um meio de inibir a influência econômica na tomada de decisões.

Nesta senda, outra forma de diminuir a possibilidade do risco de captura e a prática de atos de corrupção seria fixar uma boa remuneração ao árbitro, possibilitando ser a realização da atividade arbitral mais atraente do que outra proposta realizada pela iniciativa privada, seja essa uma proposta do exercício de um trabalho bem remunerado ou até o mesmo o recebimento de algum valor ilícito visando a obtenção de um julgamento favorável à empresa participante de um procedimento arbitral em desfavor do Poder Público. Desta feita, é aplicado aqui a mesma lógica existente no momento de fixar os salários dos servidores públicos, onde também deve se buscar um valor atrativo para se garantir a presença de pessoas qualificadas e comprometidas dentro dos quadros públicos trabalhando no serviço público, porém sem onerar em demasiado o gasto público com o pagamento da folha de pessoal. Desse modo, deve ser ponderado um valor atrativo a ser pago ao árbitro que não onere exageradamente a escolha pelo procedimento arbitral o tornando menos vantajoso para algumas das partes no aspecto financeiro do que uma decisão realizada pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, quando se está diante de uma arbitragem institucional, normalmente os valores pagos pela arbitragem já são pré-determinados por meio de uma tabela de custas e emolumentos, o que inviabiliza a fixação de valores mais atrativos pelas partes próprias envolvidas no litígio. Diante dessa realidade, importante se faz a escolha de instituições arbitrais que repassem valores atraentes para os responsáveis pelo julgamento.

No mais, o árbitro tem limites dados em comum acordo pelas partes litigantes antes mesmo de iniciado o procedimento arbitral, além de também estar atrelado às disposições do direito positivo¹⁸⁹⁴, inclusive das leis de arbitragem brasileira e portuguesa, o que pode, a depender da situação, gerar um processo de nulidade perante o Poder Judiciário, conforme já foi amplamente exposto nesta tese de doutoramento.

Desse modo, urge a necessidade da convenção de arbitragem nos contratos de Parcerias Público-Privada ser realizada de forma extremamente cuidadosa e a escolha da entidade arbitral deve recair em instituição idônea e com vasta experiência devidamente comprovada, inclusive na resolução de litígios envolvendo entes da Administração Pública, sendo preferível que os requisitos objetivos para a contratação da entidade arbitral já estejam previamente previstos no instrumento convocatório da seleção pública que antecede a feitura de um contrato de Parceria Público-Privada, já oportunizando a ciência da situação a todos os possíveis interessados em contratar com o Poder Público, bem como para afastar o interesse de entidades privadas que eventualmente possuam interesses escusos.

No mais, é importante também mencionar que as resoluções de litígios realizadas pelo Poder Judiciário também não estão plenamente isentas das influências do Poder Econômico das grandes entidades empresariais, bem como das ideologias e preconceitos dos próprios magistrados togados. Desse modo, a influência dos grandes entes econômicos sempre será um risco a ser enfrentado e superado, seja nos julgamentos realizados pelos árbitros seja nos julgamentos realizados pelos membros do Poder Judiciário.

De qualquer forma, ficando caracterizado ter o árbitro sofrido qualquer influência do ente privado no momento de proferir o seu julgamento, seja a mesma direta ou indireta, é possível também a propositura de uma ação perante o Poder Judiciário para anular a decisão do árbitro e para que seja proferida uma nova decisão arbitral, porém dada por outro árbitro ou entidade arbitral, desde que a escolha do procedimento arbitral pelo Poder Público também tenha sido feita sem qualquer vício ou influência indevida do Poder Econômico, sempre frisando não caber ao Poder Judiciário substituir a decisão do árbitro, mas apenas anular a decisão proferida e afastar o árbitro do exercício de suas funções no caso concreto.

No mais, entendemos também possuírem os árbitros independência funcional para o exercício das suas funções tal como os juizes togados, assim como entende VASCO MOURA RAMOS ao afirmar dever ser atribuído aos tribunais arbitrais, verdadeiros tribunais para o referido autor quando estão no

¹⁸⁹⁴ESTEFAM, Felipe Faiwichow - *Processo Arbitral e Sistema*, 2017, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p.52.

exercício da arbitragem administrativa, os mesmos poderes conferidos aos Tribunais administrativos e Fiscais, incluindo a análise da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública¹⁸⁹⁵.

Além disso, concordamos também com ANTÔNIO MANUEL PEÑA FREIRE ao afirmar decorrer a independência do julgador da possibilidade de o magistrado julgar “conforme o derecho y sólo a derecho”¹⁸⁹⁶ e entendemos que o árbitro também julga apenas conforme o Direito e a sua própria consciência sem a possibilidade de receber qualquer interferência no exercício de suas funções arbitrais.

No mais, em Portugal é defensável afirmar ser a independência das cortes arbitrais decorrente da própria Constituição Portuguesa, que em seu artigo 203º afirma que os tribunais de um modo geral serão independentes¹⁸⁹⁷. Além disso, o próprio artigo 209º da mesma Constituição inclui as cortes arbitrais como tribunais¹⁸⁹⁸, conforme já visto na presente tese quando se analisou a natureza jurídica da arbitragem no tópico 2.9.3.

Nesse sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS afirma que a independência do árbitro efetivamente existe e é inerente à própria função jurisdicional exercida pelo árbitro e não, na ótica do referido autor, uma decorrência da convenção de arbitragem¹⁸⁹⁹.

De qualquer forma, seja no Brasil seja em Portugal, nos parece que a independência dos árbitros decorre também da própria vontade das partes em transferir aos mesmos a função arbitral, bem como das próprias legislações locais responsáveis por regular o instituto.

Assim, a partir do momento em que o árbitro é investido em sua função, ele está sujeito apenas à lei, aos ditames já previstos na convenção de arbitragem, bem como à sua própria consciência. Desse modo, entendemos ser o árbitro possuidor de ampla independência tal como os juizes, cabendo aos envolvidos no litígio, no entanto, tomarem as cautelas cá mencionadas para a pessoa responsável pela arbitragem não cometer desvios em sua conduta. Nesse sentido, MARCIA UGGERI MARASCHIN chega a afirmar que o árbitro não tem uma relação contratual com as partes e sim com o processo arbitral¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹⁵RAMOS, Vasco Moura - Algumas Considerações sobre arbitragem de litígios respeitante da validade dos actos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA), In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo - *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa: AAFDL, 2015. pp.239-288. p.286.

¹⁸⁹⁶FREIRE, Antônio Manuel Peña - *La Garantía em el Estado Constitucional*, Madrid: Trotta, 1997.p. 230.

¹⁸⁹⁷Constituição Portuguesa de 1976: Artigo 203.º. Independência. Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

¹⁸⁹⁸Constituição Portuguesa: Artigo 209.ºCategorias de tribunais1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. Artigo 212.º Tribunais administrativos e fiscais1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

¹⁸⁹⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013.p.299.

¹⁹⁰⁰MARASCHIN, Marcia Uggeri - O árbitro, Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 28/04/2021.

3.7.4 Da máxima transparência

Tal como já foi mencionado em outra parte desta tese de doutoramento, a arbitragem entre particulares tem como uma de suas vantagens a possibilidade de ser sigilosa por escolha das partes envolvidas, conforme previsão na legislação tanto no Brasil como em Portugal.

Nas arbitragens envolvendo grandes corporações a possibilidade em testilha é extremamente interessante, pois o litígio pode envolver questões comerciais sigilosas, como, por exemplo, a fórmula de determinado produto ou, ainda, uma patente de invenção de algo ainda não lançado no mercado, bem como o “know-how” para a prestação de uma atividade¹⁹⁰¹ ou até mesmo a estratégia ou sistema de produção de empresa¹⁹⁰².

Além disso, para uma entidade privada pode não ser interessante a publicitação do seu envolvimento em determinada espécie de litígio, situação passível de afastar parceiros empresariais ou consumidores, afetando a credibilidade da empresa no mercado ou até mesmo diminuindo os valores de suas ações, causando, assim, prejuízos de ordem financeira.

Entretanto, conforme afirma LUIZ FERNANDO GUILHERME, apesar da confidencialidade ter uma forte conexão com a arbitragem, não existe entre elas uma “uma ligação umbilical intransponível”¹⁹⁰³ nem, como afirmam GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA e ELIE PIERRA EID, um “caráter de essencialidade”¹⁹⁰⁴.

Desse modo, é possível para as partes envolvidas o afastamento do sigilo quando assim julgarem conveniente, como também é possível em algumas situações o sigilo ser efetivamente vedado, até mesmo porque o sigilo deve ser visto como uma vantagem para as partes envolvidas e não como obrigação.

Desta feita, conforme também já foi visto nesta tese de doutoramento, não se aplica, como regra, à Administração Pública a possibilidade de sigilo do procedimento arbitral, pois ela é regida pelo princípio da publicidade ou da transparência, tanto no Brasil como em Portugal, nesse último caso seguindo as diretrizes da União Europeia nesse sentido¹⁹⁰⁵.

Nesse diapasão, a realização os atos administrativos deve acontecer, como, regra, da forma mais transparente e acessível ao público possível, situação que deve ser verificada também em todos os contratos públicos, inclusive naqueles realizados com entidades privadas, tal como acontece tanto

¹⁹⁰¹SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.59.

¹⁹⁰²FONSECA, Isabel Celeste - Due process of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis, In FONSECA, Isabel Celeste, *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte*, Braga: NEDip, 2019. pp.11-32. p.27.

¹⁹⁰³GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.223.

¹⁹⁰⁴OLIVEIRA, Gustavo Justino; EID, Elie Pierre - Notas sobre o princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Rio de Janeiro. (Arbitragem na Administração Pública)*, V XXVI. (2016) pp.229-253. p.236.

¹⁹⁰⁵RIBAS, Brenno Henrique de Oliveira - O princípio da transparência na contratação pública em Portugal, In SILVA, Érica Guerra da; BRITO, Paulo de - *Análise crítica do direito público Ibero-americano*, Universidade Lusófona do Porto e Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos: Porto, 2020. pp.52-61. p.56.

nas Parcerias Público-Privadas como na convenção de arbitragem realizada entre a Administração Pública e uma pessoa privada, não havendo o que se falar, ao menos como regra, diferentemente do acontecido em épocas primitivas, de atos administrativos praticados de forma secreta (“arcana imperi”)¹⁹⁰⁶, até mesmo como forma de viabilizar a reponsabilidade do Poder Público pelos atos praticados¹⁹⁰⁷.

Desse modo, na linha do estudado por BRUNO LOPES MEGNA, dar publicidade aos procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público é uma forma de adequação ao regime jurídico administrativo, tornando o “processo arbitral legalmente devido à Administração Pública”¹⁹⁰⁸.

Assim, uma das cautelas necessária de ser tomada nas arbitragens que resolvam os conflitos envolvendo Parcerias Público-Privadas é dar o máximo de transparência possível aos atos praticados pelo árbitro, permitindo, desse modo, que os referidos atos sejam fiscalizados pela população, oportunizando a averiguação da lisura do procedimento, viabilizando a possibilidade dos legitimados para ações coletivas impugnarem eventual nulidade contrária ao interesse público passível de vir a ocorrer durante um procedimento arbitral, além de permitir, naturalmente, a atuação dos órgãos públicos de controle externo e interno, como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e as controladorias.

Desta feita, não basta a arbitragem não ser sigilosa quando tiver a presença do Poder Público, sendo necessária a existência de meios para as pessoas e o próprio Poder Público efetivamente acompanharem os procedimentos em testilha, bem como para que seja assegurada a ampliação da concorrência e da imparcialidade na contratação pública¹⁹⁰⁹, exigindo-se uma atuação positiva dos responsáveis pela arbitragem nesse sentido, o que na atualidade não deveria ser algo complexo, tendo em vista a proliferação dos meios de comunicação, principalmente os inerentes à rede mundial de computadores, onde existe uma série de redes sociais também disponíveis ao Poder Público e aos parceiros privados, além da existência dos Diários Oficiais virtuais.

Entretanto, no aspecto prático, a situação acima desejada não é tão simples. No Poder Judiciário, em regra, os processos são públicos, o que faz a população conseguir acesso aos processos judiciais pela rede mundial de computadores mesmo não sendo partes no litígio, salvo, naturalmente, no caso de o processo estar em segredo de justiça. Desse modo, existe toda uma estrutura nos sítios oficiais para a realização da chamada consulta pública aos processos judiciais.

¹⁹⁰⁶GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020. p.484.

¹⁹⁰⁷PORTOCARRERO, Marta - Arbitration in Administrative Affairs: The Enlargement Scope of Ratione Materiae in Portugal, *Central European Public Administration Review*. N 18(1) (2020), pp. 203–218. Disponível em <http://uprava.fu.uni-lj.si/index.php/CEPAR/article/view/448/482>. p.210.

¹⁹⁰⁸MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.79.

¹⁹⁰⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.383.

Porém, como a arbitragem totalmente privada pode ser sigilosa, não é comum que as entidades arbitrais e os árbitros individuais possuam nos seus sítios na internet mecanismos para a população de um modo geral poder acessar os procedimentos arbitrais, não sendo razoável exigir a existência da referida estrutura apenas para os procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público como uma das partes do litígio, algo que poderia até mesmo aumentar o custo da arbitragem, tornando a mesma menos interessante.

Como exceção, temos o Centro de Arbitragem Administrativa-CAAD em Portugal, que possui em seu site na internet tanto a possibilidade de acesso à jurisprudência¹⁹¹⁰ como a possibilidade de acesso aos processos em andamento¹⁹¹¹. Entretanto, o acesso aos processos em andamento é realizado mediante a colocação de login e senha, o que, em se tratando de arbitragens realizadas com a presença do Poder Público, não nos parece o ideal.

De qualquer forma, deve haver outros meios, ainda que presenciais e por meio de cópia dos autos, para qualquer pessoa ter acesso aos procedimentos arbitrais realizados nas lides envolvendo as Parcerias Público-Privadas, garantindo de forma efetivamente prática (e não apenas teórica) o respeito ao princípio da publicidade que rege a Administração Pública.

Nesse sentido, FRANCISCO JOSÉ CAHALI defende, em posição na qual concordamos, que as audiências nas arbitragens envolvendo o Poder Público também devem ser públicas tal como as realizadas pelo Poder Judiciário¹⁹¹². Em verdade, elas devem ser acessíveis para qualquer interessado em acompanhar o andamento da arbitragem com a presença do Poder Público, inclusive no caso das Parcerias Público-Privadas.

Naturalmente, como frisa o próprio CAHALI¹⁹¹³, os interessados deverão ter a possibilidade de, como regra, acompanharem as arbitragens realizadas pelo Poder Público, incluindo a possibilidade de assistirem as audiência que ocorrerem durante o procedimento, porém não poderão interferir no andamento dos trabalhos, o que não os impede, caso percebam alguma irregularidade, de realizarem denúncias aos órgãos de controle competentes, como, por exemplo, caso percebam estar sendo a arbitragem utilizada pelos árbitros e pelos agentes públicos envolvidos como uma forma de lesar a Administração Pública.

JOEL FIGUEIRA JUNIOR, por outro lado, afirma ser a própria Administração Pública, não o árbitro ou a entidade arbitral, a responsável por obedecer e viabilizar o princípio da transparência¹⁹¹⁴.

¹⁹¹⁰O acesso pode ser realizado pelo seguinte link: <https://caad.org.pt/administrativo/decisoaes/>

¹⁹¹¹O acesso pode ser realizado pelo seguinte link: <https://caad.org.pt/administrativo/>.

¹⁹¹²CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.453.

¹⁹¹³*Idem, ibidem*. p.453.

¹⁹¹⁴JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.291.

Entretanto, não concordamos com o referido autor, pois entendemos que nas arbitragens com a presença do Poder Público a obrigação de obedecer ao princípio da transparência é uma via de mão dupla, devendo ser, na medida do possível, obedecido tanto pelas partes envolvidas como pelo responsável pelo julgamento. Desse modo, concordamos com LEONARDO SARAIVA quando, ao defender a aplicação do princípio da publicidade aos centros arbitrais nas arbitragens administrativas, afirma que a dita obrigatoriedade decorre do próprio dever de cooperação existente para com o Poder Público¹⁹¹⁵. No mesmo sentido, também defendendo dever ser aplicado o princípio da publicidade nas arbitragens administrativas tanto ao Poder Público como às entidades arbitrais, GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT defende a regulamentação da publicidade pelas câmaras arbitrais que realizam procedimento com a presença da Administração Pública, prevendo expressamente quais serão as hipóteses de sigilo nos termos previstos na legislação¹⁹¹⁶.

É relevante trazer à tona que as medidas visando ampliar a publicidade do procedimento arbitral não visam, tal como afirma GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, aumentar a burocracia do procedimento arbitral, mas sim dar uma “maior transparência e responsabilidade (“accountability”) aos tribunais arbitrais e aos agentes públicos envolvidos”¹⁹¹⁷.

Desse modo, a medida cá sugerida de dar o máximo de transparência à arbitragem realizada nos litígios decorrentes das Parcerias Público-Privadas está em consonância com a busca da boa governança atualmente tão mencionada pelos investigadores da área de Administração Pública, sendo, como afirma ISABEL CELESTE FONSECA, uma forma de dar maior credibilidade ao procedimento arbitral com a presença do Poder Público em conformidade com os valores do Estado de Direito¹⁹¹⁸, não podendo a referida medida ser encarada, tal como afirma BRUNO LOPES MEGNA, como uma ameaça ao uso da arbitragem pelo Poder Público e sim como uma forma de dar mais legitimidade ao referido procedimento de resolução de conflitos¹⁹¹⁹.

Além disso, tornar as arbitragens tão transparentes quanto as decisões do Poder Judiciário é uma forma de fazer a população dar aos procedimentos arbitrais o mesmo valor dado aos procedimentos judiciais, atenuando, dessa forma, a já tão comentada cultura da judicialização.

Além do mais, tal como afirmam SARA BLANCO DE MORAIS e NUNO PIMENTEL GOMES, o acesso ao decidido nos tribunais arbitrais nos litígios envolvendo o Poder Público pode acabar colaborando com a

¹⁹¹⁵SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.p.33.

¹⁹¹⁶SCHMIDT, Gustavo da Rocha - *Arbitragem na Administração Pública*, Curitiba: Juruá, 2018.p.65.

¹⁹¹⁷OLIVEIRA, Gustavo Justino de - Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes, *Et al - Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*, São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>.pp.1-28. p.13.

¹⁹¹⁸FONSECA, Isabel Celeste - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178. p.178.

¹⁹¹⁹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.308.

uniformização das decisões arbitrais, o que, em consequência, acabará dando mais credibilidade ao instituto em testilha¹⁹²⁰. Sendo por essa razão que LEONARDO SARAIVA defende a criação de “um sistema de precedentes das câmaras arbitrais”¹⁹²¹.

Importante trazer à tona o entendimento de EDUARDO TALAMINI ao afirmar que o princípio da transparência não obriga a realização do procedimento arbitral por meio de sessões públicas e com decisões proferidas nos Diários Oficiais, mas sim com a possibilidade de acesso aos interessados ao teor das decisões e dos procedimentos arbitrais quando formularem requerimento nesse sentido aos centros ou tribunais responsáveis pela realização da arbitragem¹⁹²².

Concordamos parcialmente com o entendimento do autor mencionado no parágrafo anterior, pois entendemos que as sessões arbitrais com a presença do Poder Público devem ser acessíveis ao público em geral, não existindo motivos, salvo as exceções legais e constitucionais, para a realização de reuniões secretas. Por outro lado, concordamos com a desnecessidade de publicação das decisões arbitrais nos Diários Oficiais, pois esses últimos são administrados pelo próprio Poder Público, não nos parecendo razoável a possibilidade de as entidades arbitrais possuírem mecanismos próprios para viabilizarem a necessária publicidade das suas decisões com a presença da Administração Pública.

No Brasil o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo há anos realiza a publicação no Diário Oficial de quais são as arbitragens realizadas com a presença do Poder Público¹⁹²³. A medida mencionada é digna de elogios, porém consideramos, tal como exposto acima, que o ideal não é apenas a informação sobre quais são as arbitragens existentes e sim o efetivo acesso ao seu teor e ao seu andamento.

Em Portugal, como forma de atingir a máxima transparência cá defendida, em 2015 o Código de Processos Administrativos de Portugal foi alterado para fazer constar a obrigatoriedade de publicação das decisões arbitrais transitadas em julgados em banco de dados organizados pelo Ministério da Justiça Português¹⁹²⁴ e recentemente foi publicada a Portaria 165/2020 prevendo os “termos de depósito e publicação das decisões arbitrais em matéria administrativa e tributária”¹⁹²⁵, onde consta que todas as arbitragens administrativas proferidas por tribunais administrativos

¹⁹²⁰MORAIS, Sara Blanco; GOMES, Nuno Pimentel - A arbitragem e as autarquias locais. Alguns aspectos a aprofundar, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*. N 1 (2015), pp. 46-51. p.48/49.

¹⁹²¹SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.p.99.

¹⁹²²TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro - *Arbitragem em Direito Público*, VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. São Paulo: FGV, 2019.p.127.

¹⁹²³FERNANDES, Luiza - Avanços e Desafios da Arbitragem na Administração Pública, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019.p.75.

¹⁹²⁴Lei portuguesa 15/2002(Código de Processos Administrativos de Portugal). Artigo 185.º-B. Publicidade das decisões arbitrais. As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro).

¹⁹²⁵Portaria Portuguesa 165/2020. Diário da República N.º 130, *Série I* (07.7.2020).

transitadas em julgado estarão sujeitas à depósito¹⁹²⁶ em plataforma informática do Ministério da Justiça¹⁹²⁷.

A referida portaria bem demonstra a importância da transparência nas parcerias público-privadas, porém entendemos de que não deveria se dar amplitude apenas para as decisões transitadas em julgado, mas sim a possibilidade de acesso a todas as fases dos procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público.

Outrossim, conforme será visto em seguida, a máxima transparência a ser dada nos litígios com a presença do Poder Público é medida essencial para viabilizar o acerto da entidade arbitral responsável pelo julgamento.

Por fim, importante mencionar uma preocupação de ISABEL CELESTE FONSECA no sentido de que deve existir um cuidado com a necessidade de publicidade das arbitragens administrativas não prejudicar o parceiro privado¹⁹²⁸. Aderimos ao referido receio, pois, conforme mencionado no capítulo I, importante se faz preservar as questões sensíveis das empresas parceiras quando assim não for prejudicial ao interesse público.

3.7.5 Da previsão no instrumento convocatório da arbitragem em licitações e procedimento adjudicatório e da arbitragem pré-contratual

Conforme já mencionado quando se abordou as formas de optar pela arbitragem, existe a discussão sobre a necessidade ou não da previsão da arbitragem nos instrumentos convocatórios das licitações no Brasil ou dos processos de seleção pública em Portugal que antecedem os contratos públicos de concessão, inclusive no caso das Parcerias Público-Privadas.

A questão em testilha é importante porque o instrumento convocatório, como é o caso do edital ou do anúncio, deve ser obedecido de forma rigorosa¹⁹²⁹, sendo considerado a “lei” do procedimento de seleção pública, da mesma forma que o programa do concurso em Portugal será, nas palavras de ISA ANTÓNIO, a “matriz normativa e axiológica”¹⁹³⁰ do procedimento de seleção, o que torna vinculados aos critérios adotados neles tanto as pessoas privadas participantes do certame público como o próprio Poder Público.

¹⁹²⁶Portaria Portuguesa 165/2020: Artigo 2.º Decisões arbitrais sujeitas a depósito. Encontram-se sujeitas a depósito as decisões arbitrais transitadas em julgado, proferidas por tribunais arbitrais: a) Em matéria administrativa, constituídos ou não sob a égide de centros de arbitragem institucionalizada;

¹⁹²⁷Portaria Portuguesa 165/2020: Artigo 3.º Plataforma informática 1 - As decisões referidas no artigo 185.º-B do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e no artigo 16.º do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, são depositadas em plataforma informática do Ministério da Justiça, gerida pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), acessível no endereço eletrónico <https://tribunais.org.pt>.

¹⁹²⁸FONSECA, Isabel Celeste - A contratação pública e Ral, Palestra proferida no *Congreso Internacional de Derecho Procesal e Innovación em la contratación pública* no dia 29 de abril de 2021.

¹⁹²⁹GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, 17ªed, São Paulo: Saraiva, 2012. p.625.

¹⁹³⁰ANTÓNIO, Isa - A fase de formação dos contratos públicos: breves notas sobre o contencioso pré-contratual. *Revista de Direito da Administração Pública*, N 2, V 1 (2019), pp. 232-264. p.239.

Assim, a Administração Pública se vincula ao instrumento convocatório criado por ela mesma¹⁹³¹, o que, diga-se, está em consonância com o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, já abordados nesta tese doutoral no capítulo primeiro, que vedam ao Poder Público agir de forma contraditória, uma vez não ser razoável permitir à Administração Pública agir de forma diferente do previsto no local responsável por chamar os interessados em contratar com ela.

Em tese de doutoramento sobre a realização da arbitragem pelo Poder Público, FELIPE FAIWICHOW ESTEFAM defendeu a necessidade de que a previsão da utilização do referido instituto de resolução de conflitos esteja no edital de seleção pública antecedente da feitura do contrato público, sob o argumento da necessidade de os licitantes saberem previamente acerca da possibilidade do uso da arbitragem para poderem efetivamente analisar se possuem o interesse em participar do procedimento licitatório¹⁹³².

Concordamos com o investigador acima mencionado, uma vez que a referida questão pode ser relevante para uma empresa definir se quer ou não participar do referido procedimento, sendo, assim, uma forma de preservar o princípio da competitividade necessariamente existente nos procedimentos de seleção com a presença do Poder Público, sendo o princípio mencionado responsável por afirmar ser um dever do Poder Público buscar mecanismos para viabilizarem da forma mais ampla possível a competição entre os inscritos nos certames públicos, sendo o mesmo considerado um dos princípios nucleares das seleções públicas¹⁹³³, estando em consonância com a orientação do direito europeu pela adoção de uma ideia de “favor participationis”¹⁹³⁴.

Desse modo, temos o entendimento no sentido de ser preferível a referida previsão no edital ou anúncio ou, ainda, no programa do procedimento¹⁹³⁵, pois nos parece também que a necessidade da previsão acerca da arbitragem é uma medida salutar para garantir, no futuro, o próprio sucesso da realização do procedimento arbitral, pois, naturalmente, haverá uma maior legitimidade devido ao fato da pessoa contraente com o Poder Público já ter participado do certame licitatório ou de seleção pública ciente de que qualquer conflito no futuro seria resolvido por intermédio da arbitragem, o que demonstrará a inexistência de qualquer vício de vontade quando do momento de prever a arbitragem em uma das cláusulas do contrato público da Parcerias Público-Privada.

¹⁹³¹FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.547.

¹⁹³²ESTEFAM, Felipe Faiwichow - *Processo Arbitral e Sistema*. 2017, Tese de doutoramento, Pontifca Universidade Católica de São Paulo, 2017.p.58.

¹⁹³³NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.282.

¹⁹³⁴RAIMUNDO, Miguel Assis - Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais da contratação pública: de *Assistur a Specializuotas Transportas*, e mais além. In RAIMUNDO, Miguel Assis - *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2020. pp.85-135. p.86.

¹⁹³⁵MOREIRA, José Azevedo - Breves Considerações sobre a arbitragem pré-contratual no CPTA Revisto In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 18-23. p.19.

Além disso, a previsão no instrumento convocatório pode vir a interferir nos valores apresentados nas propostas das licitações públicas realizadas no Brasil ou nas seleções pública realizadas em Portugal, diminuindo o valor a ser apresentado pelos interessados, uma vez que, conforme já foi abordado na presente tese de doutoramento, no meio empresarial ainda prevalece o entendimento de que a arbitragem é um meio menos custoso e mais seguro, especificamente no aspecto temporal, de resolução dos litígios do que o Poder Judiciário, o que pode colaborar em atrair mais interessados a participar do certame, o que também irá aumentar a competitividade do procedimento prévio de contratação.

Desse modo, a previsão editalícia da solução pela via arbitral pode vir acabar colaborando com a busca da melhor proposta, que é um dos pilares da realização das seleções públicas tanto pelo Brasil como por Portugal quando os administradores públicos decidem realizar a contratação pública de empresa privada para a concretização de uma obra pública ou para a prestação de um serviço público.

Outrossim, caso o litígio surja no decorrer do processo licitatório no Brasil, caberá, a priori, ao Poder Judiciário resolver o mesmo e não um juízo arbitral, tendo em vista que a mera previsão no instrumento convocatório no Brasil não pode ainda vincular os participantes da licitação no Brasil quanto ao uso da arbitragem antes da feitura de um contrato com a Administração Pública, só se aplicando a previsão da arbitragem no instrumento convocatório para os litígios existentes após a realização do contrato e não para os que antecederem a assinatura do mesmo, como, por exemplo, a decisão de inabilitação de determinado participante do certame ou até mesmo a decisão acerca do vencedor do procedimento público. O instrumento convocatório é realizado de forma unilateral pelo próprio Poder Público, não havendo ainda o que se falar na existência de um contrato e, em consequência, também não existindo a previsão de uma cláusula compromissória de realização da arbitragem.

No entanto, caso ainda durante o procedimento licitatório no Brasil surja algum litígio entre o Poder Público e todos os licitantes e participantes envolvidos, bem como todos os demais interessados, direta ou indiretamente, na desavença firmem um compromisso arbitral, é juridicamente possível, ao menos na teoria, a resolução do litígio por intermédio da arbitragem na qual todos serão partes.

De qualquer forma, a solução acima, ainda que juridicamente possível no Brasil, pode ser difícil de acontecer na prática, pois, naturalmente, na medida em que se aumenta o número de envolvidos, diminui-se as chances na busca de uma solução de um conflito de forma consensual, no caso, do consenso na escolha pelo procedimento realizado por um árbitro, diferentemente da

resolução pelo Poder Judiciário, na qual todos os envolvidos serão obrigados a se submeterem ainda que apenas um deles procure o referido poder estatal em busca do direito que julga possuir.

Além disso, a arbitragem com várias pessoas, também conhecida como arbitragem multipartes, tem como grande dificuldade a forma como o árbitro será escolhido¹⁹³⁶, justamente devido ao fato de que a existência de mais de uma parte envolvida também dificulta a possibilidade de consenso sobre um nome passível de agradar a todos os, tendo em vista a necessidade da escolha dever respeitar o princípio da igualdade, o que vai ser extremamente difícil de se concretizar em uma arbitragem com várias partes, principalmente sendo o caso da opção por uma decisão arbitral colegiada¹⁹³⁷, na qual várias pessoas deverão escolher vários árbitros.

De fato, existem autores defendendo a junção da arbitragem com as chamadas “class actions”, que seriam as ações coletivas, fazendo existir uma “class arbitration”¹⁹³⁸, que seria justamente a possibilidade do uso da arbitragem nas demandas coletivas, o que poderia ser o caso de um litígio decorrente de uma seleção pública. Entretanto, nem a cultura nem a legislação local do Brasil estão avançadas a ponto de permitir aos legitimados para ações coletivas a possibilidade de resolver os litígios na referida seara por intermédio da arbitragem.

Desse modo, a tendência realmente é que os conflitos realizados ainda na fase licitatória dos contratos de Parcerias Público-Privadas no Brasil¹⁹³⁹ sejam julgados por um juiz togado e não por um árbitro, salvo quando os participantes da seleção pública já tenham aderido ao procedimento arbitral antes do litígio ou quando se tratar de um litígio envolvendo apenas um dos envolvidos, como, por exemplo, quando for ilegalmente tolhido ao adjudicatário o direito de contratar com Poder Público, situação na qual o referido litígio poderá ser facilmente solucionado por meio de uma arbitragem adotada em comum acordo entre a entidade adjudicante e o adjudicatário, sendo uma possibilidade da chamada arbitrabilidade pré-contratual¹⁹⁴⁰, ainda que seja polêmica a existência de um direito adquirido à contratação no caso presente caso¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁶CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.219.

¹⁹³⁷MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto - *O princípio da Igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2017.p.28.

¹⁹³⁸MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.329.

¹⁹³⁹No presente ponto a legislação portuguesa é mais avançada que a brasileira, conforme será visto a seguir.

¹⁹⁴⁰FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - *As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020*, In FONSECA, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271. p.270.

¹⁹⁴¹ISA ANTÓNIO, analisando especificamente a legislação portuguesa, defende o direito à contratação, salvo se houver um caso superveniente ou imprevisto devidamente fundamentado nas exceções previstas no Código de Contratos Públicos-CCP Português e com o pagamento da devida indenização (ANTÓNIO, Isa - *A fase de formação dos contratos públicos: breves notas sobre o contencioso pré-contratual*, *Revista de Direito da Administração Pública*, N 2, V 1 (2019), pp. 232-264.p.300). No mesmo sentido Miguel Assis Raimundo afirma que há para o adjudicatário “um direito subjectivo público a que o contrato seja celebrado”. (Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.p.1157). JORGE ANDRADE DA SILVA, no entanto, também analisando a legislação portuguesa, afirma que a adjudicação não representa necessariamente a celebração do contrato (Cf. SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.263.), sendo a mesma, em verdade, o ato pelo qual o Poder Público aceita uma das propostas apresentadas tal como afirma Pedro Gonçalves (Cf. GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.p.961.). ISABEL CELESTE FONSECA, por seu turno, afirma que a adjudicação transforma a mera expectativa em direito à contratação, salvo se houver uma causa legítima para não contratar, o que vai gerar o dever de indenização (FONSECA, Isabel Celeste - *Dos (novos) procedimentos de formação dos contratos públicos: a escolha estratégica*, In. FONSECA, Isabel

Outrossim, sobre o tema do presente tópico, a legislação portuguesa é mais avançada do que a brasileira no que diz respeito ao uso da arbitragem na fase pré-contratual, estando o contencioso da fase antecedente ao contrato expressamente previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal¹⁹⁴². Assim, ainda que seja importante a alteração do artigo 476 do Código dos Contratos Públicos de Portugal para expressamente prever a arbitragem na fase pré-contratual¹⁹⁴³, não temos dúvida de que ela já é uma realidade possível em Portugal, inclusive por meio de previsão no CPTA conforme revisão realizada em 2019¹⁹⁴⁴, suspendendo até mesmo os efeitos da adjudicação¹⁹⁴⁵.

No mais, adotando o entendimento previsto no presente tópico, o decreto-lei português número 111-B/2017 revisou o Código de Contratos Públicos em Portugal para expressamente prever a obrigatoriedade do Poder Público, quando optar pelo uso da arbitragem, obter a declaração de aceitação pela arbitragem de todos os “interessados, candidatos e concorrentes” que irão participar do procedimento de seleção que antecede a contratação pública em Portugal especificamente para “para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação de contrato”¹⁹⁴⁶.

A referida previsão legal pode vir a ser considerada desnecessária, pois, a partir do momento em que alguém resolve participar de um procedimento de seleção pública, automaticamente ela aceita todas as cláusulas do instrumento convocatório, incluindo a obrigação de participar do processo arbitral. De qualquer forma, a exigência de assinar a declaração em testilha é uma cautela importante tanto para dar maior legitimidade a um futuro procedimento arbitral como para evitar futuras

Celeste, *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-151. p.133). Importante lembrar que a própria legislação portuguesa prevê a hipótese de o adjudicatário entrar com uma medida judicial para exigir a celebração (Cf. Decreto-Lei 18/2008 (Código do Contratos Públicos de Portugal). “Art.105º: Não outorga do contrato. (...) 4 - No caso previsto no número anterior, o adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato”). Entretanto, nos parece que a referida possibilidade se dá apenas quando o contrato não foi celebrado por negligência do Poder Público e não por opção deste último por decisão fundamentada e com base em fato superveniente, o que a mesma legislação portuguesa expressamente permite (Cf. Decreto-Lei 18/2008. Art.79.1 – “Não há lugar a adjudicação, extinguindo-se o procedimento, quando: d) Circunstâncias supervenientes relativas aos pressupostos da decisão de contratar o justifiquem”). Por outro lado, Alexandre Santos Aragão, analisando a legislação brasileira, defende inexistir o direito à contratação por parte do adjudicatário (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.326.) Entretanto, não temos dúvidas, em virtude dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima já estudados nesta tese, que no Brasil a não contratação com o adjudicatário só pode acontecer de forma devidamente fundamentada e com base em fato superveniente ou imprevisto. Assim, a situação brasileira se assemelha, no nosso ponto de vista, à situação portuguesa, podendo surgir um litígio entre adjudicante e adjudicatário passível de ser resolvido, em comum acordo, pela arbitragem.

¹⁹⁴²Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos): Secção II Contencioso pré-contratual Artigo 100.º Âmbito 1 - A impugnação de actos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens rege-se pelo disposto na presente secção e, subsidiariamente, pelo disposto na secção I do capítulo II do título III.

¹⁹⁴³FONSECA, Isabel Celeste - A proposta sobre lei N.º41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública. In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-301. p.133.

¹⁹⁴⁴Lei Portuguesa 15/2002 (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) com redação dada pela Lei Portuguesa 118/2019, de 17 de setembro de 2019: artigo 180º: 3 - Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no Código dos Contratos Públicos, com as seguintes especialidades: a) O regime processual a aplicar deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual;

¹⁹⁴⁵MOREIRA, José Azevedo - Breves Considerações sobre a arbitragem pré-contratual no CPTA Revisto In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp.18-23. p.23.

¹⁹⁴⁶Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Art.476.º-Resolução alternativa de litígios: 2 - Quando opte pela sujeição dos litígios a arbitragem, a entidade adjudicante prevê obrigatoriamente: a) A aceitação, por parte de todos os interessados, candidatos e concorrentes, da jurisdição de um centro de arbitragem institucionalizado competente para o julgamento de questões relativas ao procedimento de formação de contrato, de acordo com o modelo previsto no anexo xii ao presente Código, do qual faz parte integrante, a incluir no programa do procedimento. 3 - Se, por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior, o adjudicatário pode desvincular-se da proposta, devendo aquela liberar a caução que este haja prestado, sem prejuízo do direito a ser indemnizado por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da proposta e com a prestação da caução. 4 - No caso previsto no número anterior, o adjudicatário pode, em alternativa, exigir judicialmente a celebração do contrato. (Grifos Nossos).

impugnações na justiça e para deixar bem claro que a arbitragem não será utilizada apenas após a assinatura do contrato e sim também na fase pré-contratual.

No mais, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO é categórica quando afirma a importância de efetivamente a arbitragem dever estar prevista tanto no edital do processo seletivo como no próprio contrato público para vir a ter validade¹⁹⁴⁷, caminhando no mesmo sentido LAURO DA GAMA E SOUZA JUNIOR ao defender, sob pena de nulidade, a obrigatoriedade da previsão do uso da arbitragem nos editais de seleções públicas realizados pelo Poder Público quando esse último optar pelo referido instituto de resolução de conflitos¹⁹⁴⁸.

Entretanto, apesar do nosso entendimento ser de que é preferível a previsão no instrumento convocatório do uso da arbitragem nas seleções públicas antecedentes a feitura de um contrato público, a questão, ao nosso ver, não passa pela validade ou não da arbitragem a depender da existência ou não da previsão em testilha, mas sim pelo aumento da legitimidade e da possibilidade de sucesso da arbitragem a vir a ser realizada quando ela for antecedida da referida cautela.

Assim, concordamos com BRUNO LOPES MEGNA ao afirmar, analisando a legislação brasileira, que a previsão a arbitragem no edital é uma medida “adequada”¹⁹⁴⁹, porém não “obrigatória”¹⁹⁵⁰, salvo expressa previsão nesse sentido na legislação, tal como acontece em Portugal e tal como acontece no Brasil especificamente nos casos de contratos de transporte de petróleo e gás¹⁹⁵¹, sendo esse o entendimento também de DIOGO ALBANEZE GOMES OLIVEIRA ao afirmar não existir a obrigatoriedade de previsão da arbitragem no edital de licitação, ainda que assim seja “extremamente recomendável”¹⁹⁵².

Desse modo, nada impede, ao menos no Brasil, a previsão da realização da arbitragem por meio de uma cláusula compromissória apenas no momento no qual for ser realizado o contrato público inerente à Parceria Público-Privada, assim como também é possível a opção pela arbitragem se dar apenas quando efetivamente surgir o conflito por meio da realização de um compromisso arbitral, uma vez que, conforme entende THALITA BIZERRIL DULEBA MENDES, a arbitragem é apenas uma das formas de resolução de conflitos, podendo o Poder Público, tal como acontece com as pessoas privadas, optar pela arbitragem apenas quando estiver diante de uma demanda precisando ser solucionada¹⁹⁵³.

¹⁹⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.1098.

¹⁹⁴⁸JUNIOR, Lauro da Gama e Souza - Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado), *Revista Direito Administrativo*, V 241 (2005) pp.121-157. p.145.

¹⁹⁴⁹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.194.

¹⁹⁵⁰*Idem, ibidem*.p.194.

¹⁹⁵¹Lei Brasileira 9478/97(Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo): Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

¹⁹⁵²RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p.159.

¹⁹⁵³MENDES, Thalita Bizerril Duleba -A concessão de tutela de urgência contra a Administração Pública pelo juiz arbitral, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.349-380. p.355

No mais, é possível a arbitragem ser realizada em um contrato paralelo, o que pode acontecer em qualquer momento após a feitura do contrato inicial, até mesmo depois que surgir o litígio.

Desse modo, não há o que se falar em nulidade do procedimento arbitral pelo simples fato de inexistir a previsão no instrumento convocatório do seu uso para as lides surgidas no decorrer do contrato que, possivelmente, sequer foi assinado, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça-STJ do Brasil¹⁹⁵⁴.

Nesse diapasão, também foi aprovado um enunciado na I Jornada de Prevenção e Resolução Extrajudicial de Litígios realizada pela Conselho da Justiça Federal no Brasil prevendo: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”¹⁹⁵⁵. Assim, o referido enunciado deixa claro que o entendimento fixado na referida Jornada foi o da possibilidade de o Poder Público aderir ao procedimento arbitral apenas quando do momento do surgimento do litígio, mesmo não sendo esse o momento ideal.

Entendemos da forma acima, inclusive, no caso da arbitragem pré-contratual em Portugal, onde o instrumento convocatório, conforme visto acima, deve prever a obrigatoriedade de aceitação prévia dos interessados, candidatos e concorrentes em participarem do procedimento arbitral quando essa for a vontade da Administração Pública, uma vez que a ausência da referida obrigatoriedade pode, no nosso entendimento, gerar sanções de ordem administrativa aos responsáveis, mas não impedir a realização do procedimento arbitral no futuro casos os envolvidos demonstrem interesse nesse sentido.

Pode ser levantada a hipótese de que a falta de previsão no instrumento convocatório afastaria alguns competidores, gerando uma nulidade pela escolha do procedimento arbitral apenas quando do momento da feitura do contrato.

Entretanto, entendemos que o argumento acima mencionado não se sustenta devido ao fato de tanto em Portugal como no Brasil existir a previsão legal do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, ou seja, mesmo sendo inexistente a previsão no instrumento convocatório, as entidades eventualmente interessadas em participarem do certame terão conhecimento da possibilidade de ser estabelecido no contrato a resolução do conflito por intermédio da arbitragem.

Assim, o nosso entendimento é no sentido de que uma das cautelas a ser tomada para o sucesso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas é a previsão da opção pelo procedimento arbitral no instrumento convocatório de licitação ou de seleção pública antecedente a feitura de um contrato

¹⁹⁵⁴SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; RIBEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Nerosky - Arbitragem como meio de solução dos conflitos nos contratos da Administração Pública: limites, formas e momento de previsão, *Revista Estudos Pesquisas Avançadas Terceiro Setor*, V 4, N 2 (2017), pp.454-476. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8387>. p.469.

¹⁹⁵⁵Fonte: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevecao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>.

público envolvendo uma PPP, porém, caso assim não aconteça, não há qualquer impedimento para a previsão da arbitragem apenas no contrato público por meio de uma cláusula compromissória ou tão-somente quando surgir o litígio por meio de um compromisso arbitral, não havendo, assim, o que se falar em nulidade em nenhuma dessas situações.

Em verdade, caso, ainda que sem previsão no instrumento convocatório, o contrato seja realizado com uma cláusula compromissória ou, ainda, no momento em que surgir o litígio seja realizado um compromisso arbitral, as partes envolvidas efetivamente serão obrigadas a resolverem desavença por meio da arbitragem, salvo se elas mesmas desistirem em comum acordo da opção previamente dada pela arbitragem, não podendo o Poder Público, tal como afirma BRUNO LOPES MEGNA, tomar a referida decisão unilateralmente se utilizando de sua supremacia contratual, tendo em vista já ter exaurido a sua margem de discricionariedade quando optou pelo procedimento arbitral¹⁹⁵⁶.

Entretanto, caso haja previsão no edital ou anúncio da seleção pública de que os litígios serão resolvidos por meio do procedimento arbitral, necessariamente deverá existir também a previsão da resolução por meio da arbitragem no contrato que for firmado com o parceiro privado, sob pena do referido contrato ser considerado nulo por ofensa ao princípio da vinculação aos instrumento convocatório, da mesma forma que, caso haja a previsão no contrato, as partes envolvidas serão obrigadas a resolverem a desavença por meio do procedimento arbitral, seja em virtude da obrigatoriedade de cumprirem o que já estava previsto no instrumento convocatório seja em virtude da força vinculante dos contratos.

No mais, caso um juiz togado julgue algum litígio no qual as partes haviam optado previamente pela resolução arbitral, a referida decisão poderá ser anulada por intermédio dos recursos e meios de impugnações das decisões judiciais previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, devendo ser o caso, após a decretação da nulidade, levado, nos termos previamente pactuados, para um juízo arbitral, respeitando, dessa forma, a vontade das partes.

A única possibilidade jurídica de um juiz togado adentrar no mérito de uma causa na qual as partes envolvidas optaram previamente pelo procedimento arbitral é no caso de ser decretada a própria nulidade da opção pela arbitragem, o que pode acontecer na hipótese da existência de um vício de vontade ou, ainda, quando se tratar de uma convenção de arbitragem realizada pelo Poder Público e no caso concreto faltar competência para a autoridade que fez a convenção de arbitragem realizar a referida espécie de compromisso.

¹⁹⁵⁶MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.233.

Nesse último caso a nulidade poderá ser decretada pelo Poder Judiciário caso seja instado para tanto ou até mesmo pelo próprio Poder Público, em face do princípio da autotutela.

Ainda existe quanto ao tema um questionamento necessário de ser feito: quando a arbitragem está prevista no instrumento convocatório que regulamenta a seleção pública, não seria o caso de uma arbitragem obrigatória para o adjudicatário?

De fato, o adjudicatário não pode deixar de se submeter ao procedimento arbitral que surgir no decorrer de uma relação com o Poder Público quando o referido procedimento estiver previsto tanto no edital ou no decreto, bem como no próprio contrato público.

Além disso, não é possível que a arbitragem esteja prevista no edital ou no anúncio que antecede o processo de seleção e não esteja prevista no contrato a ser realizado em virtude do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Desse modo, a partir do momento em que o interessado se submete ao processo de seleção pública, ele já se obriga a participar de um procedimento arbitral caso venha a surgir um litígio no futuro e ele seja o adjudicatário da seleção em um primeiro momento e o contraente no segundo.

A realidade supramencionada gera uma preocupação justamente porque uma das pedras de toque da arbitragem é exatamente a voluntariedade em participar do referido procedimento, fazendo com que ISABEL CELESTE FONSECA e JOÃO AMADEU DA SILVA, de forma crítica, defendam que se trata de uma arbitragem “necessária ou forçada”¹⁹⁵⁷. ADOLFO MESQUITA NUNES chega a afirmar que existe nesse caso uma verdadeira arbitragem necessária imprópria, onde a escolha acaba vindo a acontecer sem paridade de armas por livre arbítrio do Poder Público¹⁹⁵⁸.

Entretanto, entendemos que a pessoa ou entidade privada vencedora do certame efetivamente concorda em participar do referido procedimento arbitral, pois, a partir do momento no qual se inscreve na seleção pública, efetivamente aquiesce em resolver os conflitos eventualmente surgidos no decorrer da relação com o Poder Público por intermédio da referida forma de resolução dos conflitos.

A situação cá mencionada não é exatamente diferente do que acontece nas relações entre particulares, uma vez que uma pessoa pode só aceitar a feitura de um contrato privado caso a outra parte concorde em realizar uma convenção de arbitragem, não vindo a existir a referida relação contratual caso não haja concordância com a referida condição, da mesma forma que um agente financiador pode só aceitar realizar um empréstimo, inclusive para o próprio Poder Público, caso exista no contrato a previsão da resolução por meio da arbitragem.

¹⁹⁵⁷FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271. p.270.

¹⁹⁵⁸NUNES, Adolfo Mesquita - A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3. (2017), pp.16-24. p.22.

No caso dos contratos públicos, incluídos os de Parceria Público-Privadas, o adjudicatário não é obrigado a participar da seleção pública precedendo a arbitragem, assim como não é obrigado, após vencer o certame, a assinar o contrato, desde que assuma os ônus existentes. Entretanto, a partir do momento no qual aceita participar da seleção, sai vencedor da mesma e assina o contrato, o adjudicatário efetivamente concorda em participar da arbitragem, da mesma forma que aceita todas as demais regras previstas no instrumento convocatório, não existindo, assim, no nosso ponto de vista, uma arbitragem obrigatória.

Abordando especificamente a situação cá mencionada, MARCO CALDEIRA e TIAGO SERRÃO afirmam que a previsão no instrumento convocatório em questão não é exatamente uma arbitragem necessária simplesmente porque o Poder Público pode optar por não colocar a opção da referida forma de resolução de conflitos no instrumento convocatório, entretanto os mesmos autores defendem que a hipótese em testilha pode dar margem para o entendimento no sentido do Poder Público estar obrigando o uso da arbitragem para adjudicatário, o que geraria uma arbitragem necessária para esse último¹⁹⁵⁹, o que faz os referidos autores acabarem concluindo que, em verdade, o instrumento convocatório pode prever uma proposta de uso da arbitragem pelos adjudicatários a ser aceita ou não quando do momento da assinatura do contrato¹⁹⁶⁰.

Entretanto, conforme visto alhures, não concordamos com os referidos autores, pois entendemos que o Poder Público pode sim, mediante previsão no instrumento convocatório, obrigar os adjudicatários a firmarem a convenção de arbitragem, o que, no nosso ponto de vista, não torna a arbitragem obrigatória, simplesmente porque os particulares não são obrigados a contratarem com o Poder Público.

Assim, concordamos com MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, que, adotando entendimento igual ao nosso, afirma que o concorrente poderá só ter interesse em participar dos procedimentos não prevendo a arbitragem ou poderá só ter interesse na participação dos procedimentos prevendo a arbitragem, fazendo, diante de cada edital ou anúncio proposto, uma análise global de todas as regras previstas nas peças procedimentais para fazer o seu juízo de valor se quer ou não participar do certame, aceitando todas as regras previstas, inclusive o julgamento dos litígios eventualmente existentes pela via arbitral¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁹CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago - As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de ineffectividade, In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo - *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa: AAFDL, 2015. pp.299-388. p.308.

¹⁹⁶⁰*Idem, ibidem*, p.312.

¹⁹⁶¹RAIMUNDO, Miguel Assis - Nota sobre arbitragem no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 24-29. p.26.

No mesmo sentido, BRUNO LOPES MEGNA defende não se tratar a situação em testilha de uma espécie de arbitragem obrigatória, mas a simples antecipação de uma das partes, no caso, o Poder Público, de só aceitar firmar um contrato específico caso haja uma cláusula arbitral¹⁹⁶².

Por fim, estudamos no tópico 2.9.7 a questão da adesão unilateral prévia e consignamos nosso entendimento de que uma pessoa não pode fazer uma proposta prévia de se submeter a um procedimento arbitral em um primeiro momento e, em segundo, negar-se a firmar o compromisso arbitral. Pois bem, no caso de uma previsão editalícia pelo Poder Público acerca da realização de uma convenção de arbitragem em um futuro contrato público, por mais razão ainda o Poder Público não pode se negar a participar do procedimento arbitral no futuro em relação ao objeto da seleção pública e do contrato firmado.

O entendimento supra não decorre tão-somente da vedação ao comportamento contraditório, mas também da obrigatoriedade do Poder Público se vincular aos termos do instrumento convocatório, até mesmo porque, conforme visto, a previsão no edital ou anúncio do uso da arbitragem pode ter sido fator decisivo para definir a participação ou não de eventuais interessados no processo de seleção pública.

3.7.6 Da definição das matérias que podem ser objeto da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas

Em toda arbitragem realizada, ainda que estritamente privada, as matérias que serão objeto da referida forma de resolução de conflito representam o eixo central do procedimento arbitral, uma vez que as partes podem definir exatamente qual é a delimitação da atribuição do árbitro, até mesmo optando por deixar determinadas matérias reservadas para o julgamento de um juiz togado. A referida delimitação é chamada de arbitrabilidade objetiva¹⁹⁶³.

Na arbitragem com a presença apenas de particulares a questão é mais simples, pois, como lembra EDUARDO TALAMINI, os particulares possuem livre disposição dos seus bens, podendo os vender, os doar e até mesmo os destruir¹⁹⁶⁴.

Apesar de não concordarmos com uma livre disposição de bens, uma vez que as propriedades privadas devem cumprir uma função social, conforme previsto na Constituição Brasileira¹⁹⁶⁵ e tal como

¹⁹⁶²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.197.

MELO, Dina; PESSOA, Daniel - A arbitragem nos contratos administrativo, In LEITE, F. Tarcisio - *Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Privado Patrimonial Brasileiro*, Fortaleza: UNIFOR, 2008.p.306.

¹⁹⁶⁴TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito brasileiro. In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais -*Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.109-129. p.111

¹⁹⁶⁵Constituição Brasileira de 1988: Art. 5º: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

entende a jurisprudência de Portugal nos termos investigados por CARLA MODESTO GOMES¹⁹⁶⁶, não há dúvida de que a margem de liberdade para os particulares decidirem o destino dos seus bens é extremamente ampla, o que, naturalmente, facilita a opção pelo uso das arbitragens nos litígios envolvendo a propriedade privada.

Na arbitragem com a presença do Poder Público, no entanto, o presente ponto ganha importância alargada tendo em vista as já mencionadas limitações materiais acerca da participação do Poder Público nas lides julgadas por um árbitro ou por entidades arbitrais, sendo o próprio ordenamento jurídico e não apenas as partes envolvidas quem delimita quais matérias estarão necessariamente sujeitas ao Poder Judiciário.

No mais, como lembra JOEL FIGUEIRA JUNIOR, a grande discussão acerca da realização da arbitragem com a presença do Poder Público sempre esteve relacionada, em verdade, em definir quais matérias poderão ser objeto da arbitragem com a presença da Administração Pública¹⁹⁶⁷.

Assim, a partir do momento em que a arbitragem não pode ser utilizada em toda e qualquer matéria, conforme visto no Capítulo II, outra preocupação que surge se dá em relação a quais direitos efetivamente podem ser apreciados pelo árbitro quando estiver julgando uma causa com a presença do Poder Público como parte.

Ainda que não seja possível delimitar abstratamente todos os direitos passíveis de apreciação pelo juízo arbitral, é importante, ao menos, tentar delimitar o máximo quais direitos efetivamente entram dentro da competência arbitral, o que evita a nulidade do procedimento e ainda traz mais segurança jurídica para as partes envolvidas nos litígios, podendo, até mesmo, ser delimitado quais matérias necessariamente não poderão ser julgadas pelo o árbitro, o que já é uma forma de evitar discussões futuras sobre determinados pontos.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, analisando a legislação brasileira, enumera algumas situações nas quais, no seu ponto de vista, a arbitragem realizada pelo Poder Público seria perfeitamente possível, senão vejamos:

a) Questões fáticas; b) questões de índole técnica, inclusive aquelas que sejam passíveis de avaliação por peritos; c) questões derivadas do conteúdo do contrato de concessão que não versem sobre direitos indisponíveis; d) controvérsias acerca da matriz de riscos estabelecida em contrato; e) questões associadas ao atendimento pelo concessionário dos níveis de serviços definidos em contrato; f) restabelecimento da equação econômico financeira do contrato de concessão; h) indenização devidas ao concessionário ou ao poder concedente; i)

¹⁹⁶⁶GOMES, Carla Amado - Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade. E-Pública, *Revista Digital de Direito Público*, V 4, N3 (2018), pp.03-24. Disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n3a02.html>. p.9.

¹⁹⁶⁷JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.147.

questões associadas à extinção da concessão, especialmente aquelas atinentes à rescisão consensual, excetuadas outras relacionadas com prerrogativas estatais¹⁹⁶⁸.

Assim, a arbitragem com a Administração Pública, na ótica do referido autor, pode vir a ser utilizada em questões primordialmente patrimoniais ou, ainda, em questões que podem ser objeto de discussão no próprio contrato realizado entre o Poder Público e o ente privado que vai realizar o serviço público ou a obra pública ou também em questões meramente fáticas, inclusive nos casos em que se exige conhecimentos especializados de alguma área do saber, como a medicina ou a engenharia.

Nesse sentido, em estudo sobre o tema, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA conclui dever ser analisado se é possível ao Poder Público reconhecer a procedência do direito da parte contrária, situação na qual o direito será disponível, bem como analisar se ele pode ser representando pecuniariamente, situação na qual ele será também patrimonial e passível de ser decidido por intermédio da arbitragem¹⁹⁶⁹, no mesmo sentido EDUARDO TALAMINI afirma ser possível a arbitragem com a presença do Poder Público todas as vezes nas quais for constatado no caso concreto ser uma situação na qual as partes possam resolver o conflito independentemente do ingresso em juízo¹⁹⁷⁰.

O Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal, por seu turno, prevê em seu artigo 180, I, as matérias que podem ser objeto de arbitragem envolvendo o Poder Público¹⁹⁷¹, que são as questões envolvendo contratos públicos, naturalmente no que diz respeito às cláusulas nas quais se permite a pactuação entre o Poder Público e o ente privado; questões envolvendo responsabilidade civil extracontratual do Estado; questões envolvendo validade dos atos administrativos e questões envolvendo Direito do Trabalho e que sejam disponíveis, assemelhando-se muitos aos casos aventados pela doutrina brasileira, salvo em relação a questão dos direitos trabalhistas, uma vez que a Justiça do Trabalho brasileira possui um entendimento extremamente restritivo acerca da possibilidade da realização da arbitragem nas matérias inerentes à relação entre empregado e empregador¹⁹⁷².

O Código dos Contratos Públicos de Portugal, por sua vez, menciona as hipóteses de Resolução do contrato por iniciativa do cocontratante e expressamente afirma que as mesmas podem ser resolvidas pela arbitragem, possibilidades essas também envolvendo questões meramente

¹⁹⁶⁸GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014. p.319.

¹⁹⁶⁹PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - A arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo, *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.131-149. p.141.

¹⁹⁷⁰TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019.p.120.

¹⁹⁷¹Lei Portuguesa n° 15/2002 (Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal). Diário da República, *Série I-A*. N° 45 (22.02.2002), 2-39. 1422-1457.

¹⁹⁷²Fonte: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-determina-que-conse-lho-arbitral-nao-examine-conflitos-trabalhistas_

pecuniárias, fatos imprevisíveis e descumprimento das cláusulas contratuais ou atos ilícitos praticados pelo Poder Público contraente¹⁹⁷³.

Além dessas situações previstas no Código de Processo dos Tribunais Administrativos, ISABEL CELESTE FONSECA menciona a possibilidade da arbitragem com o Poder Público em Portugal decidir sobre emprego público, sistemas públicos de proteção social e questões inerentes ao Direito Urbanístico¹⁹⁷⁴ e MANUEL PEREIRA BARROCAS mencionada a impossibilidade de a arbitragem intervir nas normas regulamentares editadas pelo Poder Público¹⁹⁷⁵.

Outrossim, o Código de Contratos Públicos de Portugal permite a arbitragem para afastar os efeitos anulatórios de atos administrativos quando a anulação no caso concreto se demonstrar desproporcional ou contrária à boa-fé¹⁹⁷⁶.

Desse modo, percebe-se que a legislação portuguesa permite a arbitragem com a presença do Administração Pública nas situações em que não há um juízo de mérito por parte do Poder Público, que seriam as questões típicas do contencioso administrativo português¹⁹⁷⁷, ou seja, as questões envolvendo discussões apenas acerca da legalidade ou não do ato a ser praticado, não podendo o árbitro analisar a conveniência e a oportunidade da questão pública envolvida, conforme também deixa claro a mesma legislação quando fala das restrições ao procedimento arbitral, onde expressamente veda ao árbitro adentrar nas questões de atribuição do executivo, do legislativo e também nas questões necessariamente reservadas ao Poder Judiciário¹⁹⁷⁸.

Além disso, como visto, a legislação portuguesa expressamente aceita a arbitragem nas questões envolvendo direitos patrimoniais, tal como acontece também no Brasil, como, no exemplo

¹⁹⁷³Decreto-Lei 18/2008, Artigo 332.º Resolução do contrato por iniciativa do cocontratante 1 - Sem prejuízo de outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo contraente público especialmente previstas no contrato e independentemente do direito de indemnização, o cocontratante tem o direito de resolver o contrato nas seguintes situações: a) Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias; b) Incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao contraente público; c) Incumprimento de obrigações pecuniárias pelo contraente público por período superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25 % do preço contratual, excluindo juros; d) Exercício ilícito dos poderes tipificados no capítulo sobre conformação da relação contratual pelo contraente público, quando tornem contrária à boa-fé a exigência pela parte pública da manutenção do contrato; e) Incumprimento pelo contraente público de decisões judiciais ou arbitrais respeitantes ao contrato. 2 - No caso previsto na alínea a) do n.º 1, apenas há direito de resolução quando esta não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença. 3 - O direito de resolução é exercido por via judicial **ou mediante recurso a arbitragem**. (Grifos Nossos).

¹⁹⁷⁴FONSECA, Isabel Celeste - Das (im)possibilidades da mediação administrativa: dare to fly higher, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.81-92. p.84.

¹⁹⁷⁵BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2013. p.95.

¹⁹⁷⁶Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 283.º Invalidez consequente de atos procedimentais inválidos: 4 - O efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.

¹⁹⁷⁷BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius Armani - Breve análise dos meios alternativos de solução dos conflitos *envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal*, In MOREIRA, Júdice Moreira, *Et al - Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*, São Paulo: Almedina, 2020. pp.237-258. p.254.

¹⁹⁷⁸Lei Portuguesa 15/2002(Código de Processo dos Tribunais Administrativos). Art.185: 1 - Não pode ser objeto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional. 2 - Nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade.

trazido por MANUEL PEREIRA BARROCAS, acontece no caso de se definir o valor a ser pago em uma expropriação¹⁹⁷⁹.

No mais, urge a necessidade de lembrar que indisponibilidade do interesse público não se confunde com patrimônio indisponível, pois o interesse público sempre é indisponível. O que pode ser disponível ou não é o patrimônio público¹⁹⁸⁰, ou seja, os bens públicos¹⁹⁸¹ e desde que esses bens não estejam afetados a uma finalidade pública, como é o caso de um bem de uso comum do povo, como acontece com as ruas e com as rodovias¹⁹⁸². Nesse mesmo sentido, BRUNO LOPES MEGNA, em posição na qual concordamos, afirma preferir falar em direitos, objetos e coisas disponíveis e não em interesses disponíveis¹⁹⁸³.

Assim, o Poder Público só poderá dispor do patrimônio público quando ficar caracterizado no caso concreto a inexistência de ofensa ao princípio de indisponibilidade do interesse público, o que faz EDUARDO TALAMINI afirmar existir para o Poder Público duas espécies de indisponibilidade, quais sejam: a impossibilidade de alienar os bens públicos e a necessidade de intervenção judicial para resolver determinadas demandas judiciais¹⁹⁸⁴.

No mais, tal como já visto nesta tese de doutoramento, a arbitragem não pode vir a ser utilizada em questões envolvendo as prerrogativas do próprio Poder Público, ou, ainda, os atos de império¹⁹⁸⁵.

Nessa senda, por exemplo, diante de um contrato extinto por questões de interesse público, como acontece em Portugal no caso do resgate¹⁹⁸⁶, não é possível o uso da arbitragem para definir se é ou não o caso de extinção, se existe ou não o interesse público que justificou o fim da relação contratual, uma vez que o princípio do “pacta sunt servanda” para o Poder Público é relativizado, tendo em vista a necessidade desse último sempre buscar o interesse público, que é, naturalmente, mutável, prevalecendo sobre a vontade das partes pactuantes¹⁹⁸⁷, sendo uma maior harmonização do princípio

¹⁹⁷⁹BARROCAS, Manuel Pereira - *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Coimbra: Almedina, 2017.p.64.

¹⁹⁸⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.1096.

¹⁹⁸¹PEREIRA, Ana Lúcia Pretto; GIOVANNI, Ana Elisa Pretto Pereira - Arbitragem na Administração Pública Brasileira e indisponibilidade do Interesse Público, *Revista Quaestio Iurisp*, N 2, V 10 (2017), pp. 1146-1161. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491.p.1159>.

¹⁹⁸²FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.1465.

¹⁹⁸³MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.56.

¹⁹⁸⁴TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019.p.112.

¹⁹⁸⁵CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.450. No mesmo sentido: LOPES, Chistian Sahb Batista; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da – A arbitragem na Contratação Pública em Portugal: a forma (a) normal de resolver litígios emergentes das PPPS, In ANDRADE, Érico; DIAS, Maria Tereza Fonseca - *Tensões Entre o Público e o Privado - Anais do II Encontro Luso Brasileiro de (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público*, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Belo Horizonte Editora Fórum, 2015.p.53.

¹⁹⁸⁶FONSECA, Isabel Celeste - Da natureza jurídica do pré-aviso de resgate e da (in)tempestividade da respetiva impugnabilidade, In FONSECA, Isabel Celeste. *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.203-215. p.205.

¹⁹⁸⁷OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.p.260.

do “pacta sunt servanda” ao princípio da adaptabilidade contratual uma das diretrizes da Diretiva 2014/24/UE¹⁹⁸⁸.

Nesse sentido, a atual redação do Códigos dos Contratos Públicos de Portugal prevê a possibilidade de alteração unilateral do contrato público por parte da Administração Pública¹⁹⁸⁹, dispositivo legal que para ISABEL CELESTE FONSECA deve estar de acordo com o artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE¹⁹⁹⁰, que visa regulamentar as modificações dos contratos públicos no decorrer de sua vigência¹⁹⁹¹, não podendo, sem um novo procedimento de contratação, ser alterada a natureza global do contrato¹⁹⁹², o que, caso aconteça, também poderá ser objeto de arbitragem.

Entretanto, é possível o uso da arbitragem para definir se é cabível indenização a ser paga pelo Poder Público ao ente privado em virtude da extinção inesperada do contrato¹⁹⁹³ e sobre qual é o valor de eventual indenização, uma vez que nesse caso haverá apenas uma discussão acerca da responsabilidade civil do Estado no caso concreto, conforme estudado no início do presente capítulo desta tese doutoral.

Por outro lado, caso o Poder Público pretenda extinguir o contrato de Parceria Público-Privada alegando culpa do ente privado devido ao fato desse último ter praticado um ato ilícito, é possível o uso da arbitragem para avaliar se realmente houve justificativa para o fim do contrato, bem como para definir a existência e o valor de eventual indenização a ser paga pelo Poder Público ou pelo próprio parceiro privado pelos danos causados, pois, ainda que haja interesse público em encerrar a relação com os parceiros privados não cumpridores de suas obrigações, o motivo que justifica a extinção nesses casos não é o interesse público e sim o ato faltoso cometido pela outra parte do contrato.

No mais, caso o Poder Público dê um motivo efetivamente não existente como justificativa para extinguir o contrato, o particular poderá se utilizar da arbitragem que foi prevista em uma convenção de arbitragem visando reestabelecer o contrato utilizando como argumento a Teoria dos Motivos Determinantes, que vincula a Administração Pública à veracidade das suas informações, devendo os

¹⁹⁸⁸FONSECA, Isabel Celeste - Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: velhos problemas, novas dificuldades, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.139-152. p.149.

¹⁹⁸⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 302.º Poderes do contraente público. Salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código: c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código. Aqui importante frisar o entendimento de Maria João Estorninho ao criticar o que se chama de cláusulas exorbitantes devido ao fato de ser possível no Direito Privado a previsão contratual da possibilidade de modificação unilateral do contrato. Cf. ESTORNINHO, Maria João - *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p.137.

¹⁹⁹⁰FONSECA, Isabel Celeste - Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: velhos problemas, novas dificuldades, In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.139-152. p.141

¹⁹⁹¹Diretiva 2014/24/EU: Artigo 72.º Modificação de contratos durante o seu período de vigência 1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos(...). Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>.

¹⁹⁹²FONSECA, Isabel Celeste - Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades, In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp.77-87. p.82.

¹⁹⁹³SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.188.

motivos dados pelo Poder Público possuem compatibilidade com a veracidade dos fatos ainda que o ato praticado seja discricionário¹⁹⁹⁴.

Desse modo, ainda que se trate de uma questão meramente discricionária, caso o Poder Público motive o seu ato com base em fatos inexistentes, a decisão poderá ser revista tanto por intermédio de um processo judicial como por intermédio de um processo arbitral onde fique comprovado no decorrer da dilação probatória que os fatos alegados pela Administração Pública não condizem com a realidade, uma vez que não se pode confundir a discricionariedade do agente público com a possibilidade do mesmo agir com arbitrariedade ou com uma existência de uma liberdade absoluta para agir¹⁹⁹⁵, pois a análise da conveniência e da oportunidade por parte do Poder Público deve ser realizada respeitando as margens dada pelo próprio ordenamento jurídico.

Quanto ao presente tema, MARIO CASTILLO FREYRE e RITA SABROSO MINAYA mencionam o exemplo de um contrato público de obra pública, na qual não é possível o uso da arbitragem para definir se há interesse público ou não na prorrogação do contrato, mas é possível o uso do procedimento arbitral para definir qual é o valor justo a ser pago pela realização do acréscimo na obra no caso de uma alteração contratual realizada unilateralmente pela Administração Pública¹⁹⁹⁶.

PAULO OTERO, por seu turno, também cita a importância de delimitar quais matérias podem ser objeto da arbitragem realizada com a presença do Poder Público, mencionando as questões envolvendo contratos públicos e responsabilidade civil em decorrência de atos de gestão pública¹⁹⁹⁷, concordando dessa forma com o teor da legislação portuguesa acima mencionada.

MARÇAL JUSTEN FILHO, por outro lado, afirma que toda matéria que pode ser objeto de um contrato público necessariamente também poderá ser objeto de uma arbitragem¹⁹⁹⁸, posição a qual concordamos, pois se é uma matéria na qual a iniciativa privada pode prestar, também é uma matéria passível de vir a ser resolvida por meio da arbitragem ou, ao menos, que possua alguns aspectos dentro dela os quais poderão ser apreciados e decididos por meio de um juiz arbitral.

Outrossim, como vimos no Capítulo I, a possibilidade de delegação para a iniciativa privada passa pela diferenciação entre atos de império e atos de gestão. Além disso, essa diferenciação também se torna relevante para definir as matérias que serão objeto de uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada, sendo esse, segundo MAURO RUBINO-SAMMARTO, o principal critério que a

¹⁹⁹⁴FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.125.

¹⁹⁹⁵*Idem, ibidem*. p.138.

¹⁹⁹⁶FREYRE, Mário Castillo; MINAYA, Rita Sabroso - El arbitraje y los adicionales de obra, *Revista de la Facultad de Derecho*, N 66 (2011), pp.319-33. Disponível em astillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/132_Laudo_mayorias_%20y_minorias.pdf. pp.319-333. p.331.

¹⁹⁹⁷ÓTERO, Paulo - *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003. p.1056

¹⁹⁹⁸FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.990/991

jurisprudência italiana se utiliza para definir se determinada matéria pode ou não ser objeto de uma arbitragem com a presença do Poder Público¹⁹⁹⁹. Importante frisar, no entanto, que a divisão entre atos de império e atos de gestão não é o suficiente para definir se um ato é passível de apreciação judicial e arbitral, pois qualquer ato ilegal, seja ele de império ou de gestão, pode ser questionado perante o Poder Judiciário²⁰⁰⁰ e perante um árbitro, porém um ato discricionário, tal como essencialmente é o caso do ato de império, possui uma sindicabilidade menor em face do mérito administrativo.

Outrossim, CAIO TÁTICO já afirmava que nas situações nas quais se permite ao Poder Público pactuar com um terceiro, inclusive por meio da execução espontânea e da realização de uma negociação, como nas causas em que se obriga a realizar uma prestação financeira, é de se aceitar a validade do uso da arbitragem por ele²⁰⁰¹.

Naturalmente, como um contrato público também é regido por normas de direito público, existem matérias dentro do mesmo, como as prerrogativas do Poder Público, conforme acima mencionado, que não poderão ser solucionadas por intermédio da arbitragem, porém também existirão outras matérias, como o equilíbrio econômico-financeiro, que terão caráter meramente patrimonial e que poderão ser objeto de uma arbitragem²⁰⁰², existindo a possibilidade de recomposição do referido equilíbrio quando um fato novo mudar os pressupostos que serviram como base para determinar a prestação a qual o cocontratante se obrigou a pagar²⁰⁰³ e que não esteja dentro do risco normal do negócio²⁰⁰⁴, tal como pode acontecer na obrigação do dono da obra de indenizar o empreiteiro em virtude da realização de trabalhos complementares²⁰⁰⁵, o que é uma questão totalmente arbitrável, conforme acima mencionado.

Desse modo, é justamente por essa razão que, tal como mencionado nos parágrafos anteriores, caso o Poder Público opte em prol do interesse público extinguir uma Parceria Público-Privada, não poderá o parceiro privado se utilizar da arbitragem para impedir a referida extinção, tal como não poderia se utilizar do próprio Poder Judiciário por se tratar de uma questão envolvendo o mérito administrativo, não podendo o controle judicial substituir a vontade do administrador²⁰⁰⁶ analisando se a extinção é conveniente e oportuna ou não, uma vez caber apenas ao próprio administrador público competente analisar a existência ou não de interesse público em cada

¹⁹⁹⁹RUBINO-SAMMARTO, Mauro - *Il diritto dell'arbitrato*, 3ªed, Padova: CEDAM, 2002. p.175.

²⁰⁰⁰DIAS, Maria Tereza Fonseca – *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.375.

²⁰⁰¹TÁCITO, Caio - Arbitragem nos litígios administrativos, *R. Dir. Adm.*, V 210 (1997), pp.111-115. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47088>. p.114.

²⁰⁰²FILHO, Marçal Justen - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.991.

²⁰⁰³SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.560.

²⁰⁰⁴*Idem, ibidem*. p.563.

²⁰⁰⁵FONSECA, Isabel Celeste. Regime substantivo dos contratos públicos: novidade ou consequência? estudo recente, In. FONSECA, Isabel Celeste. *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.159-176. p.174.

²⁰⁰⁶FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.133.

caso concreto, sob pena, assim como foi mencionado acima, do Poder Judiciário interferir na esfera de atribuição do Poder Executivo ou de um administrador de outra esfera.

Por outro lado, a indenização a qual o parceiro privado eventualmente tenha direito com a extinção antecipada de uma Parceria Público-Privada por parte do Poder Público, ainda que em prol do interesse público, é, conforme mencionado alhures, uma matéria que pode vir a ser apreciada pelo Poder Judiciário por ter caráter meramente patrimonial e, por isso, também poder vir a ser objeto de uma decisão arbitral, onde será analisado na instrução probatória se o dano efetivamente existiu, qual foi a sua extensão, qual é o valor do mesmo, a existência ou não de danos emergentes e lucros cessantes²⁰⁰⁷, bem como se o parceiro privado deu causa ou não ao dano que sofreu, uma vez que ele não pode ser indenizado se também foi responsável pelo evento danoso, tendo em vista que é uma regra geral do Direito a impossibilidade das pessoas se beneficiarem da própria torpeza, principalmente por meio do recebimento de indenizações, salvo se o grau de responsabilidade do parceiro privado for diminuta a ponto de justificar uma indenização parcial apenas com uma diminuição inerente ao tamanho da sua responsabilidade, podendo o árbitro analisar em qual dessas situações a atuação do mesmo se enquadra.

Da mesma forma, caso uma causa superveniente altere o equilíbrio financeiro do contrato, também será possível o uso da arbitragem²⁰⁰⁸ para a “recomposição”²⁰⁰⁹ do contrato, como quando acontece no chamado fato do príncipe (“fait do prince”)²⁰¹⁰, que seria um ato do próprio Poder Público que não tenha vínculo com o contrato, mas que repercute nele de forma indireta, gerando a necessidade de repactuação do mesmo²⁰¹¹ ou no caso do chamado fato da administração, que é uma ação ou omissão do Poder Público diretamente vinculada ao contrato e que também gera a necessidade de sua alteração²⁰¹². Nesse sentido, a redação atual do Código dos Contratos Públicos de Portugal expressamente prevê o uso da arbitragem para modificar os contratos públicos desde que não se trate de interferência no mérito administrativo²⁰¹³.

Assim, por exemplo, caso o aumento de algum tributo onere o parceiro privado de uma Parceria Público-Privada, será o caso de repactuação do contrato para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo em virtude de um fato do príncipe, o mesmo acontecendo com a

²⁰⁰⁷SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017. p.705.

²⁰⁰⁸CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.450.

²⁰⁰⁹RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017.p.104.

²⁰¹⁰CASTRO, João Canto e - Uma apreciação geral do regime jurídico geral aplicável à Parcerias Público-Privadas, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, N 14 (2009), pp.151-243. p.178.

²⁰¹¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.324.

²⁰¹²*Idem, ibidem*. p.325.

²⁰¹³Decreto-Lei Português 18/2008: Artigo 311.º Modificação objetiva do contrato 1 - b) Decisão judicial ou **arbitral**, exceto nos casos em que a modificação interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa; (Grifos Nossos).

concessão de isenções para pagamento de pedágios a usuários de autoestradas, o que pode ser resolvido administrativamente ou, também, por meio de uma arbitragem.

Outro exemplo, nesse caso real, de fato do príncipe que gerou a necessidade de repactuação contratual foi o litígio acontecido no caso da Brisal-AutoEstrada de Portugal-S/A contra o Estado Português, onde a referida empresa, por meio de procedimento arbitral, conseguiu ter o direito de ser compensada pela introdução de portagens pelo Poder Público em concessões de autoestradas e que implicaram em comprovada diminuição de tráfego de veículos²⁰¹⁴.

Da mesma forma, caso o Poder Público não faça a licitação ou o procedimento adjudicatório para a compra dos veículos que serão dirigidos por motoristas de uma empresa terceirizada, será possível uma repactuação em virtude de um fato da administração, o que, caso não haja solução administrativa, também poderá ser resolvido por meio de um procedimento arbitral. Um exemplo real de fato da administração nas Parcerias Público-Privadas portuguesas, lembrado por NUNO CUNHA RODRIGUES, aconteceu em concessões rodoviárias nas quais o Poder Público não realizou no tempo devido algumas expropriações, o que implicou na necessidade da mudança de alguns traçados²⁰¹⁵.

Nos dois casos mencionados a questão de fundo é restabelecer a justiça para o parceiro privado em decorrência de um fato superveniente, causado ou não pela Administração Pública, que onerou demasiadamente o parceiro privado. Assim, trata-se de uma questão meramente patrimonial, o que permite a realização da arbitragem na ausência de uma resolução administrativa.

Entretanto, não pode o fato do príncipe ser utilizado como argumento para fraudar a necessidade de concorrência na contratação pública, impedindo indevidamente a realização de novos procedimentos visando a adjudicação²⁰¹⁶. Nesse sentido, importante se faz a existência de limites para as modificações contratuais que casos ultrapassados exijam um novo procedimento de contratação pública²⁰¹⁷.

No mais, caso o parceiro privado pretenda extinguir a Parceria Público-Privada devido ao fato do Poder Público não estar cumprido corretamente as cláusulas contratuais, a arbitragem poderá ser

²⁰¹⁴LOUSA, Nuno Ferreira - Anotação ao acórdão proferido no processo Brisal vs. Estado Português: a introdução de portagens nas vias SCUT, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*. N 2 (2016), pp. 30-35. p.31.

²⁰¹⁵RODRIGUES, Nuno Cunha - A experiência com parcerias público-privadas em Portugal, *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (12 a 16 de Maio de 2014)*, N 1. (2015), pp.177-189. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0177_0189.pdf. [177-189]. p.188.

²⁰¹⁶FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271. p.258.

²⁰¹⁷ESTORNINHO, 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. (2), In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp.29-35. p.35.

utilizada²⁰¹⁸, situação na qual o árbitro analisará o contrato e os atos praticados pelo Poder Público com fito de averiguar se existe compatibilidade na atuação do Poder Público com as previsões contratuais.

Em verdade, havendo previsão contratual do uso do instituto, a arbitragem efetivamente deverá ser utilizada no caso de o parceiro privado pretender extinguir a Parceria Público-Privada em virtude de ato imputado ao parceiro público, uma vez que o parceiro privado não pode realizar a extinção do contrato público por vontade própria por não ter a prerrogativa da autotutela tal como acontece com a Administração Pública. Além disso, o parceiro privado também não poderia se utilizar do Poder Judiciário, pois previamente já optou por outra forma de resolução de conflitos quando do momento da feitura do contrato, o que faz a arbitragem acabar sendo nos casos em questão a única alternativa possível de ser utilizada pelo parceiro privado quando o mesmo pretende rescindir unilateralmente o contrato público por fato imputado ao Poder Público, salvo se existir algum vício de vontade devidamente comprovado quando do momento da escolha do procedimento arbitral.

Nessa senda, ANTÔNIO JOSÉ DE MATTOS NETO afirma que o Poder Público só pode usar a arbitragem para matérias contratuais de ordem privada, não podendo utilizar o instituto para questões envolvendo créditos tributários, pois, apesar desses últimos possuírem natureza patrimonial, deve prevalecer, na lógica do referido autor, o Poder de Império do Poder Público em relação aos mesmos²⁰¹⁹.

Não concordamos, no entanto, com o entendimento do autor supracitado, uma vez que os créditos de natureza tributária são lançados de acordo com a lei, devido ao fato do Poder Público ser regido por normas de Direito Tributário pelo princípio da legalidade estrita, bem como pelo princípio da indisponibilidade, não havendo o que se falar em margem de discricionariedade do Administrador Público no momento de lançar e de cobrar um crédito de natureza tributária.

Assim, nada impede que o árbitro venha a analisar a assunção dos atos praticados pelo Poder Público com a lei. Naturalmente, como a relação tributária não é contratual, não há hipótese fática do Poder Público firmar uma convenção de arbitragem por meio de uma cláusula compromissória em se tratando de uma questão de natureza tributária, porém nada impede que o Poder Público venha a firmar um compromisso arbitral diante de um litígio já existente envolvendo um débito de natureza tributária.

Outrossim, como afirma HÉLCIO HONDA, não é o tributo brasileiro que não é passível de negociação e de arbitragem, mas sim a sua parte incontroversa, podendo, segundo o referido autor, a

²⁰¹⁸FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.230.

²⁰¹⁹NETO, Antônio José de Mattos - Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgenor de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*, Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62. p.59.

parte controversa ser objeto de transação, de conciliação e de arbitragem como formas de se averiguar qual é o melhor direito aplicado à cada caso concreto²⁰²⁰.

De qualquer forma, há de reconhecer que o nosso entendimento explanado nos parágrafos anteriores não encontra amplo respaldo na doutrina especializada no Brasil, uma vez que o estudo da arbitragem realizada pela Administração em solo brasileiro se dá ordinariamente nas relações de índole contratual, tal como acontece nas Parcerias Público-Privadas, existindo resistência quando ao uso da mesma nas questões afetas ao Direito Tributário, o que implica, como afirma JOEL FIGUEIRA JUNIOR, em nem o fisco nem os contribuintes ficarem à vontade e seguros para a realização da arbitragem com a presença do Poder Público em virtude da ausência de normatização quanto ao tema em solo brasileiro²⁰²¹.

Além disso, conforme também já exposto nesta tese doutoral no tópico 3.3, há autores defendendo a realização da arbitragem com o Poder Público apenas nas questões onde haja lei específica trazendo a referida possibilidade, o que seria o caso das Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal, mas não seria o caso das questões de ordem tributária no Brasil.

Em Portugal, por outro lado, existem uma série de disposições legislativas prevendo a referida possibilidade²⁰²², sendo a arbitragem em matéria tributária em Terras Lusitanas uma realidade consolidada há diversos anos, com efetivo uso na prática e com forte atuação do Centro Arbitragem Administrativa de Portugal²⁰²³, o que implica na existência em Portugal, tal como afirma BUENÃ PORTO SALGADO, de uma “abertura da dimensão objetiva da arbitragem abarcando a totalidade dos litígios tributários”²⁰²⁴.

Acreditamos que no presente ponto a legislação portuguesa é mais avançada que a legislação brasileira, pois nos filiamos ao entendimento de ser possível a arbitragem também nas causas tributárias tanto no Brasil como em Portugal, o que, conforme dito acima, já é uma realidade em diversos outros Estados.

De qualquer forma, ainda que a arbitragem tributária ainda não seja uma realidade no Brasil, as alterações das legislações tributárias podem vir a interferir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato público realizado entre o Poder Público e uma pessoa de direito privado, como, por exemplo, com o aumento da incidência de um tributo em determinada matéria-prima, é justamente o já

²⁰²⁰HONDA, Hélcio - Desafios para a adoção da arbitragem tributária no Brasil, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*. São Paulo: FGV, 2019. pp.220.221. p.230.

²⁰²¹JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.165.

²⁰²²ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. p.210/211.

²⁰²³Fonte: <https://www.caad.org.pt/tributario>.

²⁰²⁴SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.139.

mencionado fato do príncipe²⁰²⁵, o que justifica a mutabilidade do contrato público para se adaptar à nova realidade financeira²⁰²⁶, conforme foi acima explanado.

Desse modo, em qualquer situação, seja em virtude de um interesse público ou em decorrência de uma causa superveniente, caso o Poder Público e o ente privado não cheguem a um consenso sobre a extensão da modificação contratual em uma situação envolvendo uma Parceria Público-Privada, não há dúvidas que se trata de uma matéria passível de ser discutida por meio de um procedimento arbitral, tendo em vista que a discussão em litígio terá índole única e exclusivamente patrimonial e também de caráter disponível e não de ordem tributária.

Questão tomentosa se dá em relação à existência de uma multa dado pelo Poder Público ao parceiro privado. Nesse caso concordamos com a diferenciação realizada por MAURÍCIO MORAIS TONIN, ao afirmar ser possível o uso da arbitragem para a discutir as aplicações das multas previstas no contrato, mas não ser possível o uso do instituto para as multas decorrentes do poder de polícia da Administração Pública²⁰²⁷. Assim, por exemplo, seria possível uma arbitragem para rever uma multa decorrente de um suposto atraso na entrega do objeto de uma obra pública, mas não seria possível a arbitragem para rever uma multa decorrente do não cumprimento de uma norma de segurança e saúde do trabalhador.

Ademais, a arbitragem também não poderá abordar matérias que afetam terceiros não pactuantes da convenção de arbitragem, salvo se os mesmos, quando do momento do litígio, aceitarem se submeterem também ao procedimento arbitral, situação na qual todos serão partes no procedimento arbitral.

No mais, caso o árbitro decida alguma matéria que não poderia ter sido objeto da arbitragem, a solução a ser dada nas arbitragens realizadas no Brasil e nas arbitragens portuguesas irrecorríveis será a mesma mencionada no tópico anterior, qual seja: o prejudicado deverá adentrar com uma ação anulatória perante o Poder Judiciário, que, analisando a ilegalidade, anulará a decisão arbitral para que o árbitro dê outra em seu lugar sem analisar as questões que não estão sob a sua alçada, não podendo o juiz togado, tal como já foi amplamente exposto nesta tese de doutoramento, simplesmente substituir a decisão arbitral, mas tão-somente delimitar, nos termos da lei e da convenção de arbitragem, o campo de atuação do árbitro, uma vez que uma ação anulatória tem efeito “meramente cassatório”²⁰²⁸.

²⁰²⁵DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.324.

²⁰²⁶ *Idem, ibidem*. p.324.

²⁰²⁷TONIN, Mauricio Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.267.

²⁰²⁸MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.p.408.

Enfim, tendo em vista as discussões em testilha, importante se faz que antes mesmo do início da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas seja delimitado quais matérias poderão ser decididas pelo árbitro, evitando uma futura nulidade do procedimento arbitral devido ao fato do árbitro ter extrapolado as matérias que estavam dentro da sua alçada, devendo essa definição ser clara, pois a convenção de arbitragem se submete às regras de interpretação dos negócios jurídicos²⁰²⁹, o que faz a clareza das disposições contratuais diminuir a possibilidade de litígios

A dúvida se dá em relação ao momento para delimitar quais são as matérias que poderão ser objeto da arbitragem. Entretanto, por cautela, o ideal é que a dita delimitação se dê na primeira oportunidade na qual a arbitragem for prevista, ou seja, a partir do momento em que se começa a cogitar o uso da arbitragem, já deve começar a ser discutido também que matérias serão por ela abarcada.

Assim, a partir do momento que entendemos, conforme dito acima, que a arbitragem deve preferencialmente vir prevista no edital ou do anúncio da seleção que antecede o contrato público de Parceria Público-Privada, esse é também, no nosso entendimento, o momento ideal para se delimitar quais matérias poderão ser julgadas pelo árbitro.

Entretanto, conforme também visto no tópico anterior, entendemos que, caso não exista previsão do uso da arbitragem no edital ou anúncio, não existe impedimento nem no Brasil nem em Portugal para que a arbitragem esteja prevista apenas no contrato de Parceria Público-Privada. Nesse último caso, será o contrato o local adequado para se prever as matérias que poderão ser analisadas pelo árbitro.

Mesma lógica acima se aplica para o caso de a arbitragem só vir a ser convencionada em uma Parceria Público-Privada quando já se estiver diante de um litígio, situação na qual será a convenção de arbitragem o local devido para se delimitar a atribuição do árbitro.

Agora, ainda que seja uma cautela recomendável delimitar previamente, de preferência no edital ou anúncio das seleções públicas, quais as matérias do contrato de Parceria Público-Privada serão objeto da arbitragem, caso não exista a referida previsão e o árbitro julgue questões que não podem ser objeto da arbitragem, como acontece expressamente em Portugal no caso dos atos inerentes às funções política, legislativa e jurisdicional²⁰³⁰ ou, ainda, que estejam dentro da margem de discricionariedade do Poder Público, nosso entendimento é de haverá também a possibilidade do

²⁰²⁹FREITAS, Duarte Cancellia de Abreu Lebre de - O recurso a Arbitragem para apreciação de atos administrativos proferidos no âmbito dos contratos de concessão, In MOREIRA, Júdice Moreira *Et al - Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*, São Paulo: Almedina, 2020. pp.393-407. p.395.

²⁰³⁰Lei 15/2002. (Código de Processo nos Tribunais Administrativos): Competência para outorgar compromisso arbitral Artigo 184.º: Artigo 185.º Exclusão da arbitragem. Não pode ser objecto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos praticados no exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional.

Poder Judiciário, caso instado, decretar por meio de ação própria a nulidade do procedimento arbitral, especificamente da parte envolvendo a matéria fora das atribuições do árbitro, uma vez que a nulidade não decorre do desrespeito ao pacto entre o Poder Público e o parceiro privado e sim da ofensa ao próprio ordenamento jurídico que não permitiria o julgamento das matérias nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Importante mencionar o entendimento de CÁSSIO TELES FERREIRA NETTO de que toda a discussão acerca da indisponibilidade dos bens públicos perde importância quando se está diante da “arbitragem intramuros”, ou seja, da arbitragem realizada entre pessoas jurídicas integrantes da própria Administração Pública, devido ao fato do dinheiro estar circulando dentro da mesma esfera²⁰³¹.

Entretanto, apesar de concordar que o litígio apenas com a presença de entidades públicas gera um cenário favorável para a realização da arbitragem, não concordamos que necessariamente nessas situações a arbitragem será possível, pois entendemos haver casos nos quais exista a necessidade da presença do Poder Judiciário. De qualquer forma, a presente discussão foge aos objetivos do presente trabalho, pois estamos a abordar a arbitragem realizada nas Parcerias Público-Privadas, onde necessariamente haverá a presença de pessoas privadas.

Diante de tudo acima aludido, concordamos com BRUNO LOPES MEGNA quando afirma que a precisão do objeto material da arbitragem se torna importante para garantir economia de tempo ao evitar desperdício quando do momento do litígio com discussões acerca da extensão da convenção arbitral²⁰³², devendo a delimitação das matérias ser uma cautela tomada quando da feitura do contrato de Parceria Público-Privada.

Nesse sentido, visando resolver de forma abstrata a questão cá levantada, o governo brasileiro editou em 2019 um decreto regulamentando a arbitragem pública nos setores portuário, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, no qual expressamente são delimitadas as matérias nas quais incidirão a arbitragem²⁰³³.

Assim, nos contratos de Parcerias Público-Privada realizados no Brasil nas áreas objeto do referido decreto necessariamente deverá haver a previsão das referidas matérias como sendo as passíveis de análise em possível procedimento arbitral.

²⁰³¹NETTO, Cássio Teles Ferreira - A arbitrabilidade nos contratos administrativos. Arbitragem em Direito Público, VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.211.221. p.220.

²⁰³²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.211.

²⁰³³Decreto Presidencial brasileiro: 10.025.Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

No mais, o referido dispositivo legislativo pode servir como parâmetro para outras espécies de contratos públicos no Brasil.

3.7.7 Da questão da licitação ou do procedimento adjudicatório

Uns dos questionamentos existentes sobre a arbitragem realizada pelo Poder Público no Brasil é se seria necessária a realização de um procedimento de licitação quando do momento de se escolher um árbitro ou uma entidade arbitral em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, em especial ao princípio da moralidade, ao princípio da impessoalidade, ao princípio da eficiência e ao princípio da isonomia.

Além disso, a própria Constituição Brasileira prevê a obrigatoriedade de licitação, como regra, quando o Poder Público contrata com particulares no Brasil²⁰³⁴, situação também existente na legislação em Portugal no que diz respeito à necessidade da realização de um procedimento adjudicatório dentre os listados em lei²⁰³⁵.

No mais, é possível a existência de mais de um árbitro ou de uma entidade arbitral interessados em contratar com o Poder Público, tornando-se, ao menos em tese, necessária a possibilidade de se dar igual oportunidades a todos os interessados na realização do referido procedimento, questão não tão relevante para o parceiro privado, mas extremamente importante para a Administração Pública, uma vez que essa é regida pelos princípios da igualdade e pelo princípio da impessoalidade, devendo, sempre que assim for viável, todas as contratações públicas serem realizadas de forma acessível a todos os profissionais da área envolvida possuidores do interesse em contratar com a Administração Pública.

Outrossim, conforme já mencionado nesta tese doutoral no tópico Capítulo I, a Constituição Brasileira de 1988, atualmente em vigor, trouxe a obrigação da realização de licitação em decorrência da mudança de um modelo de administração pública gerencial para um modelo de administração pública burocrática com o objetivo de eliminar as constantes práticas de atos de corrupção existentes no Brasil com escolhas baseadas em interesses meramente privados.

Por outro lado, a arbitragem exige alguém de confiança de ambas as partes envolvidas, sendo essa possivelmente a sua principal característica, o que dificilmente vai ser possível de se mensurar

²⁰³⁴Constituição Brasileira de 1988: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

²⁰³⁵Decreto-Lei português 18/2008(Código de Contrato Público de Portugal): Artigo 16°. 1 - Para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar um dos seguintes tipos de procedimentos: a) Ajuste direto; b) Consulta prévia; c) Concurso público; d) Concurso limitado por prévia qualificação; e) Procedimento de negociação; f) Diálogo concorrencial; g) Parceria para a inovação.

por meio de uma seleção pública, pois inexistirá viabilidade de competição, tendo em vista que critérios totalmente objetivos não trazem a confiança necessária nem para o Poder Público nem para o parceiro privado, podendo, por exemplo, uma pessoa ou entidade que ofereça o melhor preço para realizar uma arbitragem não necessariamente estar apta para no caso concreto realizar a contento a função arbitral.

Diante do que foi acima aludido, MARÇAL JUSTEN FILHO é categórico ao afirmar ser absolutamente incompatível o procedimento licitatório brasileiro com a contratação de um árbitro sob o principal argumento de que a arbitragem não é um contrato público, onde se é exigido a licitação²⁰³⁶.

Concordamos com a conclusão do autor supracitado de ser a licitação incompatível com o procedimento de escolha de um árbitro pelo Poder Público, mas não concordamos com a motivação dada pelo mesmo, pois, ainda que a arbitragem não seja um contrato tipicamente administrativo, a convenção de arbitragem com a presença do Poder Público é um contrato da administração, é um contrato público, pelo simples fato de ter a presença da Administração Pública, e nas referidas espécies de contrato no Brasil, como regra, também deve haver a realização de um procedimento de licitação antecedendo a assinatura do mesmo, uma vez que haverá também a incidência dos princípios que regem a Administração Pública.

Desse modo, parece que o melhor o entendimento, no respeitante especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, é o de que a contratação de um árbitro para dirimir conflitos com a Administração Pública seria uma hipótese de inexigibilidade de licitação²⁰³⁷, em virtude justamente da inviabilidade de competição para esse tipo de contratação baseada na confiança e que exige a contratação de um profissional de notória especialização²⁰³⁸, sendo esse também o entendimento de JOÃO LESSA DE AZEVEDO NETO²⁰³⁹.

MARÇAL JUSTEN FILHO, no entanto, discorda que se trata de um caso de inexigibilidade de licitação justamente em face do argumento acima mencionado de que a arbitragem não seria um contrato e por entender que pensar em sentido contrário implicaria na necessidade de aplicação de todo o procedimento da Lei de Licitação²⁰⁴⁰.

²⁰³⁶FILHO, Marçal Justem - *Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*. N 1 (2016), pp.103-150. Disponível em <http://justenfilho.com.br/artigos/administracao-publica-e-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-e-os-arbitros/>. p.130.

²⁰³⁷Lei Brasileira 14.133/21: Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: (...). SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.p.177.

²⁰³⁸NETO, João Lessa de Azevedo - A arbitragem e o Poder público, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

²⁰⁴⁰FILHO, Marçal Justem - *Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*, N 1 (2016), pp.103-150. Disponível em <http://justenfilho.com.br/artigos/administracao-publica-e-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-e-os-arbitros/>.. p.136.

Entretanto, discordamos novamente do referido autor, justamente pelo argumento já apresentado, qual seja: o de que a convenção de arbitragem, diferentemente da própria arbitragem, tem natureza de contrato público.

Em verdade, ao que parece, JUSTEN FILHO vincula a convenção de arbitragem e o processo de escolha do árbitro a todo o procedimento da Lei de Licitação Pública caso se entenda ser um caso de inexigibilidade, porém não encontramos qualquer problema em se aplicar, no que for compatível, a Lei de Licitação e Contratos Públicos à convenção de arbitragem e não ao próprio procedimento da arbitragem, o que inclui o momento de escolha do árbitro, que seguirá regulamentação própria nos termos da legislação local.

No mais, o ordenamento jurídico brasileiro prevê apenas três opções quando o Poder Público contrata com um ente privado, qual seja: a realização de uma licitação prévia, a realização de um procedimento de dispensa ou a realização de um procedimento de inexigibilidade. Acontece que, conforme visto, o procedimento de licitação é incompatível com a escolha de um árbitro e os casos de dispensa são reservados para as hipóteses previstas em lei, que não podem ser ampliadas por representarem situações em que há viabilidade de competição²⁰⁴¹.

Por outro lado, é pacífico na doutrina brasileira que as hipóteses de inexigibilidade de licitação, diferentemente das hipóteses de dispensa de licitação, são exemplificativas e não taxativas, só podendo as hipóteses de dispensa acontecerem nos casos expressamente previstos em lei, enquanto que a inexigibilidade pode ser realizada em todas das hipóteses nas quais por quaisquer motivos, sejam eles fáticos ou sejam eles jurídicos²⁰⁴², houver a inviabilidade de competição, tal como é o caso da arbitragem, na qual o elemento confiança, que não pode ser mensurado em uma seleção pública, é extremamente relevante para o sucesso do referido meio de resolução do conflito, inclusive quando presente o Poder Público.

BRUNO LOPES MEGNA, por outro lado, concorda com a impossibilidade da realização de procedimento licitatório para a contratação de árbitro na presente situação, porém entende não se tratar nem de dispensa nem de inexigibilidade de licitação, mas de típica escolha discricionária da administração²⁰⁴³.

Entretanto, entendemos que a simples contratação pelo Poder Público de uma entidade privada sem licitação em virtude da inviabilidade da referida espécie de seleção já torna a situação uma

²⁰⁴¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.435.

²⁰⁴²NETO, Diogo Figueiredo Moreira - *Curso de Direito Administrativo*, 16ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.279.

²⁰⁴³MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.220.

hipótese de inexigibilidade. De qualquer forma, a questão efetivamente importante é a não realização da licitação, independentemente da terminologia adotada.

Naturalmente, a escolha da entidade arbitral deve ser devidamente motivada pelo Poder Público após a realização de um processo administrativo especificamente para esse fim, garantindo-se que realmente a entidade arbitral escolhida é a mais adequada para a resolução do conflito que surgir no decorrer da Parceria Público-Privada e justificando também a exclusão de eventuais outros interessados não possuidores do requisito da confiabilidade.

Além disso, o próprio instrumento convocatório da seleção que antecede a Parcerias Público-Privada pode trazer balizas mínimas que deverão ser levadas em consideração quando do momento de escolher a entidade arbitral, como, por exemplo, a previsão de um tempo mínimo de constituição da entidade arbitral ou de um número mínimo de resolução de conflitos (inclusive de conflitos realizados com a presença do Poder Público) a depender da complexidade e das peculiaridades do objeto do contrato que for pactuado de Parceria Público-Privada.

Especificamente no âmbito federal brasileiro, a Advocacia-Geral da União exige que a entidade arbitral seja escolhida dentre entidades previamente cadastradas perante ela mesma²⁰⁴⁴, o que é uma situação que pode causar um certo desconforto para o parceiro privado, mas que acaba por passar mais segurança para a sociedade.

No mais, tal como acontece nas convenções de arbitragem realizadas no âmbito privado, a escolha do árbitro pode vir a se dar em dois momentos: ou quando da feitura do contrato de Parcerias Pública-Privada entre o Poder Público e o parceiro privado ou apenas quando surgir o conflito, não havendo o que se falar em previsão de quem vai ser o árbitro ou a entidade arbitral também no edital ou anúncio, pois a escolha do árbitro ou entidade arbitral deve ser realizada em comum acordo entre as partes envolvidas, conforme será abordado em seguida, fazendo-se necessário definir quem é o vencedor da seleção pública antes de se definir o árbitro.

Por outro lado, em Portugal a discussão do presente tópico não existe mais, pois o próprio Decreto-Lei n.º 18/2008, que regulamenta a Contratação Pública pela Administração Pública Portuguesa, prevê a arbitragem como uma das hipóteses de ajuste direto de contratação pública²⁰⁴⁵, seguindo, assim, as diretivas europeias²⁰⁴⁶.

²⁰⁴⁴RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias - A escolha de câmara arbitral pela Administração Pública: uma proposta de aperfeiçoamento do sistema de credenciamento administrativo. In MOREIRA, Júdice Moreira *Et al - Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*, São Paulo: Almedina, 2020. pp.237-258. p.332.

²⁰⁴⁵Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 27.º Escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços 1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 24.º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode: d) Se trate de serviços de arbitragem, conciliação ou mediação;

²⁰⁴⁶A revogada Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e o Conselho já previa: (26) “Os serviços de arbitragem e de conciliação são habitualmente prestados por pessoas ou organismos designados ou seleccionados de um modo que não pode estar sujeito a regras de adjudicação de contratos

Desse modo, os argumentos utilizados pela doutrina brasileira para justificar a inexigibilidade de licitação e adotados também nesta tese de doutoramento para defender a contratação de entidade arbitrais pelo Poder Público Brasileiro sem prévio procedimento seletivo já foram utilizados como base para Portugal expressamente prever em lei a referida possibilidade, o que corrobora o que aqui se defende: de fato é inviável um processo de seleção pública para escolher alguém ou alguma entidade de confiança de ambas as partes para julgar um litígio.

Espera-se que com o tempo a legislação brasileira seja alterada e passe a prever dispositivo semelhante ao da legislação portuguesa, evitando maiores discussões sobre forma do Poder Público contratar um árbitro, gerando, desse modo, uma maior segurança jurídica para os envolvidos.

De qualquer forma, sendo inviável a feitura de um processo de licitação pública ou de um procedimento adjudicatório para a contratação de uma entidade arbitral, não há como se defender que uma das cautelas que deverão vir a ser tomadas em uma arbitragem realizada em um conflito oriundo de uma Parcerias Público-Privada seja a realização de do procedimento em testilha.

Naturalmente, a ausência da obrigação de licitação não quer dizer que o processo de escolha da entidade arbitral não seja antecedido de um procedimento formal, que necessariamente deverá existir. Entretanto, o referido procedimento administrativo não vai ter como foco uma disputa entre possíveis interessados e sim a análise pelo Poder Público em conjunto com o parceiro privado de qual é a pessoa ou a entidade mais apta para realizar o procedimento arbitral em cada situação.

No mais, a pessoa ou entidade arbitral escolhida, além de precisar atender os requisitos previamente previstos do edital ou no anúncio que antecedeu a Parceria Público-Privada, deverá apresentar um preço compatível com o do mercado, não podendo a ausência de uma seleção servir como instrumento para o responsável pela arbitragem cobrar um valor acima do ordinariamente cobrado para as arbitragens que tenham a presença apenas de particulares.

Assim, ainda que exista um grande grau de subjetividade na escolha de árbitros pelo Poder Público, o procedimento de escolha deve ser realizado da forma mais objetiva possível, garantindo a escolha da pessoa mais apta para proferir o julgamento em respeito aos interesses públicos envolvidos.

Além disso, é recomendável ao Poder Público se aproximar da iniciativa privada o máximo possível em prol da busca do interesse público primário, porém essa aproximação não pode ser

públicos". (DIRETIVA 2004/18/CE (Revogada) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços) e a atualmente em vigor 2014/24/EU prevê: (24) Convém recordar que os serviços de arbitragem e de conciliação, e outras formas semelhantes de resolução alternativa de litígios, são habitualmente prestados por pessoas ou organismos designados ou selecionados de um modo que não pode estar sujeito às regras de contratação pública. Importa esclarecer que a presente diretiva não se aplica aos contratos que tenham por objeto a prestação de tais serviços, seja qual for a sua designação na legislação nacional.(DIRETIVA 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão Texto relevante para efeitos do EEE.)

dissociada dos outros princípios regentes da Administração Pública. Desta feita, sempre em que o Poder Público vai realizar qualquer atividade com uma pessoa privada deve existir a justificativa para a escolha desse último em detrimento de outras pessoas que realizam a mesma atividade.

Também se faz necessário existir um controle interno e externo rigoroso dos referidos procedimentos de escolha de árbitros pelo Poder Público, impedindo que o administrador público venha a favorecer interesses meramente privados em detrimento do interesse público, uma vez que as exceções à feitura de procedimentos de seleções públicas devem ser realizadas sempre em prol do interesse público primário e não de interesses privados meramente egoísticos ou até mesmo a interesses escusos das pessoas envolvidas.

Tomadas as cautelas acima mencionadas, acreditamos que a contratação de um árbitro em uma Parceria Público-Privada por meio de uma inexigibilidade no Brasil ou de um ajuste direto de contratação pública em Portugal é a melhor forma de conciliar os princípios que regem a Administração Pública com a essência da arbitragem.

3.7.8 Da natureza personalíssima do contrato de arbitragem

Um questionamento importante em relação à arbitragem nas Parcerias Público-Privadas seria a definição de se é possível ao árbitro repassar suas atribuições de julgar determinado caso para outra pessoa, como, por exemplo, quando estiver sobrecarregado com a quantidade de procedimentos arbitrais nos quais se comprometeu a julgar ou até mesmo por ter, em um segundo momento, perdido o interesse em determinada causa na qual aceitou o encargo de julgar. A hipótese cá ventilada seria uma espécie de delegação do poder de julgar recebido pelas partes envolvidas no litígio, ou seja, uma espécie de subdelegação da atividade arbitral para outra pessoa.

A questão ganha contornos relevantes porque a atividade de um juiz togado é indelegável, então importante se faz analisar se a referida situação também acontece com o árbitro, haja vista o fato desse último exercer uma atividade de índole privada, bem como se faz necessário refletir sobre a necessidade de prever no contrato de Parceria Público-Privada a dita indelegabilidade como uma das cautelas necessárias para garantir o sucesso da utilização da arbitragem.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que todos os contratos da Administração precedidos de licitação possuem natureza “intuitu personae”, sendo as condições pessoais do contratado consideradas essenciais²⁰⁴⁷, o que impossibilita aos entes privados²⁰⁴⁸ que contratam com o Poder Público delegar ou subcontratar as suas atribuições para a outra pessoa sob pena do Poder Público aplicar as

²⁰⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.312.

penas decorrentes do não cumprimento do contrato, como, por exemplo, a própria rescisão da relação contratual.

Entretanto, vislumbramos a possibilidade de existir em determinado caso concreto a situação de um contrato com o Poder Público não ter natureza personalíssima, permitindo delegação, ao menos, de parte do objeto do contrato, desde que essa possibilidade esteja prevista previamente no instrumento convocatório, possibilidade, diga-se, expressamente prevista na legislação brasileira²⁰⁴⁸, bem como também permite a legislação portuguesa quando não houver previsão em sentido contrário e respeitados os limites legais²⁰⁴⁹, seguindo no mesmo sentido a Diretiva 2014/24/EU, que possui um artigo intitulado de “Subcontratação”²⁰⁵⁰, não podendo, assim como afirmam ISABEL CELESTE FONSECA e JOÃO AMADEU DA SILVA, existir um radicalismo acerca da impossibilidade de cessão sob pena de se ferir o próprio interesse público²⁰⁵¹, até mesmo porque a subcontratação é uma forma das pequenas e médias empresas-PME também participarem das contratações públicas²⁰⁵².

A possibilidade acima mencionada é algo natural de acontecer para questões acessórias da realização de uma obra pública ou da prestação de um serviço público pelos particulares, onde não se justifica a presença de um corpo técnico na empresa contratante apenas para a realização de atividades que exijam determinada especialização, mas que sejam de pequena monta, como a manutenção de um equipamento específico em uma obra pública ou na prestação de um serviço público que não seja diretamente vinculado ao objeto principal do contrato.

A exceção em testilha prevista na legislação brasileira poderia, em tese, ser aplicada ao procedimento arbitral, uma vez que ele é cláusula acessória em um contrato de Parceria Público-Privada.

Entretanto, no caso da arbitragem realizada pelo Poder Público, apesar de, como visto, não existir a possibilidade de licitação ou de procedimento adjudicatório para definir quem vai ser o árbitro, não existe dúvida acerca dela também possuir natureza “intuitu personae” ou personalíssima, não apenas nas arbitragens com a presença do Poder Público, mas também naquelas arbitragens estritamente privadas, uma vez que a confiança na pessoa ou entidade responsável por proferir a

²⁰⁴⁸Lei Brasileira 14.133/21: Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

²⁰⁴⁹Decreto-Lei 18/2008: Artigo 316.º Âmbito Na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, nos termos do disposto nos artigos seguintes.

²⁰⁵⁰No caso, o Artigo 71.º, que prevê: 2. Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos.

²⁰⁵¹FONSECA, Isabel Celeste; SILVA, João Amadeu Araújo da - As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020, In FONSECA, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271. p.262.

²⁰⁵²FONSECA, Isabel Celeste; MOTA, Nuno Miguel - O acesso das Pequenas e Médias Empresas ao mercado dos contratos públicos: algumas soluções, In *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. 6-76. p.74.

decisão arbitral é uma das questões essenciais do referido procedimento de resolução de conflitos, tendo em vista que, conforme já amplamente abordado nesta tese doutoral, umas das principais vantagens da escolha pela arbitragem para resolver um conflitos é a confiabilidade, sendo essa um dos elementos essenciais do procedimento arbitral.

Soma-se ao acima mencionado o fato de que mesmo sendo possível aos próprios interessados optarem por um procedimento arbitral, caso elas assim não o façam, não pode um juiz togado delegar suas atribuições de magistrado para outra pessoa.

Assim, o árbitro também não pode delegar ou sublocar a sua atribuição de decidir para outra pessoa não escolhida pelas partes sob pena de descaracterizar a própria natureza do instituto, principalmente em se tratando de uma arbitragem realizada com a presença do Poder Público como parte tal como acontece nos litígios decorrentes de Parcerias Público-Privadas, onde a escolha do árbitro, conforme abordado no tópico anterior, deve ser antecedido de um procedimento administrativo com as devidas justificações para escolher determinado árbitro e também para excluir os demais possíveis interessados.

De qualquer forma, é uma cautela importante colocar na convenção de arbitragem prevista nos contratos de Parcerias Público-Privado a expressa referência à impossibilidade de subcontratação ou de delegação das atribuições do árbitro para outras pessoas com fito de sanar qualquer dúvida para os envolvidos acerca da referida impossibilidade, evitando, desse modo, possíveis ações judiciais responsáveis por atrasar os andamentos dos trabalhos realizados pelo árbitro.

No mais, caso o árbitro tencione repassar a arbitragem por estar sobrecarregado, qualquer das partes poderá acionar o Poder Judiciário para compelir o árbitro a cumprir, dentro do prazo, o que foi avençado ou, ainda, as partes em comum acordo poderão substituir o árbitro por outra pessoa caso percam o interesse em que ele continue sendo responsável por julgar a causa, tal como elas podem fazer no caso do árbitro ter interesse em continuar responsável pelo julgamento, mas as partes não, tendo em vista o árbitro não possuir o direito adquirido em continuar sendo o responsável por decidir a causa mesmo contra o interesse das partes.

Desse modo, sendo possível para as partes em comum acordo desistirem do procedimento arbitral, elas também podem em conjunto substituir o árbitro já previamente escolhido, existindo expressa previsão na legislação portuguesa nesse sentido²⁰⁵³. Naturalmente, caso já tenha sido realizado um contrato com um árbitro e as partes desistirem do mesmo, a pessoa designada para a

²⁰⁵³Em Portugal, em verdade, o tribunal arbitral pode ser singular ou colegiado, nos termos da lei Lei Portuguesa 63/2011 (Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa), que prevê: Art.16º 1 - Em todos os casos em que, por qualquer razão, cessem as funções de um árbitro, é nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à designação do árbitro substituído, sem prejuízo de as partes poderem acordar em que a substituição do árbitro se faça de outro modo ou prescindirem da sua substituição.

função arbitral que foi excluída poderá pedir uma multa compensatória caso exista previsão contratual nesse sentido ou, ainda, pedir uma indenização caso o árbitro tenha algum gasto comprovado e que tenha sido inadiável em decorrência da sua contratação para participar do procedimento de arbitragem.

No mais, tratando-se de uma arbitragem realizada em uma Parceria Pública-Privada, tal como se aborda no presente capítulo desta tese de doutoramento, qualquer situação de troca de árbitro, concorde o mesmo ou não com a referida troca, deve ser antecedida de um procedimento administrativo com a devida justificativa para ser realizada a troca, bem como deverá haver a justificativa para a escolha do novo árbitro ou entidade arbitral exatamente nos mesmos moldes exigidos quando se faz a escolha do primeiro árbitro.

3.7.9 Do momento da escolha do árbitro

Uma questão importante a ser abordada é se analisar qual é o momento adequado para a escolha da entidade arbitral ou do árbitro responsável por proferir o julgamento do litígio, no caso, o questionamento se dá em saber se a entidade arbitral já deve vir prevista no edital ou anúncio da seleção pública antecedente do contrato de Parceria Público-Privada ou se a escolha se dá justamente no momento da realização do contrato público entre o parceiro público e o parceiro privado ou, ainda, se é o caso de escolha da entidade acontecer somente quando surgir o conflito, situação que pode nem vir a acontecer.

Em uma arbitragem privada a referida discussão não ganha contornos relevantes porque ela é regida por normas de direito privado, ficando ao livre critério das partes envolvidas decidirem em comum acordo qual é o momento mais adequado para a realizar a escolha do árbitro.

Entretanto, tratando-se de uma arbitragem realizada com a presença do Poder Público, que é regido por normas de direito público, urge a necessidade de se analisar quais das três oportunidades acima mencionadas é a mais adequada para a realização da escolha em testilha.

Quanto à primeira possibilidade, vimos no tópico anterior ser recomendável a previsão de que os conflitos serão resolvidos pela arbitragem no edital ou anúncio da seleção pública antecedente do contrato público de Parceria Público-Privada, o que nos pode conduzir ao entendimento de ser esse também o momento ideal para se definir de plano qual entidade ou pessoa será responsável por administrar e exercer a função arbitral, como forma das pessoas privadas interessadas já participarem do certame público sabendo efetivamente quem vai julgar os litígios eventualmente surgidos no decorrer do cumprimento contrato.

De fato, sendo o instrumento convocatório considerado a “lei” das seleções públicas, há sempre a tendência de buscar delimitar o máximo possível no mesmo todas as relações que decorrerão do seu cumprimento, o que pode evitar futuras demandas judiciais. Seguindo essa linha de raciocínio, BRUNO LOPES MEGNA defende a escolha unilateral do árbitro pela Administração Pública antes da feitura do contrato afirmando não existir qualquer arbitrariedade estatal devido ao fato de ninguém ser obrigado a contratar com o Poder Público²⁰⁵⁴.

Entretanto, uma das essências da arbitragem é a confiança na pessoa responsável pelo julgamento, o que nos faz entender não ser possível a escolha do árbitro se dar no instrumento convocatório que antecede a seleção pública, justamente devido ao fato do mesmo ser produzido de forma unilateral pela própria Administração Pública, sem a existência de qualquer participação do ente privado na discussão de qualquer cláusula, até mesmo porque ainda não se sabe quem vencerá o certame e será o responsável por firmar o contrato com o Poder Público, assim como também não se sabe sequer quem serão os eventuais interessados em participar da seleção pública.

No mais, mesmo se entendendo que todos os interessados em um certame público aceitam todas as cláusulas do edital ou do anúncio quando decidem participar de uma seleção pública, eles não podem ser obrigados a se submeterem a cláusulas que estejam ferindo a legislação pátria, bem como aos princípios regedores da Administração Pública, sob pena de ser decretada a nulidade do processo de seleção pública.

Desse modo, não é razoável considerar a possibilidade de uma pessoa renunciar ao julgamento a ser realizado pelo Poder Judiciário para se submeter a um árbitro ou a uma entidade arbitral que não seja de sua confiança, mais que isso: que seja escolhido unilateralmente pelo Poder Público, que estará justamente na parte contrária do litígio eventualmente surgido no decorrer da relação contratual.

Caso existisse a possibilidade ventilada no parágrafo anterior, teríamos uma ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, o que não acontece com a arbitragem em geral justamente porque nela as partes renunciam ao Poder Judiciário porque confiam na pessoa responsável por proferir o julgamento na função de árbitro.

Além do mais, diante da ausência na arbitragem da aplicação do princípio do juiz natural, importante se faz a existência de algumas cautelas no procedimento arbitral, em especial, a busca da efetivação do princípio da igualdade no momento no qual as partes escolhem o árbitro, o que também é uma justificativa para impedir a possibilidade de escolha unilateral pelo Poder Público do responsável

²⁰⁵⁴MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.228.

pelo julgamento da arbitragem nos litígios oriundos das Parcerias Público-Privadas. Igualeza essa, diga-se, que deve existir no decorrer de todo o procedimento arbitral em decorrência da necessidade de buscar um processo equitativo, é o que se chama de “due process”²⁰⁵⁵.

Desta feita, apesar de, como exposto há pouco, defendemos que as partes aceitem participar do procedimento arbitral quando aderem aos termos do edital ou do anúncio, a escolha do árbitro deve ser realizada em comum acordo para o julgamento não se dar por uma pessoa de confiança apenas de uma das partes. Nesse sentido, ao analisar especificamente a presente situação, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, em posição na qual concordamos, afirma que nada faz concluir que a entidade adjudicante, além de, na prática, ter o poder de impor a solução pela via arbitral no entendimento do referido autor, também tem o poder de decidir unilateralmente qual vai ser a entidade responsável pela arbitragem²⁰⁵⁶.

Assim, entendemos que o momento adequado para se definir o árbitro nas situações em testilha é quando for realizada a feitura do contrato público da Parceria Público-Privada, situação nas quais os pactuantes poderão, em comum acordo, definir quem vai ser responsável pela arbitragem, podendo existir, no entanto, algumas balizas mínimas no instrumento convocatório.

De qualquer forma é possível, ainda, a escolha apenas quando surgir o conflito. Entretanto, considerarmos ser preferível que a pessoa responsável pela arbitragem já esteja prevista no próprio contrato, uma vez que toda a relação contratual se dará com as partes envolvidas já sabendo quem será o responsável por julgar os litígios que eventualmente surgirem.

Além disso, escolher o árbitro com uma certa antecedência está em consonância com o princípio da transparência no qual Administração Pública deve seguir, pois permite aos órgãos de controle e a população de um modo geral já analisarem e, sendo o caso, impugnarem o nome escolhido.

Entretanto, visualizamos um problema passível de acontecer nos contratos de longa duração, tal como comumente acontece nos contratos de Parceria Público-Privada, qual seja: no momento do surgimento do litígio a pessoa inicialmente escolhida para ser árbitra ter falecido ou não estar por qualquer razão mais apta para o exercício da função, como, por exemplo, ter passado a exercer com exclusividade outra atividade diferente da especialidade que levou o seu nome a ser escolhido pelos contraentes. Assim, é importante se prever nos contratos de PPPs a possibilidade de troca do árbitro quando acontecer uma das hipóteses acima mencionadas ou qualquer outra passível de, com o tempo,

²⁰⁵⁵MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.278.

²⁰⁵⁶CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - O novo regime de arbitragem na contratação pública: artigo 476º do Código dos Contratos Públicos, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3, (2017), pp.9-15. p.13.

fazer a pessoa não ser mais indicada para a realização da arbitragem. Situação na qual o novo árbitro (ou entidade arbitral) será escolhido em comum acordo pelos contraentes/partes no litígio.

3.7.10 Do litígio parcial

Questão importante a ser levantada se dá quando, diante de uma Parceria Público-Privada de grande dimensão, o litígio se der apenas em relação à parte específica dela, realidade na qual instalar um procedimento arbitral apenas para um ponto específico poderá vir a atrapalhar todo o andamento da relação contratual, principalmente em se tratando de uma arbitragem colegiada, tal como aconteceu, conforme lembram HARISANKAR K. SATHYAPALAN e SREEPARVATHY G, na execução do Projeto Hidrelétrico Nathpa Jhakri, em Índia, onde a feitura da arbitragem em diversas fases da obra acabou vindo por atrasar em demasiado o cronograma previsto²⁰⁵⁷.

Uma solução a ser dada é estipular por meio de cláusula contratual na convenção de arbitragem que a mesma só será utilizada para os litígios surgidos após o final da obra ou do serviço objeto da Parceria Público-Privada. Entretanto, na referida hipótese, caso surja um litígio antes do fim da obra ou serviço, a solução acabará sendo as partes procurem o Poder Judiciário, o que também vai gerar atraso no andamento da relação contratual, o que pode vir a atingir o interesse da própria sociedade dependente da obra ou do serviço objeto do contrato.

Naturalmente, tanto o Poder Judiciário como o juízo arbitral podem proferir decisões concedendo tutelas cautelares ou antecipatórias, conforme visto no tópico 2.12.2 na presente tese de doutoramento, resolvendo o litígio parcial de forma não exauriente, permitindo, assim, a continuidade do cumprimento do contrato. Entretanto, o ideal é a busca de medidas contratuais para garantir a resolução dos litígios surgidos no decorrer da Parceria Público-Privada e que não atrasem o que foi pactuado.

Desse modo, a chamada “med-arb” ou cláusula escalonada, que, conforme foi estudado no tópico 2.8 da presente tese de doutoramento, é uma das hipóteses de resolução extrajudicial trazida pela doutrina, é uma cautela que pode existir nos contratos de Parcerias Público-Privadas para a resolução dos conflitos surgidos no decorrer dela.

Assim, os parceiros público e privado podem estipular que os litígios existentes serão resolvidos primeiramente pela mediação ou pela conciliação ou até mesmo pela negociação, que são formas de litígios mais céleres que a própria a arbitragem diante da ausência de um terceiro com um

²⁰⁵⁷SATHYAPALAN, Harisankar; G, Sreeparvathy - Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India, *Journal of Infrastructure Development*, V 5, N I (2013), pp.21-32. p.28.

poder de decisão, só sendo a arbitragem utilizada caso as outras formas de resolução não tenham sucesso.

No Brasil a referida hipótese já vem sendo utilizada, tal como aconteceu na Parceria Público-Privada utilizada para reformar e preparar o estádio Mineirão, em Minas Gerais, para a Copa de 2014²⁰⁵⁸.

No mais, tendo em vista a liberdade de contratar, as partes envolvidas podem escolher uma pessoa para ser responsável pela mediação ou pela conciliação no decorrer da obra e outra pessoa para ser responsável pela arbitragem nos litígios existentes ao término da construção, bem como é possível a utilização de outras formas mais modernas de resolução de litígios, como, por exemplo, a “Dispute Boards”, também estudada no tópico 2.8, situação na qual seriam nomeados pareceristas para acompanharem os litígios existentes no decorrer do cumprimento do contrato, que poderiam, por meio de seus pareceres, ajudarem a solucionar os litígios existentes.

No caso específico da arbitragem colegiada, outra solução a ser dada é que os conflitos que surgirem no decorrer da relação contratual sejam resolvidos, ainda que em sede de liminar, por meio de um árbitro singular, deixando para o colegiado apenas os conflitos surgidos ao término da relação contratual, algo similar ao que ordinariamente acontece nos tribunais judiciais, onde o relator pode preferir uma decisão monocrática a ser confirmada pelo colegiado ao final do feito.

Com fito de resolver a problemática cá levantada, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) prevê a possibilidade da utilização do chamado “árbitro de emergência”²⁰⁵⁹. Trata-se de uma hipótese interessante para se resolver os litígios surgidos de forma incidental nos contatos administrativos, sendo necessária, no entanto, a previsão da referida possibilidade nos regulamentos administrativos das arbitragens institucionais ou na convenção de arbitragem.

No Peru, a legislação reguladora da “Asociación Público Privada” prevê a possibilidade, sem prejuízo do uso da arbitragem, da criação de uma Junta de Resolução de Disputas²⁰⁶⁰, que poderá ser utilizada justamente para resolver por métodos mais simples os litígios surgidos no decorrer da referida espécie de contrato público, sendo uma opção interessante para dar maior celeridade ao mesmo²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁸CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.188.

²⁰⁵⁹Resolução Administrativa 32 do CAM-CCBC: Artigo 1º – A parte que necessitar de medidas de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral nos termos do artigo 4.14. [do Regulamento do CAM-CCBC poderá requere-las, para a designação de um árbitro de emergência (“Requerimento de Medidas Urgentes”), nos termos das regras dispostas abaixo.

²⁰⁶⁰Decreto Legislativo Peruano 1224/2015: Art. 23.2 De igual modo las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas conforme a lo dispuesto en los contratos, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

²⁰⁶¹FRUTOS-PETERSON, Cláudia - Arbitragem na cultura americana e no Direito Comparado. Brasília. Aula gravada proferida no curso: *Solução pacífica de conflitos no âmbito da Administração Pública*, realizada pela AGU. 2017.

A mesma legislação peruana também prevê a figura do “Amigable Componedor”, que seria um terceiro neutro escolhido pelas partes e que escolheria uma forma de resolução adequada para cada conflito surgido no decorrer de uma “Asociación Público Privada”, devendo, conforme previsto no contrato, as partes envolvidas acatarem a sugestão de forma total ou parcial²⁰⁶².

Apesar de não existir nem na legislação brasileira nem na legislação portuguesa sobre Parceria Público-Privada dispositivo similar ao existente na legislação peruana, entendemos que as soluções mencionadas podem ser adotadas tanto no Brasil como em Portugal a partir do momento em se entende ser possível a utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem pelo Poder Público nos referidos Estados.

De qualquer forma, importante frisar que a própria opção pura e simples pelo procedimento arbitral já é uma forma de dar celeridade aos litígios surgidos no decorrer da relação contratual entre o Poder Público e os parceiros privados.

3.7.11 Da análise do custo-benefício

Conforme já ficou claro no decorrer do nosso estudo, não há como afirmar ser a arbitragem necessariamente menos custosa do que um processo julgado pelo Poder Judiciário, principalmente em se tratando de arbitragens institucionais, como normalmente acontece nas arbitragens com a presença do Poder Público, onde existem os valores pagos aos árbitros e os valores pagos à própria instituição arbitral. Nesse sentido, JOEL FIGUEIRA JUNIOR chega a afirmar não ser o uso da arbitragem adequado para causas de pequeno e médio custo²⁰⁶³, posição na qual não concordamos, pois, a depender das circunstâncias, é possível ser economicamente viável o uso da arbitragem para um litígio de pequena monta, até mesmo porque nesse caso os valores dos honorários arbitrais também serão reduzidos.

De qualquer forma, em estudo realizado em 2015 comparando as tabelas de custas dos tribunais administrativos de Portugal com as tabelas de custas do CAAD, JOÃO TIAGO SILVEIRA constatou que os valores nesse último caso são substancialmente menores do que os das custas dos primeiros²⁰⁶⁴.

Entretanto, a situação supramencionada parece mais uma exceção dentro do cada vez mais crescente aumento de custo das arbitragens tanto no Brasil como em Portugal. Além disso, a situação

²⁰⁶²Decreto Legislativo Peruano 1224/2015: Artículo 23.- Solución de controversias 23.1 Los contratos de Asociación Público Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Asimismo, pueden incluir dentro de la etapa de trato directo, la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor quien propone una fórmula de solución de controversias que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos legales de una transacción.

²⁰⁶³JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.153.

²⁰⁶⁴SILVEIRA, João Tiago - A revisão do CPTA e arbitragem institucionalizada no direito administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 31-35. p.33.

do CAAD, tal como lembram ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, é extremamente específica por uma série de razões, em especial em face do referido centro ser apoiado pelo Estado²⁰⁶⁵. Desse modo, a mencionada situação não é o suficiente para se fixar o entendimento de que as arbitragens administrativas são, como regra, menos custosas.

Por outro lado, a realidade supramencionada não significa que a questão econômica não possa vir a ser no caso concreto uma das vantagens da opção pelo referido procedimento de resolução de conflitos, principalmente em se tratando de demanda envolvendo o Poder Público, como acontece no caso das Parcerias Público-Privadas, uma vez que, como afirma ALBERTO JONATHAS MAIA, o custo de uma demanda não é apenas o valor da causa, mas sim toda a repercussão econômica, ainda que implícita, gerada pela mesma²⁰⁶⁶.

Desse modo, não podemos confundir o conceito de custo da arbitragem com o conceito de custo-benefício ou de “custo da transação”²⁰⁶⁷.

Analisar o custo-benefício do uso da arbitragem não significa tão-somente averiguar se a adoção do procedimento vai custar menos do que o pagamento feito a título de custas ao Poder Judiciário, agir dessa forma é ser extremamente simplista tendo em vista a complexidade das questões envolvendo o Poder Público.

Assim, importante frisar que a simples previsão do uso da arbitragem no contrato realizado na Parcerias Público-Privada acaba passando mais segurança e estabilidade para o parceiro privado, o que naturalmente terá reflexos financeiros na feitura do referido contrato com o Poder Público e também nas propostas apresentadas nas seleções públicas que o antecedem, uma vez que a adoção da arbitragem comumente consiste em uma forma de redução dos riscos de uma transação²⁰⁶⁸, tendo em vista a consolidação no meio empresarial do entendimento de ser a arbitragem uma forma mais estável de resolução de conflitos do que as resoluções realizadas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, ainda que a cultura da arbitragem não seja a regra nem da população brasileira nem da população portuguesa, podemos afirmar que o meio empresarial é um ponto fora da curva da referida realidade. Assim, a opção pela arbitragem acaba gerando um ambiente “friendly” para os investidores²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁵MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.65.

²⁰⁶⁶MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.192.

²⁰⁶⁷PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof - A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, *Revista Direito GV*, V 4(1) (2008), pp.015-028. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a02v4n1.pdf>. p.19.

²⁰⁶⁸KLEIN, Aline Alicia - A arbitragem nas concessões de serviços público, In PEREIRA, Guimarães Cesar Augusto *Et al - A arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.63-109. p.64.

²⁰⁶⁹SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.p.16.

Desta feita, como lembra FRANCISCO JOSÉ CAHALI, ainda que em um primeiro momento a arbitragem pareça ser mais custosa, o seu resultado pode demonstrar que o seu custo-benefício efetivamente foi compensatório, em virtude das outras vantagens na adoção da referida forma de resolução dos conflitos, como a tecnicidade das decisões, a celeridade do procedimento da arbitragem e a insegurança do Poder Judiciário²⁰⁷⁰.

Além disso, o uso do procedimento arbitral também diminui os gastos com pessoal e custeio da própria Administração Pública, tento em vista que a resolução se dará por uma entidade privada, evitando-se, assim, que o aparato estatal, físico e humano, do Poder Judiciário e dos outros órgãos essenciais à justiça seja movido para a solução do litígio, dando oportunidade para o foco em outras causas nas quais o uso da arbitragem não seja efetivamente possível por questões jurídicas ou fáticas.

Nesse sentido, analisando dados do ano de 2012, NAPOLEÃO CASADO FILHO afirma que os gastos no Brasil com a estrutura e pessoal do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública no Brasil ultrapassavam por ano o montante de oitenta bilhões de reais²⁰⁷¹.

Desse modo, uma das cautelas a ser tomada nas Parcerias Público-Privadas é analisar o custo-benefício da realização da arbitragem em cada caso concreto²⁰⁷², oportunizando ao Poder Público só realizar o referido procedimento de resolução de litígio nas situações onde ficar demonstrado ser realmente a mesma mais vantajosa, o que pode até mesmo não ser analisado, como lembra BRUNO LOPES MEGNA, apenas dentro de um caso concreto, mas sim dentro de um contexto maior de opção por uma política pública de não resolver os conflitos por intermédio do Poder Judiciário²⁰⁷³.

Em verdade²⁰⁷⁴, especificamente quando se estiver diante de um litígio, como afirma LUCIENE MOESSA SOUZA, deve ser analisado em primeiro lugar se o caminho correto a ser tomado é efetivamente impugnar a pretensão do particular, pois, caso se conclua que o particular tem razão, o melhor a ser feito não é usar a arbitragem ou qualquer outra forma de resolução de conflito e sim reconhecer o pedido do particular e arcar com eventuais valores que são efetivamente devidos a esse último²⁰⁷⁵, evitando-se, dessa forma, gastos desnecessários com uma ação na qual existe uma grande possibilidade da inexistência de êxito por parte do Poder Público.

Além disso, uma forma de amenizar os custos iniciais na arbitragem para o Poder Público é estipular a obrigatoriedade do parceiro privado adiantar os valores inerentes aos custos da mesma,

²⁰⁷⁰CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.p.897.

²⁰⁷¹FILHO, Napoleão Casado - *Arbitragem e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, São Paulo: Saraiva, 2017.p.114.

²⁰⁷²AMARAL, Paulo Osternack - Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.333-345. p.345.

²⁰⁷³MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.201.

²⁰⁷⁴SOUZA, Luciene Moessa de - Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In MARRARA, Thiago - *Direito administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.487-501. p.496.

²⁰⁷⁵*Idem, ibidem*. p.496.

sendo ressarcido caso seja vencedor na demanda, conforme prevê a lei regulamentadora da participação do estado-membro de Pernambuco no Brasil em procedimentos de arbitragem²⁰⁷⁶, bem como a lei com a mesma finalidade no estado-membro brasileiro de Minas Gerais²⁰⁷⁷ e ainda o decreto presidencial brasileiro que regulamenta a arbitragem nos setores portuário, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário²⁰⁷⁸.

A importância da solução mencionada no parágrafo anterior se dá devido ao fato de que o Poder Público não precisará, em um primeiro momento, colocar em seu planejamento orçamentário o pagamento do custo com as arbitragens a ser realizada, o que facilitará a opção pela referida forma de resolução de conflitos, uma vez que o orçamento público é um procedimento complexo, devido ao fato de que a sua elaboração é realizada ordinariamente pelos Estados por meio de lei, devendo seguir todo um processo legislativo²⁰⁷⁹.

Desse modo, quando o adiantamento das custas do procedimento arbitral é realizado pelo parceiro privado, o Poder Público só arcará com os referidos valores quando e se vier a ser condenado pelo árbitro, tal como arcaria caso a condenação se desse pelo próprio Poder Judiciário, situação na qual o pagamento não estará sujeito às mesmas amarras orçamentárias que estaria caso não existisse um débito decorrente de uma sentença, tendo em vista a existência de um título executivo judicial a ser, nos termos da legislação local, necessariamente cumprido.

Há autores, como SELMA LEMES, não concordando com a possibilidade de adiantamento das custas previstas nas legislações mencionadas sob argumento de caber ao Poder Público juntar previamente provisões para o pagamento de eventuais arbitragens²⁰⁸⁰, o que não deixa de ser uma sugestão interessante para a problemática cá levantada.

Importante mencionar que o Poder Público também terá nas execuções decorrentes das sentenças arbitrais as mesmas benesses que possui nas execuções decorrentes de sentenças judiciais,

²⁰⁷⁶Lei Estadual do Estado de Pernambuco/Brasil 15.627/2015.: Art. 7º Nos editais de licitação e nos contratos administrativos celebrados pelo Estado e pelas entidades da Administração Indireta devem constar a previsão de despesas com arbitragem, com taxa de administração da instituição arbitral, com honorários de árbitros e de peritos, além de outros custos administrativos indispensáveis ao procedimento. Parágrafo único. As despesas e os custos a que se refere o *caput* devem ser adiantadas pelo contratado, quando da instauração do procedimento arbitral e esta obrigação de adiantamento constará do edital de licitação e do contrato administrativo.

²⁰⁷⁷Lei Estadual do Estado de Minas Gerais/Brasil: 19.477/11: Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos. Parágrafo único. As despesas a que se refere o *caput* deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral.

²⁰⁷⁸Decreto Presidencial brasileiro 10.025/2009 Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial: I - as custas da instituição arbitral; e II - o adiantamento dos honorários arbitrais.

²⁰⁷⁹CREPALDI, Sílvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões - *Orçamento Público: planejamento, elaboração e controle*, São Paulo: Saraiva, 2013.p.21.

²⁰⁸⁰LEMES, Selma - Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.81-96. p.92.

tal como o pagamento por meio de precatório previsto na legislação brasileira²⁰⁸¹ especificamente para as obrigações de pagar²⁰⁸², não podendo a sentença arbitral valer “nem menos nem mais do que uma sentença judicial”²⁰⁸³. Entendimento em sentido contrário permitiria, tal como lembra MAURÍCIO MORAIS TONIN, a arbitragem ser utilizada pelo administrador público como subterfúgio para realizar um pagamento sem ser por meio do precatório²⁰⁸⁴.

GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT, por outro lado, discorda do entendimento acima defendendo não dever a sentença arbitral ser executada por meio da sistemática de precatório sob os argumentos de que a decisão arbitral seria um título executivo judicial, mas não uma sentença judiciária, além do fato de a inexistência de óbice para o reconhecimento na via administrativa da necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato público também possibilitaria o reconhecimento e cumprimento espontâneo de uma sentença arbitral²⁰⁸⁵.

Não concordamos, no entanto, com o entendimento do autor mencionado no parágrafo anterior, pois, apesar de reconhecermos a diferença terminológica entre sentença arbitral e sentença judiciária, elas possuem, tal como visto anteriormente, a mesma natureza jurídica de jurisdição, devendo passarem pelo mesmo procedimento de execução. No mais, a possibilidade de reconhecimento de um direito pela via administrativa é diferente da realidade de uma sentença arbitral, onde o Poder Público efetivamente não reconheceu o direito da parte contrária, tornando-se necessária a atuação de um terceiro para decidir o litígio, tal como acontece quando o conflito é resolvido pelo Poder Judiciário.

Assim, reconhecendo a necessidade de obediência ao procedimento de precatório, o Poder Público no Brasil só precisará colocar em seu orçamento, como regra, as verbas decorrentes de sentenças transitadas em julgadas que sejam inscritas como precatório até o dia primeiro de julho de cada ano com pagamento apenas até o final do ano seguinte sem que ocorram juros de mora²⁰⁸⁶, existindo, desse modo, tempo suficiente para o Poder Público se planejar para o pagamento das verbas decorrentes das condenações judiciais ou arbitrais.

²⁰⁸¹Constituição Brasileira de 1988: Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

²⁰⁸²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.275.

²⁰⁸³MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabolde; COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira - Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do estado de São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, V II, N (2019), pp.157-182.89. p.176.

²⁰⁸⁴TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.p.315.

²⁰⁸⁵SCHMIDT, Gustavo da Rocha - *Arbitragem na Administração Pública*, Curitiba: Juruá, 2018.p.93.

²⁰⁸⁶Constituição Brasileira de 1988. Art.100. § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Em Portugal, por outro lado, não há uma sistemática de pagamento pela Fazenda Pública por intermédio de precatórios, porém essa última também terá algumas benesses nas execuções, como o prazo de sessenta dias para pagar, que serão contados trinta dias após o trânsito em julgado e a possibilidade de alegar uma causa legítima para a inexecução²⁰⁸⁷, o que faz a sistemática de execução contra o Poder Público em Portugal se assemelhar ao modelo brasileiro, uma vez que o pagamento dos débitos também será feito de forma mais postergada, com uma maior possibilidade da feitura de um planejamento orçamentário.

No mais, pode ser levantada a questão de que o ideal seria a não aplicação das benesses inerentes à execução para a Fazenda Pública nos procedimentos de arbitragem²⁰⁸⁸.

Entretanto, entendemos que não há como a execução do Poder Público decorrente de um processo arbitral ser diferente da execução realizada após um processo judicial, pois, conforme já visto na presente tese de doutoramento, o árbitro não possui o “ius imperi”, sendo por essa razão que as execuções de suas decisões devem ser realizadas pelo Estado-Juiz.

Em relação à presente discussão, existem autores brasileiros defendendo que nas arbitragens envolvendo as Parcerias Público-Privadas, tal como se estuda no presente capítulo, seria possível a execução das decisões arbitrais por meio do fundo garantidor²⁰⁸⁹ previsto na lei brasileira que regulamenta as PPPs²⁰⁹⁰.

Entretanto, essa possibilidade acima mencionada não é permitida pela referida lei, pois ela prevê as situações nas quais o fundo poderá ser acionado e nas hipóteses previstas não existe o pagamento de condenações decorrentes de processos judiciais nem de processos arbitrais²⁰⁹¹.

Desse modo, entendemos que, sendo a execução realizada pelo Poder Judiciário, a sistemática de execução, tanto no Brasil como em Portugal, deverá ser a mesma seja uma decisão arbitral seja uma decisão judicial, exista ou não a presença do Poder Público, alinhando-se nosso entendimento ao

²⁰⁸⁷Decreto-Lei Português 256-A/77. Art. 5.º - 1. A execução de sentença proferida em contencioso administrativo, quando não seja efectuada espontaneamente pela Administração, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado, pode ser requerida pelo interessado ao órgão que tiver praticado o acto recorrido, ou, tratando-se de acção, ao competente órgão da pessoa colectiva nela demandada. 2. Se a execução competir, cumulativa ou exclusivamente, a outro ou outros órgãos, deverá o órgão referido no

número anterior enviar-lhes os elementos necessários para o efeito, no prazo de dez dias, a contar da apresentação do requerimento de execução. Art. 6.º - 1. A sentença deve ser integralmente executada dentro do prazo de sessenta dias, a contar da apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do artigo anterior, salvo ocorrência de causa legítima de inexecução.

²⁰⁸⁸Em 08(oito) de agosto de 2018 ministramos uma palestra na II Semana Jurídica do município do Cabo de Santo Agostinho/Pernambuco-Brasil sobre o tema “A possibilidade da realização da arbitragem pelo Poder Público” e um dos questionamentos realizados pelo debatedor, Dr. Osvir Guimarães Thomaz, então Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos do referido município, foi justamente se seria aplicada na arbitragem com a presença do Poder Público a sistemática do pagamento por meio de precatórios, oportunidade na qual abordamos o entendimento cá adotado.

²⁰⁸⁹MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.291.

²⁰⁹⁰Lei brasileira 11.079/2004: Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.(Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012).

²⁰⁹¹Lei brasileira 11.079/2004: Art. 18: § 5º O parceiro privado poderá acionar o FGP nos casos de: (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012) I - crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após 15 (quinze) dias contados da data de vencimento; e (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012) II - débitos constantes de faturas emitidas e não aceitas pelo parceiro público após 45 (quarenta e cinco) dias contados da data de vencimento, desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

de BRUNO LOPES MEGNA quando o mesmo afirma não existir “diferença ontológica na origem (jurisdicional)”²⁰⁹² dos títulos executivos decorrentes das decisões dos juízes togados das decorrentes das decisões dos árbitros.

Além disso, caso fosse permitido uma execução diferenciada do Poder Público no caso das decisões arbitrais, haveria uma forma de se fazer por uma via transversa algo não permitido nem pela legislação portuguesa nem pela legislação brasileira, além de não ser razoável a interpretação de que, na prática, uma sentença arbitral tenha mais força executiva do que uma sentença judicial, o que acabaria por ferir o princípio da igualdade²⁰⁹³.

No mais, a existência de uma forma diferenciada para o Poder Público realizar o pagamento de suas dívidas tem uma razão de ser, no caso, a necessidade da Administração se planejar financeiramente para quitar os seus débitos, pois, como afirma LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, a execução contra a Fazenda Pública não decorre da resistência em pagar, mas sim da necessidade de obedecer a ordem de pagamento dentro da sua disponibilidade financeira²⁰⁹⁴.

Outrossim, caso a execução das sentenças arbitrais contra o Poder Público fosse diferente das execuções das sentenças judiciais, dificilmente, ao analisar o custo-benefício da opção pela arbitragem, tal como se sugere fazer no presente tópico, a Administração Pública concluiria ser mais benéfico a opção pela referida forma extrajudicial de resolução de conflitos.

Frise-se que o entendimento cá exposto não é uma forma de desestimular os parceiros privados a realizarem a arbitragem nas lides com a presença do Poder Público, uma vez que mesmo sendo necessária a submissão aos privilégios dessa última no decorrer da execução o mesmo não acontecerá na fase de conhecimento caso se opte pelo procedimento arbitral, tendo em vista que nesse caso não há o que se falar, salvo estipulação contratual em sentido contrário, na existência de prerrogativas estatais, conforme já mencionado nesta tese de doutoramento.

Outra solução a ser dada para custear a arbitragem seria, conforme estudo de NAPOLEÃO CASADO FILHO, o investimento de terceiros na arbitragem, a chamada “Third Party Funding”²⁰⁹⁵, na qual o financiador seria ressarcido por meio de uma porcentagem no valor da condenação.

A proposta acima mencionada é interessante nas arbitragens privadas onde os particulares não possuem condições de arcar com o custo inicial do referido procedimento. Entretanto, em relação especificamente ao Poder Público, ainda que a referida possibilidade também permita o custeamento do procedimento arbitral sem a necessidade de uma imediata previsão orçamentária, entendemos ser

²⁰⁹²MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.293.

²⁰⁹³*Idem, ibidem*.p.285.

²⁰⁹⁴CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.190

²⁰⁹⁵FILHO, Napoleão Casado - *Arbitragem e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, São Paulo: Saraiva, 2017.p.113.

a falta de regulamentação legal um impeditivo para o referido investimento nas demandas com a presença do Poder Público.

O próprio CASADO FILHO usa como argumento para o “Third Party Funding” o princípio da legalidade do particular, afirmando ser possível o uso do instituto porque para o particular o que não é proibido é permitido²⁰⁹⁶. Entretanto, conforme já estudado nesta tese doutoral, o Poder Público só pode agir quando a lei (ou, ao menos, os princípios) determinarem ou permitirem.

Além disso, como o Poder Público poderia, ao final, renunciar a parte de uma condenação eventualmente recebida, entendemos existir também em eventual opção do Poder Público por se utilizar da “Third Party Funding” uma ofensa ao princípio da indisponibilidade.

Outra questão em relação a um possível melhor custo-benefício da arbitragem e que não passa necessariamente pelo fato de a referida forma de resolução de conflito ser menos dispendiosa do que a resolução dada pelo Poder Judiciário é o fato, tal como lembra DOMINGOS SOARES FARINHO, do procedimento arbitral permitir com mais facilidade às partes negociarem o valor a ser pago o adequando às suas possibilidades financeiras²⁰⁹⁷.

Enfim, entendemos que é possível o custo-benefício das decisões decorrentes de uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada ser melhor do que as das decisões proferidas pelo Poder Judiciário a depender das peculiaridades de cada caso concreto quem devem ser minuciosamente analisadas pelos agentes públicos competentes quando do momento da escolha pelo procedimento arbitral.

Além do mais, na linha do cá exposto, BRUNO LOPES MEGNA traz a necessidade de análise também dos chamados “custos indiretos”²⁰⁹⁸ como, por exemplo, a diminuição dos custos dos contratos pelo simples fato de se optar por uma forma de resolução de conflitos com uma maior aceitação no mercado, tal como foi mencionado acima.

No mais, importante lembrar não ser possível confundir a análise do custo-benefício em se utilizar de uma arbitragem com a avaliação do risco jurídico ao se escolher a forma de resolução do conflito, na linha do defendido por MOESSA SOUZA, conforme demonstrado acima. Assim, existindo um grande risco jurídico em se perder a ação, o ideal é se buscar um acordo, uma conciliação ou uma mediação. No entanto, caso não se visualize o referido o risco, o Poder Público poderá partir para uma heterocomposição, devendo analisar no caso concreto o custo-benefício em se utilizar da arbitragem.

²⁰⁹⁶ *Idem, ibidem*.p.193.

²⁰⁹⁷ FARINHO, Domingos Soares - A arbitragem e a mediação nos títulos de impacto social: antecipar o futuro. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 36-40. p.40.

²⁰⁹⁸ MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.172.

Enfim, uma das cautelas que deve ser tomada ainda na fase pré-contratual das Parcerias Público-Privada é o estudo por profissionais capacitados de qual forma de resolução de conflitos oferecerá o melhor custo-benefício diante das peculiaridades então existentes.

3.7.12 Da escolha de um árbitro confiável

Conforme já visto nesta tese de doutoramento, existem diversas instituições, bem como diversas pessoas naturais, tanto no Brasil como em Portugal, aptas para a realização de procedimento arbitrais, havendo, como afirma ADOLFO MESQUITA NUNES, “centros para vários gostos, com regulamentos diversos, com tradições distintas, prestígio desigual”²⁰⁹⁹.

Desta feita, naturalmente, tal como acontece em qualquer atividade pública ou privada, algumas dessas instituições realizam trabalhos de excelência, porém outras não possuem a credibilidade necessária para a realização das suas funções.

Desse modo, uma das principais cautelas que devem ser tomadas quando se opta pela arbitragem é a busca de uma pessoa ou entidade confiável para exercer a função de árbitro, uma vez que, conforme afirmam ANTÔNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA e DANIELA MIRANTE, o sucesso ou insucesso da espécie de procedimento em testilha pode passar justamente pela escolha correta ou do árbitro²¹⁰⁰.

No mais, como alerta PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO, diferentemente do que acontece na arbitragem envolvendo apenas particulares, na arbitragem com a presença do Poder Público a escolha do árbitro não pode ser realizada livremente, pois os administradores públicos estão sujeitos aos ditames legais e constitucionais, bem como ao controle realizados pelos três poderes da república²¹⁰¹.

Nesse Sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende que a arbitragem com a presença do Poder Público só deve ser realizada com Tribunais Arbitrais Especializados em arbitragens envolvendo o Direito Administrativo²¹⁰².

Não concordamos por completo com o referido autor, pois não visualizamos nem no Brasil nem em Portugal uma proibição para a escolha de entidades arbitrais possuidoras de mais de uma área de especialização, seja ela pública ou privada, porém concordamos ser a escolha de uma entidade possuidora de especialização em Direito Administrativo ou, ao menos, em matérias de direito

²⁰⁹⁹NUNES, Adolfo Mesquita - A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp.16-24. p.19.

²¹⁰⁰MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019. p.243/244.

²¹⁰¹NASCIMENTO, Priscila Cunha do - O regime jurídico adequado para a escolha de câmaras arbitrais pelo poder público, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, N 6 (2019), pp.1755-1791. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1755_1791.pdf.p.1759.

²¹⁰²ALMEIDA, Mário Aroso - Breves apontamentos sobre a arbitragem de Direito Administrativo em Portugal, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.49-64 p.56

público uma cautela interessante de ser tomada para garantir a sucesso do procedimento arbitral envolvendo entidades públicas.

De qualquer forma, nas arbitragens administrativas realizada em Portugal, como, preferencialmente, elas devem ser institucionais e como a legislação portuguesa exige autorização no Ministério da Justiça para a abertura de centros de arbitragens²¹⁰³, a escolha de uma entidade com credibilidade acaba sendo mais fácil.

Outrossim, apesar de entendermos também que a pessoa ou entidade responsável pela arbitragem em uma Parceria Público-Privada deve ser escolhida em comum acordo entre o parceiro público e o parceiro privado por meio, preferencialmente, de previsão contratual e não estar prevista no edital ou anúncio da seleção pública antecedente da contratação, nada impede que o instrumento convocatório traga os requisitos mínimos para a referida escolha e um deles, conforme também já exposto, reputamos como sendo de suma importância, qual seja: a experiência na realização de procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público.

Tratando-se efetivamente de uma entidade possuidora de experiência em arbitragem realizadas com a presença do Poder Público, deve ser realizada outra cautela, qual seja: averiguar, dentro de critérios estatísticos, quais as porcentagens de arbitragens da referida entidade tiverem o Poder Público como vencedor e, em consequência, qual a porcentagem dessas arbitragens que tiveram esse último como perdedor nas demandas propostas.

Não estamos cá defendendo a necessidade de contratação apenas de entidades que estatisticamente tenham o Poder Público como maior vencedor, porém deve ser analisado se não é o caso de uma entidade na qual o parceiro privado seja sempre vencedor em decorrência da influência de questões econômicas.

Diante dessa preocupação, procuramos, dentro das nossas investigações inerentes ao doutoramento, fazer o referido levantamento nas principais entidades que realizam a arbitragem com a presença do Poder Público no Brasil e em Portugal, no caso, respectivamente, o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá-CAM-CCBC e o Centro de Arbitragem Administrativa de Portugal-CAAD.

Quanto ao CAM-CCBC, ele realizou, até o final do ano de 2018, trinta e nove procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público com uma das partes envolvidas²¹⁰⁴. Entretanto, o regulamento do referido centro de arbitragem prevê que o princípio da publicidade do Poder Público é

²¹⁰³Decreto-Lei 425/86: Artigo 1º: 1 - As entidades que, no âmbito da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, pretendam promover, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, devem requerer ao Ministro da Justiça autorização para a criação dos respectivos centros.

²¹⁰⁴Fonte:<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>.

atendido com a divulgação da “existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes”²¹⁰⁵, só podendo qualquer outra informação ser divulgada com a autorização das partes envolvidas²¹⁰⁶, dentro de uma lógica de que o comando legal da necessidade de transparência se dirige a essas últimas e não ao centro arbitral²¹⁰⁷.

Desse modo, não foi possível o acesso aos dados dos processos julgados pela referida entidade arbitral na condição de particular, apesar da nossa discordância quanto à juridicidade do referido procedimento regimental, pois, conforme já exposto no tópico 3.7.3, entendemos que nas arbitragens com a presença do Poder Público os resultados dos julgamentos devem, como regra, ser acessíveis ao público de um modo geral. Além disso, a partir do momento em que realizam arbitragens com a presença do Poder Público, entendemos se aplicar aos centros arbitrais o princípio da publicidade.

De qualquer forma, o Poder Público deve ter a cautela de só aceitar o referido centro para gerir a arbitragem nos casos em que obter acesso aos resultados dos seus julgamentos e averiguar não existir estaticamente uma prevalência dos interesses econômicos, tal como deve ser realizado na escolha de qualquer outra entidade arbitral. Em prol do interesse público e do próprio princípio da publicidade, a referida informação não pode ser negada ao Poder Público, ainda que as autorizações para acesso devam passar pelo crivo das partes envolvidas em cada caso concreto.

Quanto ao CAAD, a pesquisa foi possível de ser realizada, pois o site da referida entidade traz a possibilidade de pesquisa da jurisprudência das matérias que envolvam a arbitragem administrativa²¹⁰⁸, o que por si só já é um indicio da credibilidade da referida instituição.

Sendo assim, analisamos trinta processos disponíveis do CAAD entre 2016 e 2017²¹⁰⁹ e chegamos aos seguintes resultados:

No processo 88/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹¹⁰. No processo 87/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹¹¹. No processo 86/2017-A houve acordo entre as partes²¹¹².

²¹⁰⁵Fonte: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>.

²¹⁰⁶Fonte: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>.

²¹⁰⁷FORBES, Carlos; MARAGON, Raquel - A arbitragem institucional no Brasil nos últimos 20 anos In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.9-107. p.105.

²¹⁰⁸Fonte: <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/index.php?listPage=10>

²¹⁰⁹Escolhemos 30 processos porque é uma quantidade recomendada pelos estatísticos. Fonte: <https://gaussconsulting.com.br/blog/o-poder-da-aleatoriedade-do-numero-30/>.

²¹¹⁰DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 88/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=136>.

²¹¹¹DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 87/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=119>.

²¹¹²DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 86/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=109>.

No processo 84/2017-A houve acordo entre as partes²¹¹³. No processo 82/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹¹⁴. No processo 75/2017-A o Poder Público foi condenado parcialmente²¹¹⁵. No processo 72/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹¹⁶. No processo 55/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹¹⁷. No processo 54/2017-A o CAAD se declarou incompetente²¹¹⁸. No processo 53/2017-A o CAAD se declarou incompetente²¹¹⁹. No processo 52/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹²⁰. No processo 51/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹²¹. No processo 50/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹²². No processo 49/2017-A o CAAD se declarou incompetente²¹²³. No processo 48/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹²⁴. No processo 21/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹²⁵. No processo 17/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹²⁶. No processo 16/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹²⁷. No processo 15/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹²⁸. No processo 13/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda.²¹²⁹ No processo 12/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹³⁰. No processo 11/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹³¹. No

²¹¹³ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 84/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=105 .
²¹¹⁴ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 82/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=114 .
²¹¹⁵ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 75/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=120 .
²¹¹⁶ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 72/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=126 .
²¹¹⁷ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 55/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=125 .
²¹¹⁸ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 54/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=108 .
²¹¹⁹ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 53/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=12&id=100 .
²¹²⁰ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 52/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=117 .
²¹²¹ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 51/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=110 .
²¹²² DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 50/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=116 .
²¹²³ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 49/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=112 .
²¹²⁴ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 48/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=104 .
²¹²⁵ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 21/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=99 .
²¹²⁶ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 17/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=103 .
²¹²⁷ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 16/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=107 .
²¹²⁸ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 15/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=101 .
²¹²⁹ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 13/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=184 .
²¹³⁰ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 12/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=106 .
²¹³¹ DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 11/2017-A, Disponível em https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=98 .

processo 10/2017-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹³². No processo 08/2017-A houve acordo entre as partes²¹³³. No processo 7/2017-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹³⁴. No processo 2/2017-A o houve acordo entre as partes²¹³⁵. No processo 87/2016-A houve acordo entre as partes²¹³⁶. No processo 84/2016-A o Poder Público foi vencedor da demanda²¹³⁷. No processo 83/2016-A o Poder Público foi condenado parcialmente²¹³⁸. No processo 82/2016-A o Poder Público foi perdedor da demanda²¹³⁹.

Desse modo, percebe-se que, dentre os trinta processos analisados, o Poder Público foi vencedor em 36.6%; em 30% o Poder Público foi perdedor; em 6.6% houve uma sucumbência recíproca; em 16.6% houve a feitura de um acordo no decorrer do procedimento arbitral e em 10% o CAAD se declarou incompetente.

Naturalmente, os dados estatísticos podem variar no decorrer tempo. Entretanto, o referido levantamento deixa claro o fato de a referida entidade arbitral não sofrer influência de interesses econômicos privados em desfavor do interesse público, uma vez que na maior parte das decisões analisadas o Poder Público foi vencedor em sua completude.

No mais, o fato de existir a realização de acordos em 16.6% das decisões analisadas corrobora com a tese cá defendida de que a resolução pela via arbitral estimula a feitura de acordos.

Outrossim, um dado ainda chamada atenção, qual seja, o fato de em 10% dos casos o CAAD, em consonância com princípio da competência-competência (“kompetenz-kompetenz”), ter se declarado incompetente, realidade que demonstra a importância, tal como mencionado no tópico 3.7.6, das partes de um contrato público delimitarem qual o limite da competência dos árbitros.

Outrossim, importante trazer à tona que o artigo 187 do Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal apresenta uma aparente limitação das matérias objeto da arbitragem

²¹³²DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 10/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=111>.

²¹³³DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 08/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=94>.

²¹³⁴DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 7/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=96>.

²¹³⁵DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 2/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=102>.

²¹³⁶DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 87/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=95>.

²¹³⁷DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 84/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=92>.

²¹³⁸DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 83/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=93>.

²¹³⁹DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 82/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=67>.

institucional a ser realizada pelo Poder Público²¹⁴⁰, porém o anterior artigo 180 da mesma lei amplia essas possibilidades ao falar das matérias inerentes aos tribunais arbitrais²¹⁴¹.

A dúvida existente é: poderiam os centros de arbitragens apreciar as matérias nas quais a legislação portuguesa atribui aos tribunais arbitrais? A diferença entre tribunais e centros arbitrais é apenas terminológica ou existem efeitos práticos na referida diferenciação?

A grande diferença entre tribunal arbitral e centro de arbitragem em Portugal é o fato de que o primeiro é quem efetivamente julga o litígio, normalmente por meio de uma decisão colegiada²¹⁴², enquanto o centro arbitral é responsável por conduzir o procedimento, não havendo o que se falar em fazer qualquer diferenciação sobre a matéria, sendo por essa razão que, conforme já estudado, o âmbito de atribuição do CAAD foi ampliado para o julgamento de toda e qualquer matéria jurídico-administrativa autorizada por lei.

Ainda no respeitante às cautelas necessárias ao ser escolher o árbitro ou a entidade arbitral, JOEL FIGUEIRA JUNIOR traz a prática, condenada pelo referido autor, existente de se estabelecer em sede de convenção arbitral que o árbitro será escolhido pela empresa responsável pelo financiamento da obra que gerou a demanda arbitral²¹⁴³. Assim, em uma obra ou serviço público realizada por intermédio de uma Parcerias Público-Privada poderia ser pensada a possibilidade de ficar estabelecido que um eventual agente financiador da obra seria o responsável por escolher o árbitro ou a entidade arbitral.

Entretanto, rechaçamos por completo a possibilidade acima ventilada por considerar que ela impediria o controle da interferência econômica nos procedimentos arbitrais existentes nas Parcerias Público-Privadas.

Enfim, a escolha de um árbitro de confiança é questão extremamente relevante para o sucesso do procedimento arbitral, o que pode ser feito por meio da estipulação de critérios objetivos para a escolha dos árbitros ou do procedimento arbitral, tal como faz o decreto presidencial brasileiro que regulamenta a arbitragem nos setores portuário, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário e

²¹⁴⁰Lei portuguesa 15/2002. (Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal) Artigo 187.º. Centros de arbitragem: 1 - O Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem institucionalizada destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem nos termos do artigo 180.º, designadamente no âmbito das seguintes matérias: a) [Revogada]; b) [Revogada]; c) Relações jurídicas de emprego público; d) Sistemas públicos de proteção social; e) Urbanismo.

²¹⁴¹Lei portuguesa 15/2002. (Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal) Artigo 180.º Tribunal arbitral. 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

²¹⁴²Em Portugal o tribunal arbitral pode ser singular ou colegiado, nos termos da lei Lei Portuguesa 63/2011 (Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa), que prevê: "Art.9º: 1 - Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes". Assim, em Portugal o termo "Tribunal Arbitral" é utilizado para quem efetivamente profere a decisão arbitral, seja individualmente ou coletivamente.

²¹⁴³JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.223.

que expressamente traz alguns requisitos mínimos para a o credenciamento de câmaras arbitrais, como, por exemplo, a constituição há pelo menos três anos dos centros de arbitragem²¹⁴⁴.

3.7.13 Da feitura da convenção de arbitragem pela autoridade competente

De um modo geral, devem ser buscados mecanismos para evitar a nulidade do procedimento arbitral, em especial nas arbitragens com a presença da Administração Pública.

Assim, um dos pontos mais importantes em uma arbitragem administrativa é a feitura da convenção de arbitragem, seja um compromisso arbitral seja uma cláusula compromissória, por meio da autoridade competente²¹⁴⁵, que deve estar prevista em lei ou regulamento²¹⁴⁶.

Quanto ao presente ponto, ao falar da arbitrabilidade subjetiva, BRUNO LOPES MEGNA frisa a necessidade de se diferenciar a capacidade do Poder Público arbitrar com a capacidade para determinado órgão efetivamente firmar uma convenção de arbitragem, decorrendo a última situação da competência do agente público para realizar a referida atividade²¹⁴⁷.

Desse modo, já vimos que a Administração Pública tem poder de firmar a convenção de arbitragem, mas o agente público responsável por realizar a dita pactuação vai depender de legislação de cada localidade.

Especificamente no Brasil, por se tratar de uma federação, cada ente político deverá prever em sua legislação a autoridade pública por optar pela arbitragem. No âmbito da União, essa atribuição é do Advogado-Geral da União com possibilidade de delegação²¹⁴⁸.

Em Portugal, por outro lado, por se tratar de um Estado Unitário²¹⁴⁹, é possível a previsão da autoridade competente para a realização da arbitragem em uma só lei de caráter geral, sendo o caso do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que prevê que o compromisso arbitral pelo Poder Público se dará por despacho do Governo responsável em razão da matéria e, no caso das outras pessoas coletivas do Direito Público, será do presidente do órgão competente, sendo, por fim, no caso

²¹⁴⁴Decreto Presidencial 10.025/2009: Art. 9º art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

²¹⁴⁵CAVALCANTI, Francisco Queiroz - Considerações sobre a utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (A aplicação da lei Nº 13.129/2015), *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, V 8, N 2 (2015), pp.109-137. Disponível em <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1697/1475>. p.132

²¹⁴⁶AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018. p.643.

²¹⁴⁷MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.p.141.

²¹⁴⁸Lei Brasileira 9469/97: Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015)

²¹⁴⁹GONÇALVES, Pedro Costa - *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1. Almedina: Coimbra, 2020. p.468.

das Regiões Autónomas e autarquias locais, atribuição do governo regional e do órgão autárquico que possua competência executiva²¹⁵⁰.

Importante mencionar que a arbitragem só valerá entre os pactuantes da convenção arbitral, eventuais outros interessados em cada caso concreto só serão obrigados aos termos da arbitragem caso tenham concordado com a sua realização²¹⁵¹.

Por fim, entendemos se fazer necessário a manifestação expressa da autoridade competente acerca da aceitação pela arbitragem, não sendo razoável a aceitação tácita. Em sentido contrário, analisando especificamente a legislação italiana, EUGENIO DALMOTTO defende a possibilidade de Administração Pública aceitar tacitamente participar de um procedimento arbitral nos casos em que for evidente se tratar de uma opção mais econômica do que a realizada pelo Poder Judiciário²¹⁵².

Entretanto, não vislumbramos qualquer espaço nas legislações brasileiras e portuguesas para o Poder Público aceitar tacitamente participar de um procedimento arbitral, muito pelo contrário, tendo em vista se tratar de opção excludente da resolução via Poder Judiciário, a necessidade de manifestação expressa é medida que se impõe.

3.7.14 Da preocupação com a existência de um conluio

Questão preocupante se dá com um possível conluio entre o árbitro e o parceiro privado com fito de lesar o Poder Público ou até mesmo um conluio do próprio agente público com aqueles visando o locupletamento ilícito à custa da coisa pública, situação passível de acontecer devido ao fato de existir na arbitragem a possibilidade das próprias partes definirem qual será o procedimento adotado²¹⁵³, devendo se tornar o cuidado para a arbitragem não ser utilizada como mecanismo para validar uma contratação pública irregular²¹⁵⁴.

No Brasil a questão se torna ainda mais preocupante, tendo em vista os grandes escândalos de corrupção, inclusive os mais recentes envolvendo grandes empreiteiras na realização de obras públicas.

Entretanto, entendemos, tal como PEDRO DE OLIVEIRA NETTO, que a referida preocupação não deve servir como argumento para a não realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, mas

²¹⁵⁰Lei 15/2002. (Código de Processo nos Tribunais Administrativos): Competência para outorgar compromisso arbitral Artigo 184.º: 1.A outorga de compromisso arbitral por parte do Estado é objeto de despacho do membro do Governo responsável em razão da matéria, a proferir no prazo de 30 dias, contado desde a apresentação do requerimento do interessado; 2. Nas demais pessoas coletivas de direito público, a competência prevista no número anterior pertence ao presidente do respetivo órgão dirigente. 3.No caso das Regiões Autónomas e das autarquias locais, a competência referida nos números anteriores pertence, respetivamente, ao governo regional e ao órgão autárquico que desempenha funções executivas.

²¹⁵¹CARVALHAL, Ana Paula Z - A arbitragem administrativa em Portugal. *Revista FMU Direito*. Ano 24, N 33 (2010). pp.1-18. p.13.

²¹⁵²DALMOTTO, Eugénio - L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense. In ANDELLETI, Adolfo *Et al- Giurisprudenza Italiana*. Wolters Alphen aan den Rijn: Kluwers, 2015 pp.1264-1278. p.1267.

²¹⁵³CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p.8.

²¹⁵⁴MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.223.

sim para a adoção de cautelas que permitam o controle interno e externo dos contratos pela Administração Pública²¹⁵⁵.

Nesse sentido, LEONARDO SARAIVA defende a possibilidade de aceitação nas arbitragens da figura do “amicus curiae”, permitindo-se ser aceito o ingresso nos procedimentos arbitrais com a presença do Poder Público de entidades responsáveis pela fiscalização das contas públicas, tal como o Ministério Público e os tribunais de contas²¹⁵⁶, adotando o mesmo entendimento GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA e GUILHERME BAPTISTA SCHWARSTMANN²¹⁵⁷.

Achamos a proposta dos autores supramencionados interessante desde que a presença das referidas entidades não embarace o trabalho do árbitro e sirva apenas para garantir a lisura do procedimento arbitral por meio do acesso a todos os atos do procedimento.

De qualquer forma, existindo a comprovação do dito conluio, os órgãos públicos competentes, como o Ministério Público, bem como qualquer interessado, poderão adentrar com ações judiciais buscando a nulidade do procedimento arbitral, sendo a convenção de arbitragem realizada para viabilizar a práticas de ilícitos por particulares um “negócio jurídico nulo”²¹⁵⁸, sendo por essa razão que, conforme exposto no tópico 3.7.3 deste mesmo capítulo, defendemos a máxima transparência do procedimento arbitral

No mais, como forma justamente de evitar fraudes nas arbitragens, a legislação portuguesa prevê a obrigação do contraente público responsável informar ao representante do governo devido todas as vezes em que for constituído um tribunal arbitral, bem como de enviar de forma periódica relatórios e outros elementos do processo arbitral para a entidade responsável por acompanhar o referido procedimento²¹⁵⁹. Achamos a referida medida extremamente salutar e, apesar de não existir previsão no mesmo sentido no Brasil, entendemos que também devem ser tomadas as mesmas cautelas pelos administradores brasileiros tendo em vista os princípios que regem a Administração Pública.

²¹⁵⁵NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.p.48.

²¹⁵⁶SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.p.111.

²¹⁵⁷OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista - Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, V 44 (2015), pp.150 -171. p.158.

²¹⁵⁸MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, Salvador: Juspodivm, 2020.p.235.

²¹⁵⁹Decreto-Lei Português 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal): Artigo 342.º Acompanhamento de processos arbitrais 1 - Quando, nos termos do contrato que configure uma parceria público-privada, seja requerida a constituição de um tribunal arbitral para a resolução de litígios entre as partes, o respetivo contraente público deve comunicar imediatamente ao membro do Governo ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou ao membro do Governo ou ao membro do Governo Regional da tutela setorial, consoante o caso, a ocorrência desse facto, fornecendo todos os elementos que se revelem úteis ao acompanhamento do processo arbitral. 2 - Devem ser remetidas, periodicamente, à entidade diretamente incumbida de proceder ao acompanhamento do respetivo processo arbitral cópias dos atos processuais que sejam entretanto praticados por qualquer das partes e pelo tribunal, bem como dos pareceres técnicos e jurídicos e quaisquer outros elementos relevantes para a compreensão, desenvolvimento ou desfecho da lide.

3.7.15 Da responsabilidade civil nos danos causados no decorrer das Parcerias Público-Privadas e o uso da arbitragem

No decorrer de um contrato público de Parceria Público-Privada os usuários do serviço público ou da obra pública e até mesmo os não usuários podem sofrer danos em decorrência das referidas atividades e que poderão vir a ser resolvidos pela arbitragem.

No mais, dentro do Direito do Administrativo a doutrina traz duas grandes divisões sobre o estudo da responsabilidade estatal, quais sejam: a responsabilidade contratual da Administração Pública e a responsabilidade extracontratual da mesma²¹⁶⁰, inclusive em Portugal essa última terminologia é adotada expressamente pela legislação²¹⁶¹, diferentemente do Brasil, onde a expressão é uma construção doutrinária, até mesmo porque não existe na legislação brasileira uma lei infraconstitucional regulamentando especificamente a responsabilidade civil estatal.

Desse modo, existem basicamente duas espécies de reponsabilidade civil por atos ilícitos praticados no decorrer do cumprimento de um contrato público, inclusive no de Parceria Público-Privada, quais sejam: a decorrente do descumprimento das cláusulas previstas no contrato, que é a responsabilidade civil contratual e a segunda decorrente do fato da pessoa responsável pela prestação do serviço (ou de uma obra pública) deixar de obedecer a “um preceito normativo que regula a vida”²¹⁶², que seria a responsabilidade civil extracontratual.

Nesse diapasão, no Brasil a legislação prevê que a responsabilidade civil extracontratual das delegatárias de serviço público é primária²¹⁶³, ou seja, são elas e não o Poder Público, ao menos em um primeiro momento, que respondem pelos danos causados a terceiros, sejam eles usuários ou não do serviço público²¹⁶⁴. Além disso, a responsabilidade civil extracontratual das concessionárias de serviço público na prestação do serviço público é, como regra, objetiva, não dependendo da comprovação de dolo ou culpa²¹⁶⁵, nos termos do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República Brasileira²¹⁶⁶, tal como acontece com as pessoas jurídicas de Direito Público.

²¹⁶⁰GUIMARÃES, Edgar - *Contornos da Responsabilidade Patrimonial do Estado*, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho* - Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: Itihala, 2016. pp.513-537. p.520.

²¹⁶¹Lei Portuguesa 67/2007: art.1º: aprovação. É aprovado o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, que se publica em anexo à presente lei e que dela faz parte integrante.

²¹⁶²TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 2: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.448.

²¹⁶³MAZZA, Alexandre - *Manual de Direito de Direito Administrativo*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2015.p.389.

²¹⁶⁴FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.610.

²¹⁶⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.139.

²¹⁶⁶Constituição Brasileira. Art.37: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desse modo, a discussão passa a ser se o Poder Público pode ou não vir a responder subsidiariamente ou solidariamente²¹⁶⁷ pelos danos causados a terceiros, tendo em vista que o contrato de concessão de serviço público tem efeitos trilaterais, pois, apesar de ser um contrato público realizado entre o Poder Público e a concessionária, ele acaba atingindo terceiros, no caso, os usuários de serviços públicos²¹⁶⁸.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz uma distinção para duas situações passíveis de ocorrer. A primeira delas seria quando o dano decorre da própria prestação do serviço e a empresa se encontra em situação de insolvência, não possuindo efetivamente condições de arcar com a dívida nem mesmo com a penhora e venda em hasta pública dos seus bens, situação na qual o referido autor defende que haveria uma responsabilidade subsidiária do Poder Público²¹⁶⁹. Assim, o lesado tentaria em um primeiro momento obter o ressarcimento da empresa privada delegatária e, constando-se que ela efetivamente não teria condições de arcar com o valor da dívida, o Poder Público poderia vir a ser demandado. De fato, caso o próprio Poder Público estivesse prestando o serviço e o usuário viesse a sofrer um dano, haveria o dever estatal de indenizar, não sendo razoável não existir indenização porque a empresa privada está em uma situação de insolvência, sem condições de arcar com qualquer valor. Agora, estando a empresa solvente, não há o que se falar em responsabilidade do Estado, nem solidária nem subsidiária, pois o lesado poderá cobrar da própria empresa e, em caso de inadimplemento, poderão ser utilizados os meios ordinários de execução.

Sendo assim, no último caso acima mencionado de responsabilidade estatal uma eventual responsabilidade subsidiária do Estado não decorreria da simples inadimplência do ente privado e sim da situação de insolvência desse último, da efetiva impossibilidade de o lesado receber a indenização da pessoa jurídica privada que estava a prestar o serviço público. Desse modo, podemos afirmar se tratar do caso de uma responsabilidade subsidiária condicionada. Concluímos, dessa forma, que o Poder Público nesse caso junto com a execução do serviço delega também a responsabilidade pelo mesmo, ao menos enquanto o delegatário tiver saúde financeira para arcar com as suas responsabilidades.

A outra situação que BANDEIRA DE MELLO traz se dá em relação aos danos causados às pessoas pela concessionária por atos não decorrentes da própria prestação do serviço público delegado,

²¹⁶⁷A responsabilidade subsidiária seria o caso de o Poder Público responder após uma tentativa frustrada do particular em conseguir o ressarcimento junto ao ente privado e a responsabilidade solidária seria o caso de o Estado responder em conjunto com o ente privado, podendo o lesado pedir o ressarcimento de quem achar mais conveniente.

²¹⁶⁸DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.162

²¹⁶⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009. p.751.

situação na qual, segundo o autor em posição na qual concordamos, não haveria responsabilidade estatal, nem solidária nem subsidiária, ainda que a empresa estivesse em situação insolvência²¹⁷⁰.

No mais, a mera falta de fiscalização do Poder Público não exclui a responsabilidade do concessionário, podendo esse último, no entanto, entrar com uma ação de regresso contra o Estado caso o dano tenha decorrido desta falha na fiscalização²¹⁷¹, ação de regresso essa que, caso exista convenção de arbitragem, deverá ser justamente um procedimento arbitral.

Especificamente no caso de Portugal, existe uma certa diferença quanto o tema da reponsabilidade civil do Estado em relação ao Brasil, pois a legislação portuguesa diferencia a responsabilização civil do Poder Público no caso de culpa leve da responsabilização no caso de culpa grave ou dolo. No caso de culpa leve dos atos praticados pelos seus agentes, o Poder Público é responsável de forma exclusiva²¹⁷². No caso de culpa grave ou dolo, no entanto, existe uma responsabilidade solidária do Poder Público e dos agentes responsáveis pelo dano, podendo o lesado entrar com a ação contra quem achar mais conveniente e oportuno, sem prejuízo de uma ação de regresso²¹⁷³.

De qualquer forma, a referida diferenciação da responsabilidade civil do Estado em Portugal a depender do grau da culpa ou do dolo se dá em relação ao Poder Público e aos seus agentes. Em se tratando de uma delegação do serviço público, entendemos que não há o que se falar em responsabilização do Poder Público e sim da entidade delegada, salvo, tal como acontece no Brasil, no caso de insolvência dessa última, uma vez que a delegação em Portugal se dá por conta e o risco do concessionário de serviço público²¹⁷⁴. Situação diferente se dá quando em Portugal a entidade privada apenas auxilia o Poder Público na prestação da atividade deste último, situação na qual a responsabilidade civil continuará sendo da Administração²¹⁷⁵.

Outrossim, frise-se que, em se tratando de uma Parceria Pública-Privada, seja em Portugal seja no Brasil, salvo disposição em sentido contrário no contrato, a responsabilidade civil deverá ser repartida entre o parceiro público e o parceiro privado, uma vez que uma das principais características da referida forma de concessão é a repartição dos riscos entre os pactuantes, o que naturalmente

²¹⁷⁰ *Idem, ibidem*. p.752.

²¹⁷¹ FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.422.

²¹⁷² Lei Portuguesa: 67/2007: Art.7º:1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

²¹⁷³ Lei Portuguesa: 67/2007: Art.7º: 1. Art.8.º Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave: 1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

²¹⁷⁴ AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018.696.

²¹⁷⁵ GONÇALVES, Pedro Costa - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.p.352/353.

inclui o risco de arcar com a indenização devida nos casos dos danos causados no decorrer da relação contratual.

Ademais, existem situações nas quais os danos causados na prestação do serviço público não geram o dever de indenizar em decorrência da quebra do nexo causal em virtude da existência de uma causa excludente da responsabilidade estatal²¹⁷⁶.

Enfim, todas essas questões de danos causados no decorrer da prestação de um serviço público são matérias arbitráveis, pois envolve apenas a definição de quem é o responsável pela indenização e de qual é o valor devido.

Já o dano causado por uma obra pública é uma situação ainda mais complexa, pois pode vir a atingir pessoas que sequer sejam usuárias do serviço público a ser prestado no bem objeto da obra, como, por exemplo, um mero transeunte que esteja passando nas redondezas da obra e venha a ser atingido por algum objeto advindo da construção, gerando a discussão sobre quem será o responsável pela indenização, no caso, se seria o próprio Poder Público ou o ente privado pela execução ou, ainda, se existe uma responsabilidade solidária ou subsidiária entre ambos.

No mais, existe ainda a necessidade de analisar se a dita responsabilidade civil é subjetiva ou objetiva, ou seja, se há ou não a necessidade de comprovação de dolo ou de culpa²¹⁷⁷ por parte dos agentes públicos das pessoas jurídicas responsáveis pelos atos que causaram o dano, uma vez que, apesar da desnecessidade da referida comprovação ser a regra nas relações regidas pelo direito público tanto em Portugal como no Brasil, existem exceções.

Outrossim, também é importante fazer uma diferenciação entre a responsabilidade civil extracontratual pelos danos causados no decorrer da execução de uma obra pública e a responsabilidade civil pelos danos causados pela obra em si, ou seja, pela simples existência da obra, situações nas quais haverá uma diferenciação entre quem deve ser o responsável²¹⁷⁸.

²¹⁷⁶Não é em toda e qualquer situação diante de um dano decorrente da prestação de um serviço público ou da realização uma obra pública realizada em Portugal e no Brasil que haverá responsabilidade estatal ou da empresa responsável pela execução da obra, uma vez ambos os estados adotaram, como regra, a teoria do risco administrativo (Cf. AZEVEDO, Antônio Ivanir Gonçalves - Risco Administrativo - regime Constitucional e legal em Portugal e no Brasil: as características e o dever de indenizar, *Jornal Jurídico*, V 2 N2, (2019), pp.51-72.p.63) e não a teoria do risco integral. Assim, ainda que a obra seja realizada pelo Poder Público, a responsabilidade poderá ser afastada se existir umas das causas excludentes de reponsabilidade. Desse modo, havendo a comprovação pelo Estado ou pela empresa privada responsável pela execução da obra ou da prestação do serviço da existência de força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de um terceiro, a responsabilidade do Poder Público ou da empresa executora será afastada diante da existência da quebra do nexo causal entre o dano e a obra realizada pelo Poder Público.

²¹⁷⁷Existindo o dolo quando existe a intenção e a culpa quando há a inobservância de um dever de cuidado. (Cf. ALVES, Patricia Pinto, A responsabilidade extracontratual do Estado por ato administrativo no ordenamento jurídico Português: uma tripla perspectiva do regime da responsabilidade delitual, pelo risco e por fato lícito, *Revista de Direito de Viçosa*, V11, N1, (2019), 387-416. p.395).

²¹⁷⁸Nesse caso é o que a doutrina chama de responsabilidade pelo fato da obra (Cf. NETO, Walmor Francisco Molin - Responsabilidade Civil e execução de obra pública, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.267-280. Disponível em www.enlaw.com.br/revista/3_93.p.274), como, por exemplo, uma eventual desvalorização dos imóveis limítrofes em face da natureza do bem que está sendo construído ou a evasão da clientela de um bar em decorrência de uma poeira excessiva ou de um barulho excessivo em decorrência de uma inevitável trepidação no decorrer da realização de uma obra pública. Nessas situações no Brasil já é pacífico o entendimento de que a responsabilidade deve recair no próprio Poder Público, ainda que se trate de uma execução indireta, como forma de distribuir os ônus decorrentes das obras públicas com os demais membros da sociedade, impedindo, desse modo, que apenas os proprietários prejudicados arquem com os danos inerentes a obra, o que seria uma "suportabilidade desproporcional" (Cf. *Idem, ibidem*. p.276). Da mesma forma, a Lei portuguesa 67/2007, que regulamenta a responsabilidade civil extracontratual do Estado e que expressamente é aplicável

No que tange a responsabilidade civil pela realização da obra, essa responsabilidade no Brasil é de quem a executa, é de quem efetivamente realiza a obra pública, até mesmo como forma de garantir que sejam tomadas as cautelas necessárias na execução da obra. De fato, não seria razoável alguém executar a obra e causar um dano decorrente da referida execução, mas outra pessoa ser chamada para arcar com as consequências inerentes ao dano causado. Assim, em se tratando de uma obra realizada diretamente pelo próprio Poder Público Brasileiro, a este caberá a responsabilidade pelos danos que acontecerem a terceiros no decorrer da realização da obra, responsabilidade essa que é de ordem objetiva da mesma forma que acontece no caso da prestação de serviço público pela própria Administração Pública.

Por outro lado, em se tratando de uma execução indireta no Brasil, a responsabilidade pelos danos causados no decorrer da obra será da entidade privada responsável pela realização, seja esse dano causado a terceiros, seja esse dano causado ao próprio Poder Público, conforme, inclusive, expressa previsão da já mencionada Lei Brasileira 14.133/21²¹⁷⁹.

Quanto ao presente ponto, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, em posição a qual concordamos, afirma não haver o que se falar em responsabilidade por culpa “in elegendo”, porque não há margem de discricionariedade para o Poder Público na escolha da empresa, tendo em vista o fato de o parceiro privado normalmente ser contratado por licitação²¹⁸⁰.

Por outro lado, a autora brasileira MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que a responsabilidade só é de quem executa a obra e não do próprio Poder Público no caso de uma concessão de obra pública, diferentemente do caso de uma empreitada, que, segundo a autora mencionada, a reponsabilidade seria do próprio Poder Público mesmo na execução devido ao fato desse último ser gestor da obra²¹⁸¹. Posicionamento similar encontramos em estudo sobre as concessões de obras públicas na Espanha e nas américas realizado por JOSÉ MANUEL VASSALLO MAGRO e RAFAEL IZQUIERDO BARTOLOMÉ, que afirmam ser uma das grandes diferenças entre a empreitada e a concessão de obra

as pessoas coletivas de direito privado que estejam no exercício de prerrogativas de Poder Público ou que estejam sendo reguladas por disposições ou princípios de Direito Administrativo (Cf. Art.4. 5, Lei Portuguesa 67/2007. Diário da República, *Série I*. N° 251 (31.12.2007) 9117 – 9120) prevê que o Estado deve se responsabilizar pelos danos especiais ou anormais causados aos particulares (Cf. Art.16, Lei Portuguesa 67/2007. Diário da República, *Série I*. N° 251 (31.12.2007) 9117 – 9120), tal como acontece com os danos decorrentes da simples existência da obra. Assim, seja em Portugal ou seja no Brasil, a responsabilidade decorrente da simples existência da obra é do próprio Poder Público, desde que esses danos sejam anormais e específicos (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.848), ou seja, representem situações realmente graves (Cf. MESQUITA, Maria José Rangel - Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública no ordenamento jurídico constitucional vigente, In QUADROS, Fausto de - *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, pp.39-134. p.77).

²¹⁷⁹Lei Brasileira 14.133/21: Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

²¹⁸⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020. p.322.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.376.

pública o fato de nessa última existir a transferência dos riscos para o parceiro privado, diferentemente do que acontece na primeira²¹⁸².

Não concordamos, no entanto, com os posicionamento dos autores acima, pelo menos do que diz respeito à legislação brasileira (que se assemelha à portuguesa nesse ponto), por dois motivos, sendo o primeiro deles porque o artigo 120 da lei brasileira 14.133/21 é claro ao afirmar que a responsabilidade é de quem executa sem fazer qualquer distinção e, em segundo lugar, porque entendemos que haveria uma ofensa ao princípio da igualdade caso existisse a reponsabilidade civil da empresa no caso de empreitada e não existisse no caso de uma concessão de obra pública, uma vez que existiriam duas empresas na mesma situação (realizando uma obra pública), mas recebendo um tratamento diferente (uma sendo responsável civilmente pela obra e outra não), sem que existisse uma justificativa para o referido tratamento diferenciado. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO concorda com o nosso entendimento e frisa que o Estado concedente é responsabilizado de forma subsidiária no caso de uma execução indireta de obra pública, podendo, excepcionalmente, ser responsabilizado de forma solidária no caso de causar o dano em conjunto com o parceiro privado, situação na qual o concessionário arcará com o valor total perante o lesado e poderá entrar com uma ação de regresso contra Poder Público solicitando um valor proporcional ao da responsabilidade desse último²¹⁸³.

Acrescentamos ao entendimento acima que, tal como acontece na responsabilização em um caso de delegação de um serviço público, a dita responsabilidade subsidiária não se dará em virtude do mero inadimplemento e sim em decorrência da efetiva impossibilidade do ente privado arcar com o valor de eventual indenização, uma vez que, existindo condições financeiras do parceiro privado arcar com o valor da indenização, o lesado poderá se utilizar dos meios legais para cobrar o valor de eventual dano causado, inclusive indo atrás dos bens da mesma para fins de quitação do débito existente. Desse modo, existe cá também uma responsabilidade subsidiária condicionada, pois não basta a empresa privada responsável pela execução não pagar, deve existir a efetiva comprovação de que ela não tem condições financeiras de arcar com o pagamento da indenização devida.

De qualquer forma, o que não poderia acontecer seria o não ressarcimento no caso da situação de insolvência da empresa privada responsável pela execução, pois o administrado não poderia ser prejudicado devido ao fato da obra estar sendo realizada por uma entidade que não tenha condições financeiras de arcar com as suas responsabilidades, o que provavelmente não aconteceria caso a obra estivesse sendo realizada pelo próprio Poder Público, até mesmo porque cabe ao Estado

²¹⁸²MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.p.128.

²¹⁸³FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.p.422.

tomar as cautelas necessárias para só contratar empresas privadas que possuam um nível de solvência mínimo²¹⁸⁴suficiente para arcar com as suas responsabilidades de ordem econômica, incluindo o pagamento de eventuais indenizações.

Em Portugal, por outro lado, a legislação é clara ao prever uma responsabilidade subsidiária do Poder Público pelos danos causados na execução da obra pelo concessionário, frisando, ainda, que além de se fazer necessária a execução prévia dos bens das concessionárias, também não há o que se falar em responsabilidade estatal quando o terceiro prejudicado for integralmente ressarcido pelos valores de seguro anteriormente estipulado²¹⁸⁵. Desse modo, tal como no Brasil e por expressa disposição legal, não é a mera inadimplência da concessionária que gera a possibilidade da responsabilidade estatal de forma subsidiária em Portugal, mas sim o fato do prejudicado efetivamente não ter conseguido o seu ressarcimento por intermédio da execução dos bens da concessionária e também não ter conseguido o ressarcimento por meio do recebimento dos valores inerentes ao seguro previamente estipulado, sendo, desse modo, um caso também de responsabilidade civil extracontratual condicionada.

Parece-nos que a legislação portuguesa foi mais feliz que a legislação brasileira, pois, caso o lesado pudesse receber o valor de seguro e também a indenização do Poder Público, haveria um nítido enriquecimento sem causa, o que não é objetivo de uma responsabilização civil, pois nessa o que se busca é apenas efetivamente compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, restabelecendo a situação existente antes da causação do dano, o que, a depender do valor pago, pode perfeitamente ser feito pela indenização recebida da empresa seguradora.

De qualquer forma, ainda que no Brasil a legislação não preveja expressamente a questão do recebimento do seguro, a referida situação deve ser analisada no momento de fixar o valor da indenização, justamente para que o lesado não seja duplamente beneficiado e acabe enriquecendo sem justo motivo às custas do Poder Público, uma vez que as normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas conforme a sua finalidade. Nesse sentido, havendo ressarcimento integral por parte da seguradora dos danos envolvidos, nosso entendimento é o de que o lesado só poderá cobrar do responsável pelo dano o valor da franquia, sem prejuízo da própria seguradora buscar o ressarcimento do responsável pelo dano do valor pago ao segurado.

²¹⁸⁴RAIMUNDO, Miguel Assis - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.p.413.

²¹⁸⁵Lei Portuguesa 41/2015, que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da atividade da construção Art.424: 1-A concedente responde por danos causados pelo concessionário a terceiros no desenvolvimento das atividades concedidas por facto que ao primeiro seja imputável. 2 - O concedente responde ainda por facto que não lhe seja imputável, mas neste caso só depois de exercidos quaisquer direitos resultantes de contrato de seguro que no caso caibam e de excutidos os bens do património do concessionário.

Ademais, quando a obra é mal executada em Portugal a responsabilidade também será, como regra, de quem a executou²¹⁸⁶ e quando o dano causado decorre do erro na concepção de quem elaborou o projeto, o dono da obra responderá e cobrará regressivamente do terceiro²¹⁸⁷.

Outrossim, tal como acontece com a delegação de serviço público, na obra pública realizada por meio de uma Parceria Público-Privada a responsabilidade pela execução da obra deverá ser repartida entre o parceiro público e o privado nos termos do contrato, sendo essa uma das características principais da referida espécie de contratação.

No mais, a mera ausência ou deficiência da fiscalização por parte do Poder Público em relação à obra que está sendo realizada não exclui a responsabilidade da empresa que realiza a execução da obra, o que não quer dizer que a Administração Pública esteja isenta de realizar a referida fiscalização, tanto é que a legislação brasileira prevê expressamente esse dever de fiscalização²¹⁸⁸, bem como a legislação portuguesa traz a fiscalização como um poder da Administração Pública²¹⁸⁹, poder esse que deve ser visto como um poder-dever.

Ademais, todas essas questões envolvendo responsabilidade civil por danos causados por uma obra pública, tal como acontece com os danos causados na prestação de serviços públicos, são matérias arbitráveis, pois também só envolvem em eventual litígio questões patrimoniais.

Desse modo, em um primeiro momento, havendo convenção de arbitragem em uma Parceria Público-Privada, os danos decorrentes da execução do contrato deveriam vir a ser resolvidos por meio de um Tribunal Arbitral. Entretanto, existe um problema, qual seja: nesses casos a pessoa que sofreu o dano normalmente é um terceiro não pactuante do Contrato de Parceria Pública-Privada e, em consequência, também não o é da convenção de arbitragem.

Assim, o questionamento que surge é: poderia a convenção de arbitragem realizada em uma Parceria Público-Privada obrigar terceiros não pactuantes? A resposta é não. Os contrainteressados só podem se submeterem ao procedimento arbitral caso anuem em levar o litígio para um tribunal arbitral²¹⁹⁰.

²¹⁸⁶FONSECA, Isabel Celeste - Execução de empreitada de obras públicas, vícios de concepção e vícios de construção, problemas dos projectos e trabalhos complementares: o novo regime após 2017, In FONSECA, Isabel Celeste, *Direito da contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.51-65. p.153.

²¹⁸⁷*Idem, ibidem*. p.155.

²¹⁸⁸Lei Brasileira 14.133/21: Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

²¹⁸⁹Decreto-Lei 18/2008 Art. 302.º: Salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e no presente Código: a) Dirigir o modo de execução das prestações; b). Fiscalizar o modo de execução do contrato.

²¹⁹⁰FONSECA, Isabel Celeste – A arbitragem na Contratação Pública em Portugal: a forma (a) normal de resolver litígios emergentes das PPPS, In ANDRADE, Érico; DIAS, Maria Tereza Fonseca –*Tensões Entre o Público e o Privado - Anais do II Encontro Luso Brasileiro de* (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Belo Horizonte Editora Fórum, 2015.p.30.

Desse modo, sempre que alguém for lesado civilmente em decorrência da obra ou serviço objeto de uma Parceria Público-Privada, a primeira medida a ser tomada, tanto pelo parceiro público como pelo parceiro privado, é procurar a referida pessoa para celebrar um compromisso arbitral. Caso haja aceitação do lesado, o litígio deverá ser resolvido pela arbitragem caso também exista previsão nesse sentido na PPP. Entretanto, caso o particular não aceite participar da arbitragem, o referido litígio só poderá ser resolvido por um juiz togado.

3.8 Considerações Finais do Capítulo

Tendo em vista tudo que foi acima aludido, entendemos não ser apenas juridicamente possível a realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas como também entendemos ser possível efetivamente o sucesso na sua realização desde que sejam tomadas as cautelas mencionadas.

Definir o que é uma arbitragem de sucesso é algo estritamente subjetivo, mas nos parece que a preocupação sempre vai ser a feitura de decisões arbitrais que sejam efetivamente cumpridas e de um processo arbitral célere e eficaz, possibilitando a inexistência de atrasos no cumprimento dos contratos públicos de obras públicas e de prestação de serviços públicos em virtude dos litígios eventualmente surgidos.

Assim, é importante que os contratos públicos da Parceria Público-Privada e o da convenção de arbitragem inerente ao mesmo sejam realizados pela autoridade competente com extrema cautela, permitindo-se, tal como afirmam BRUNO LOPES MEGNA, FÁBIO TRABOLD GASTALDO e JÉSSICA HELENA ROCHA VIEIRA, que “todos os atores envolvidos estejam em “compliance” com as boas práticas e padrões existentes”²¹⁹¹.

Desse modo, concordamos com GABRIELA DE CARVALHO quando a mesma, após analisar a lógica da ponderação dos princípios de ALEXY e a teoria do discurso da ponderação dos valores de HABERMAS em relação à arbitragem realizada pelo Poder Público no Brasil e em Portugal, afirma que a referida forma de resolução de conflitos pode ser mais benéfica para a sociedade quando utilizada pelo Poder Público desde que “delimitada pelos princípios norteadores do Direito Administrativo”²¹⁹².

Agindo dessa forma, acreditamos que os julgamentos arbitrais na situação em testilha alcançarão os resultados almejados e, com o tempo, passarão tanto para a sociedade como para os administradores públicos a sensação de que a arbitragem é um meio eficaz de solução de conflitos nas

²¹⁹¹MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabold; COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira - Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do estado de São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. V II, N (2019), pp.157-182.89. p.180.

²¹⁹²CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p.153-155

Parcerias Público-Privadas, mudando, dessa forma, a cultura da judicialização das demandas administrativas.

CONCLUSÕES

1-O Poder Público pode prestar um serviço público e realizar uma obra pública diretamente ou indiretamente. No primeiro caso quem presta o serviço público ou realizada a obra pública é a própria Administração Pública, seja ela direta ou indireta. No segundo caso a atividade é prestada por meio de um contrato público com uma pessoa jurídica de direito privado;

2- O Brasil possui como principal fonte do estudo dos contratos públicos a sua legislação interna; já Portugal, além da sua legislação interna, também bebe na fonte do Direito Europeu da Contratação Pública, em especial das diretivas 2014/23/EU, 2014/24/EU e a 2014/25/EU da União Europeia, o que faz a Contratação Portuguesa dever obedecer tanto ao seu direito interno como ao Direito Europeu;

3-Outra fonte do Direito da Contratação Pública no Brasil e em Portugal são os princípios. O estudo dos princípios é de suma importância dentro do Direito Administrativo brasileiro e português devido a inexistência de codificação, ao menos total, do ramo do Direito em testilha nos referidos Estados. Assim, o estudo dos princípios dos contratos públicos também se faz relevante, até mesmo como forma de os diferenciar dos serviços meramente privados, sendo um conflito entre princípios solucionado de forma diferente de um conflito entre regras, sendo os primeiros mais flexíveis do que esses últimos. De qualquer forma, é importante a coexistência dentro de um ordenamento jurídico de normas-regras e de normas-princípios, devendo existir um equilíbrio entre ambos como forma de se evitar um excesso de rigidez ou um excesso de flexibilidade;

4-Delegar um serviço público para a iniciativa privada por meio de um contrato público é uma questão passível de gerar grandes discussões ideológicas, porém nossa conclusão é de que a decisão de delegar ou não uma atividade administrativa para a iniciativa privada deve ser pautada apenas por questões de interesse público, fazendo-se necessário a análise em um primeiro momento se é realmente um serviço público que deve ser viabilizado pelo Poder Público e em um segundo momento deve ser analisado se é melhor a sua prestação direta pelo Estado ou por meio da iniciativa privada.

5-No Brasil, o contrato de concessão de serviço público se dá para a delegação de situações mais complexas e o contrato de permissão para situações mais simples, existindo autores que defendam ser a autorização também uma forma de delegação de serviço público para situações ainda mais simples e para as quais haja uma predominância do interesse do delegado, já em Portugal não existe o instituto da permissão como forma de delegação de serviço público, mas existe o instituto da concessão com semelhanças ao modelo brasileiro e algumas situações específicas prevendo a autorização.

6-Algumas atribuições administrativas são indelegáveis. Entretanto, entendemos que o fato de ser essencial ou de se tratar de uma atividade-fim da Administração não é relevante para se definir se atividade é delegável ou não. O que é indelegável, como regra, é o Poder de Polícia, salvo, sendo em Portugal e conforme entendimento de parte da doutrina, no caso de uma situação limitada e excepcional e desde que haja autorização legal e no caso do Brasil, nos termos do entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileira, em se tratando de alguns aspectos do Poder de Polícia, no caso, a mera fiscalização e o mero consentimento;

7-Uma obra pública, diferentemente do que pode vir a acontecer com o serviço público, não é uma atividade permanente, pois o que permanece é o resultado da obra e não a realização da obra em si, o que faz a atividade de eventual ente privado responsável pela obra se encerrar juntamente com ela, salvo o caso de ele também possuir a atribuição de prestar um serviço público no resultado da obra. Assim, não podemos confundir a obra pública com o serviço público a ser prestado na mesma;

8-Toda as vezes que se constrói ou se reforma um bem público, existe uma obra pública, porém nem toda obra pública implicará em um bem público, tendo em vista a possibilidade de o resultado da obra ser destinado para um fim social, até mesmo por meio da reforma de habitações abandonadas. Além disso, nem todo bem público decorreu de uma obra pública, pois ele pode ter sido expropriado ou comprado, por exemplo. Assim, não há de se confundir os conceitos de bem público com o de obra pública.

9- Tanto no Brasil como em Portugal a obra pública pode vir a ser realizada direta ou indiretamente. Sendo realizada indiretamente, haverá a feitura de um contrato público, que em ambos os Estados poderá ser uma empreitada ou uma concessão. No caso da empreitada, a entidade faz a obra mediante um pagamento realizado pelo Poder Público. No caso da concessão, o particular realiza uma obra pública e é remunerado por meio da exploração no futuro do bem resultado da obra construída, como, por exemplo, por meio da cobrança de pedágio em autoestradas.

10-Além da possibilidade tanto da obra pública como do serviço público serem realizados diretamente ou indiretamente pelo Poder Público, existe a possibilidade da realização em conjunto entre a Administração Pública e entidades privadas por meio das Parcerias Público-Privadas, instituto previsto tanto na legislação brasileira como na legislação portuguesa.

11- Quando se fala em Parceria Público-Privada, é possível a adoção de um conceito mais amplo, abrangendo várias formas de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada ou um conceito mais restrito, abrangendo apenas alguns tipos mais específicos de parcerias. Portugal adota um conceito mais amplo por meio da sua legislação. O Brasil, por outro lado, adota um conceito mais

restrito, pois sua legislação traz dois tipos de PPPs, quais sejam: a concessão patrocinada e a concessão administrativa;

12-Ainda que existam entendimentos em sentido contrário, nossa conclusão é de que a Parceria Público-Privada não se confunde com privatização (ou desestatização para alguns autores) nem é uma espécie dela, pois nessa última o Poder Público efetivamente passa seus ativos para a iniciativa privada, fazendo com que a atividade definitivamente deixe de ser pública e passe a ser privada. Na PPP, por outro lado, existe um contrato público com tempo determinado e o parceiro privado apenas assume a execução e não a titularidade de algumas atividades prestadas pelo Poder Público.

13-A principal característica das Parcerias Público-Privadas que a diferencia de outras espécies de concessão é a repartição dos riscos entre os o Poder Público e o parceiro privado. Além disso, as PPPs são usadas em ambos os Estados (Portugal e Brasil) para situações mais complexas. Nesse sentido, a legislação brasileira veta o seu uso para contratos com apenas um objeto. No mais, a dita complexidade se dá também quanto aos sujeitos, podendo existir até quatro pessoas envolvidas com interesses diversos;

14-Em Portugal tanto a concessão de serviço público como a concessão de obras públicas são Parcerias Público-Privadas, diferentemente do Brasil onde existem as concessões comuns e as concessões especiais (que são PPP);

15-Uma das vantagens da opção por uma Parceria Público-Privada é uma possível menor influência de questões políticas no decorrer da prestação do serviço público ou na realização da obra pública, o que só vai ser efetivamente uma vantagem se for tomada a cautela de não se deixar que os interesse econômicos acabem vindo por prevalecer. Outra vantagem seria uma possível maior celeridade na prestação do serviço público e na realização da obra pública em decorrência dos entes privado possuírem menos amarras para o exercício de suas atividades do que os entes privados. Além disso, a opção pela PPP permite um melhor manejo dos recursos, pois as verbas arrecadas pelo parceiro privado não sofrerão todas as burocracias inerentes às verbas públicas, sendo as PPPs uma forma de superar obstáculos orçamentários. No mais, a possibilidade de optar por uma PPP aumenta as chances de se alcançar o “value for Money”, só devendo se optar pelo instituto quando a presença desse último for comprovada quando comparado com a contratação tradicional. Por fim, as PPPs permitem o custeio da construção de infraestrutura pelas presentes e futuras gerações, com o custo das mesmas sendo prorrogado para o momento em que as pessoas efetivamente vão usufruir de suas benesses;

16-Como uma das desvantagens da opção pelas Parcerias Público-Privadas temos a própria complexidade do objeto, pois não é comum a existência de empresas possuidoras ao mesmo tempo de várias expertises. Outra desvantagem seria a dificuldade em se equacionar os conflitos entre os interesses envolvidos: o público e o econômico. Por fim, também existe uma preocupação com o a possibilidade do uso das PPPs gerarem uma falsa impressão da inexistência de gastos públicos, quando, em verdade, eles estão sendo apenas protelados para o futuro. Entretanto, entendemos que essas dificuldades são superáveis por meio de um contrato feito de forma cautelosa e transparente, da realização de um bom planejamento e de uma firme fiscalização pelos órgãos competentes, bem como na estimação do impacto financeiro com a realização das ditas parcerias;

17-Os subsídios pagos pelo Poder Público nas concessões patrocinadas no Brasil e nas concessões onde existe essa previsão em Portugal, além de facilitar o acesso ao serviço público aos usuários, acabam sendo uma forma de tornar a contratação com Poder Público mais atraente para as empresas privadas;

18-Existem algumas diferenças e algumas semelhanças entre os regimes jurídicos brasileiro e português nas Parcerias Público-Privadas. Nos dois ordenamentos os parceiros públicos são as entidades integrantes da Administração Pública Direta e Indireta, com restrição, no entanto, para empresas públicas que realizam atividade econômica; também existe um valor mínimo para contratação de PPPs em ambos os Estados. Entretanto, a legislação portuguesa delimita bem a responsabilidade do Poder Público acompanhar, avaliar e controlar as PPPs, enquanto o parceiro privado deverá gerir o contrato e o financiar total e parcialmente; já no Brasil existe a previsão da criação de uma sociedade de propósito específico para gerir cada uma das PPPs; No mais, tanto Portugal como o Brasil, adotando terminologias diferentes e com peculiaridades próprias, adotam mecanismos abertos para as seleções que antecedem os contratos de Parceria Público-Privadas e preveem mecanismos para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

19-Uma das principais características das Parcerias Público-Privadas e essencial para o sucesso delas é a repartição dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado, riscos esses que podem ser de diversas esferas, previsíveis e não previsíveis, incluindo eventuais danos decorrentes da execução de obras públicas ou no decorrer da prestação do serviço público. No mais, tanto a legislação portuguesa como a legislação brasileira preveem a importância de existir a previsão da repartição desses riscos nos contratos públicos com cada pactuante assumindo os riscos nos quais possua uma maior capacidade de suportar. Especificamente em Portugal, existe a possibilidade de repartição também dos benefícios não ordinários obtidos pelo parceiro privado e que não decorram da sua boa gestão. No

mais, ainda que a repartição dos riscos seja uma questão relevante em um contrato público de Parceria Público-Privada, tão relevante quanto é a estipulação de garantias para cobrir eventuais entreveros que surjam no decorrer do contrato;

20-Um risco existente merece destaque, qual seja: o risco da demanda. Desse modo, a realização de uma Parceria Público-Privada deve ser antecedida de um estudo que preveja qual será a efetiva demanda para se evitar a futura extinção da concessão. De qualquer forma, entendemos que o ideal é a previsão no contrato público de que alguma parte do referido risco fique com o parceiro privado como forma de o estimular a incentivar o uso do resultado da obra ou do serviço público por meio da prestação de um serviço de qualidade. Além disso, como forma de respeitar as leis orçamentárias e dar uma maior previsibilidade para as empresas, é possível estipular um teto máximo no qual o Poder Público irá arcar com os riscos da demanda e um teto mínimo no qual o parceiro privado vai ser indenizado;

21-Tanto em Portugal como no Brasil as Parcerias Público-Privadas são comumente utilizadas na feitura de estradas, o que colabora com o direito de locomoção/deslocamento, evita acidentes e ajuda com o desenvolvimento econômico. Na mesma seara de melhorar o transporte das pessoas, as PPPs também são utilizadas na construção de transportes públicos, em especial de estações ferroviárias. Além disso, as PPPs também são utilizadas para viabilizar grandes eventos esportivos.

22- No nosso entendimento é viável juridicamente a possibilidade da construção de presídio por meio de Parcerias Público-Privadas tanto no Brasil como em Portugal, desde que os atos efetivamente de Poder Polícia continuem sob a responsabilidade do Poder Público, bem como as atribuições do juiz de execução penal.

23-Tanto no Brasil como em Portugal é juridicamente possível o uso das PPPs na área de saúde, o que vem acontecendo ainda que a passos curtos. Na área de educação não existe óbice para uso das PPPs em Portugal, mas sim legislação permitindo a dita possibilidade. No Brasil, no entanto, a legislação local possui entraves para a adoção das referidas parcerias no setor educacional;

24-No nosso entendimento, as espécies de resolução de conflitos se dividem da seguinte forma: a autotutela, quando uma pessoa resolve um conflito por conta própria; a autocomposição, quando as partes envolvidas no litígio resolvem o conflito em comum acordo, o que pode acontecer com ou sem a ajuda de um terceiro e, por fim, a heterocomposição, quando quem decide o conflito é um terceiro, podendo o mesmo ser ou não escolhido pelas partes;

25- São espécies de autocomposição, dentro do nosso entendimento mais voltado para o responsável pela própria decisão, a mediação, a conciliação e a negociação. Nas duas primeiras, diferentemente da

última, existe a presença de um terceiro auxiliando as partes na busca de um consenso. Existem autores ainda mencionando como espécies de autocomposição a transação, a desistência e o perdão, podendo as mesmas, no entanto, decorrerem das outras formas de autocomposição, sendo a última um instituto utilizado comumente no Direito Penal mediante o preenchimento de certos requisitos;

26-Existem autores incluindo a mediação e a conciliação como espécies de heterocomposição diante da existência de um terceiro participando do procedimento. Entretanto, preferimos alocar as mesmas como autocomposição porque o terceiro participante não decide o conflito;

27-Tanto em Portugal como no Brasil é juridicamente possível a realização da conciliação nas lides envolvendo o Poder Público, porém a referida prática acaba não sendo comum em virtude de um temor dos agentes públicos em transacionarem em processos envolvendo o patrimônio público;

28-No Brasil o termo de conciliação, tal como o de mediação, é um título executivo extrajudicial caso venha ser homologado por um juiz, o que, no nosso entendimento, é uma exigência que não deveria acontecer. De qualquer forma, sendo o termo de conciliação assinado por duas testemunhas e desde que haja o compromisso das partes envolvidas de cumprir o que foi avençado, também é possível o considerar um título executivo.

29-Em Portugal a legislação também remete o termo de conciliação/mediação para a homologação judicial, porém o simples fato dele ser um acordo escrito, ainda que não homologado, o torna um título executivo ainda que com algumas limitações no respeitante à sua execução perante o Poder Judiciário, só devendo a necessidade de homologação judicial se dar para os casos expressamente previsto em lei;

30-É muito comum a confusão entre mediação e conciliação, porém eles são institutos que não se confundem, pois, enquanto a conciliação tem como foco o acordo, a mediação tem como objetivo melhorar ou reestabelecer a relação das pessoas envolvidas, ficando o acordo acerca do objeto do litígio para um segundo plano;

31-Tanto a legislação brasileira como a legislação portuguesa preveem a possibilidade do uso da mediação nos litígios envolvendo a Administração Pública, possibilidade que entendemos viável nos casos em que exista uma relação a ser preservada entre o Poder Público e a outra parte envolvida na situação, tal como acontece nas relações da Administração Pública com os seus agentes, bem como nas relações contratuais administrativas. Entretanto, a referida prática não é comum em ambos os Estados em virtude também, tal como acontece na conciliação, da falta de respaldo dada aos agentes públicos para mediar em causas envolvendo o Poder Público, o que pode vir a melhorar no Brasil, tendo em vista que em 2015 a legislação foi alterada para prever que os agentes públicos só

responderão pelos danos eventualmente causados em um procedimento de mediação quando agirem com dolo ou a fraude;

32-Tanto em Portugal como no Brasil a negociação deverá ser formalizada por meio de um contrato de transação e que, preenchidos os requisitos legais, será executado tal como os contratos de um modo geral;

33-É possível juridicamente, tanto no Brasil como em Portugal, a realização da negociação nas lides envolvendo o Poder Público. Entretanto, tal como acontece na mediação e na conciliação com a presença desse último, a negociação com a presença da Administração Pública na condição de parte como forma de resolver os conflitos ainda é uma realidade pouco comum em virtude também do receio dos agentes públicos com possíveis processos administrativos disciplinares;

34-São espécies de heterocomposição a jurisdição e a arbitragem, pois nas mesmas existe a presença de um terceiro que efetivamente decide o litígio, no primeiro caso um juiz togado e no segundo um árbitro. A grande diferença entre as referidas formas de pacificação é o fato de a primeira ser um poder do Estado do qual a parte demandada não pode se negar a ser submetido, enquanto a segunda é uma opção escolhida em comum acordo pelos envolvidos no litígio para resolver esse último;

35-Além da mediação, da conciliação, da negociação, da arbitragem e do próprio Poder Judiciário, a doutrina especializada traz outras formas de resolução de conflitos e as encontradas na presente investigação foram as seguintes: o “rente-a-judge”; a “baseball arbitration”; a “high-low”; a “consensual building”; a “early Neutral Evaluation-ENE”; a “med-arb”; a “arb-med”; a “sumamary jury trial”; a “mini-trial”; a “Sumamary jury trial”; o Sistema de manejo de conflitos; a peritagem; o “court-annexed arbitration” e a “dispute board”. Entretanto, nossa conclusão é a de que as referidas formas de resolução de conflitos são derivações das tradicionais aprofundadas na presente tese de doutoramento, o que é perfeitamente possível, porém elas só serão títulos executivos caso preenchidos os requisitos legais para tanto;

36-A natureza jurídica da arbitragem é tema polêmico, porém nossa conclusão é de que a convenção de arbitragem tem natureza contratual e a arbitragem em si tem natureza jurisdicional, tratando-se, no entanto, de um processo de conhecimento, uma vez que a execução dela deverá ficar a cargo do Poder Judiciário tanto no Brasil como em Portugal;

37-Existe uma discussão se o tribunal arbitral seria efetivamente um tribunal e se ele está inserido dentro do Poder Judiciário. Nossa conclusão é a de que, de fato, trata-se de um tribunal, porém que não integra o Poder Judiciário nem em Portugal nem no Brasil, tratando-se, assim, de um tribunal paralelo, mas que efetivamente exerce a jurisdição e com os atributos da investidura e da

indelegabilidade, não existindo, no entanto, o princípio do árbitro natural, justamente porque são as próprias partes as responsáveis pela escolha do árbitro ou da entidade arbitral;

38-Não há de se confundir jurisdição com heterocomposição. A grande diferença entre ambas é que na jurisdição existe a formação de um título executivo, enquanto na heterocomposição um terceiro põe fim a um litígio, tal como acontece nas relações de tutela e hierarquia, porém não há o que se falar na formação de um título que possa vir a ser executado, o que podemos afirmar é ser a jurisdição uma espécie de heterocomposição, porém a recíproca não é verdadeira;

39-No Brasil, a arbitragem só pode ser realizada com direitos patrimoniais disponíveis e em Portugal sobre direitos que não sejam patrimoniais, porém nos quais a transação seja permitida. Assim, direitos patrimoniais seriam aqueles aos quais se pode estipular um valor e direitos indisponíveis são aqueles que não possam ser alienados. Por outro lado, apesar de Portugal não exigir expressamente que o bem seja disponível, existem autores defendendo que a indisponibilidade é um impeditivo para a arbitragem, não sendo o presente entendimento, no entanto, um ponto pacífico na doutrina portuguesa. Por outro lado, concluímos ser possível a arbitragem de aspectos patrimoniais de bens não patrimoniais tanto no Brasil como em Portugal;

40-Apesar da conclusão anterior tomada com base nas legislações brasileiras e portuguesas, somos do posicionamento que a arbitragem, ainda que com algumas cautelas, deveria ser realizada em toda e qualquer situação de litígio, pois o único Direito no qual se dispõe no procedimento de resolução extrajudicial em testilha é o de uso do Poder Judiciário;

41-Como efetiva vantagens da arbitragem temos: uma maior flexibilidade do procedimento; uma maior celeridade; um possível melhor custo-benefício ou menor custo da transação a ser analisado em cada caso concreto; a possibilidade da decisão ser tomada por técnicos especializados não necessariamente da área jurídica ou, ainda que sejam da área jurídica, com a formação exatamente adequada para cada caso concreto; a confiança na pessoa responsável pelo julgamento, o que aumenta a legitimidade desse último e, em consequência, as chances de cumprimento espontâneo do que foi decidido; a possibilidade de sigilo, o que, no entanto, só é uma vantagem nas arbitragens privadas; a irrecorribilidade das decisões arbitrais, tal como obrigatoriamente acontece no Brasil e, como regra, acontece em Portugal; a possibilidade do julgamento se dar por equidade, o que também só é uma vantagem das arbitragens privadas; o empoderamento das partes do procedimento arbitral.

42-Como primeira desvantagem da arbitragem temos a ausência do “ius imperi”, ou seja, a impossibilidade de o árbitro executar as próprias decisões, o que, no nosso entendimento, não tira o caráter jurisdicional do procedimento arbitral, porém gera o incomodo do julgamento se dar por uma

pessoa ou entidade e a execução ter que ser feita por uma instituição que não participou do julgamento. Outra desvantagem da arbitragem seria uma possível potencialização de eventual desequilíbrio existente entre as partes em face da ausência do Estado encabeçando o julgamento. As desvantagens, no entanto, quando desassociadas de outros fatores dificultadores, não nos parecem diminuir a possibilidade de a arbitragem ser uma boa opção, inclusive nas lides envolvendo o Poder Público, a depender das peculiaridades de cada caso concreto;

43-A partir do momento no qual as partes optam previamente pela arbitragem, elas se vinculam ao que foi pactuado, seja pela teoria do “pacta sunt servanda” seja pela teoria do “venire contra factum proprium”, que está vinculada ao princípio da confiança;

44-No Brasil, qualquer pessoa capaz pode ser árbitra, podendo ser mais de uma pessoa e, sendo possível, dentro das nossas conclusões, ser escolhida uma pessoa jurídica para exercer a função de árbitro, sendo importante frisar, no entanto, não existir unanimidade na doutrina brasileira quanto ao último ponto. Em Portugal, podem exercer a função de árbitro as pessoas singulares capazes, não sendo possível, por expressa vedação legal, o exercício da função por uma pessoa jurídica, podendo, por outro lado, a função ser exercida, tal como no Brasil, por mais de um árbitro, possibilidade na qual reputamos como interessante para a feitura de uma melhor decisão;

45-No Brasil a arbitragem é facultativa em quase todas as situações, só sendo encontrada uma hipótese na legislação brasileira na qual ela é obrigatória, que é na relicitação nos contratos públicos de parcerias nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Em Portugal, a arbitragem é, como regra, facultativa, sendo obrigatória em algumas situações previstas em lei, sendo o caso das demandas desportivas e das concessões rodoviárias. Entendemos que as referidas obrigatoriedades são inconstitucionais e não estão em consonância com a essência do instituto da arbitragem, porém esse não é o entendimento da jurisprudência portuguesa;

46-Em Portugal, a arbitragem pode ser de Direito ou de equidade; no Brasil a arbitragem pode ser de Direito, de equidade, com base nos usos e nos costumes, nos princípios gerais do Direito e nas regras internacionais de comércio. Tanto no Brasil como em Portugal, no entanto, em se tratando de uma arbitragem com a presença da Administração Pública, não é possível o julgamento por equidade;

47-No Brasil, a arbitragem é irrecorrível. Em Portugal, no entanto, ela é como regra irrecorrível, porém é possível que as partes optem pela possibilidade de recurso, sendo o recurso obrigatório nas arbitragens administrativas cujo objeto ultrapasse €500.000 (quinhentos mil euros), hipótese na qual, no nosso ponto de vista, acaba se descaracterizando a própria natureza do procedimento arbitral e que pode acabar desestimulando os particulares a optarem pelo procedimento da arbitragem nas lides com

a presença do Poder Público, além de também acabar afastando investidores estrangeiros. No entanto, para os administradores públicos a referida obrigatoriedade de recurso pode passar mais segurança para a feitura de convenções arbitrais. No mais, em Portugal é, independentemente de manifestação na convenção ou no termo de arbitragem, possível a interposição de recursos para o Tribunal Constitucional, para o Supremo Tribunal Administrativo, o Recurso de Revista e, em algumas situações e a depender da matéria, para os Tribunais de Relação e para o Tribunal Central Administrativo. No Brasil é possível, no nosso entendimento, o ajuizamento de Reclamação, porém essa última não tem natureza recursal e sim de ação autônoma. Por fim, achamos razoável o entendimento de ser cabível recurso especificamente nas arbitragens obrigatórias.

48-Caso exista algum vício em um procedimento arbitral, é possível o ajuizamento de uma ação de nulidade perante o Poder Judiciário local tanto no Brasil como em Portugal, o que concluímos ser ponto essencial para se caracterizar a inexistência de ofensa ao princípio do direito ao acesso ao judiciário quando se opta pela arbitragem.

49-Tanto a legislação brasileira como a legislação portuguesa preveem os casos nos quais é possível o pedido de nulidade de uma decisão arbitral. Entendemos, no entanto, que deve ser dada a interpretação mais ampliativa possível, uma vez que uma arbitragem deve ser realizada sem a existência de qualquer vício. O ajuizamento da ação de nulidade não suspende por si só a possibilidade de execução na sentença arbitral já proferida, o que só vai acontecer se for proferida decisão liminar na ação anulatória suspendendo a execução do título judicial formado pela sentença arbitral;

50-Declarada a nulidade do procedimento arbitral, não caberá ao juiz togado proferir nova decisão sobre o mérito da causa original substituindo a decisão do árbitro e sim determinar que seja proferida nova decisão arbitral sem a existência do referido vício, salvo se esse último se deu justamente no ato de vontade em optar pelo procedimento arbitral, situação na qual qualquer das partes poderá ajuizar uma outra ação judicial para discutir o objeto inicial do litígio;

51-Tanto Portugal como o Brasil adotaram o princípio da competência-competência (“kompetenz-kompetenz”), cabendo ao próprio árbitro decidir acerca da sua competência. Entretanto, a adoção do referido princípio não impede a rediscussão da questão perante o Poder Judiciário caso exista alguma nulidade, gerando o princípio da competência-competência, em verdade, uma ordem de preferência: primeiro o árbitro decide e, um segundo momento, a parte pode vir a discutir a questão por intermédio de uma ação de nulidade ajuizada perante o Poder Judiciário.

52-No Brasil não há o que se falar em participação do Ministério Público na arbitragem, é possível a referida instituição, no entanto, entrar com eventual ação anulatória. Em Portugal, no entanto,

entendemos que o Ministério Público deve ser intimado das decisões arbitrais que caibam recurso para o Tribunal Constitucional;

53-Atualmente a legislação brasileira é clara ao dar o poder ao árbitro de proferir decisão cautelar no decorrer do processo arbitral, devendo a referida possibilidade ser estendida para a concessão de tutela antecipada. Em Portugal, também é possível ao árbitro conceder a tutela cautelar, tenha a mesma natureza cautelar propriamente, antecipatória ou conservatória. No mais, tanto no Brasil como em Portugal é possível ao juiz togado proferir liminar antes de iniciado o procedimento arbitral, porém o árbitro poderá em ambos os Estados revogar a dita decisão quando iniciado o procedimento arbitral. Após iniciado o procedimento arbitral no Brasil, apenas o árbitro poderá proferir decisão cautelar (ou antecipatória), porém em Portugal o juiz togado continua com esse poder mesmo já iniciada a arbitragem, existindo, dessa forma, uma concorrência entre o Poder Judiciário e o árbitro, mas com prevalência para esse último, o que, dentro das nossas conclusões, entendemos como não razoável, situação que nos faz considerar a legislação brasileira mais avançada no referido ponto.

54-O árbitro não pode julgar apenas parte dos pedidos, ou seja, não pode julgar de forma "citra petita". Entretanto, deve haver soluções para caso ele haja dessa forma. No Brasil, a legislação expressamente prevê a possibilidade de o prejudicado instar o Poder Judiciário para que esse determine ao árbitro a complementação da decisão. Além disso, é possível o complemento se dar por meio de pedido de esclarecimento feito ao próprio árbitro. Em Portugal, a legislação prevê a possibilidade de um pedido de nulidade perante o Poder Judiciário no caso de uma sentença arbitral parcial. Entretanto, entendemos que não será o caso de anular a decisão arbitral, mas tão-somente de a complementar quando assim for o suficiente para suprir o vício. Ademais, em Portugal a parte interessada também pode pedir ao próprio árbitro que complemente a decisão parcial. Por fim, em Portugal é possível as partes estipularem a impossibilidade de uma sentença arbitral complementar, o que deve ser respeitado, salvo, no nosso entendimento, se, na prática, a omissão do árbitro implicar em inexistência de uma sentença arbitral;

55-Os árbitros devem ser responsáveis pelos danos que causarem no exercício da função, mormente quando agirem como dolo ou culpa. Sendo o árbitro pessoa jurídica, tal como defendemos ser possível acontecer no Brasil, será dessa última a responsabilidade pelos danos causados, sem prejuízo da ação de regresso em desfavor das pessoas físicas responsáveis. Quando for o caso de uma entidade arbitral indicar o árbitro responsável pelo julgamento, entendemos ser desse último, a priori, a responsabilidade, sem prejuízo da entidade responder solidariamente ou subsidiariamente quando não agir com zelo na sua indicação;

56-Não há o que se falar dentro da arbitragem na diferenciação entre jurisdição una e jurisdição dual, pois a referida diferenciação se dá exclusivamente para a jurisdição estatal e não para a jurisdição privada, sendo a arbitragem um sistema próprio, autônomo ao Poder Judiciário. Entretanto, o sistema de jurisdição adotado em cada Estado será relevante quando, diante de um procedimento arbitral, houver a necessidade de cooperação do Poder Judiciário, como, por exemplo, no caso de nulidade; no caso de execução das decisões do árbitro ou, ainda, no caso específico de Portugal, quando houver recurso. Assim, no Brasil as partes da arbitragem, quando possível e necessário, sempre irão procurar Poder Judiciário comum caso tenha a presença do Poder Público ou não na arbitragem. Em Portugal, por outro lado, caso a arbitragem tenha a presença do Poder Público, será o caso de se procurar a Justiça Administrativa e Fiscal portuguesa.

57-Existem nas Parceria Público-Privada litígios entre o Poder Público e o parceiro privado, como a discussão sobre qual é o valor da indenização devida quando da extinção do contrato de Parceria Público-Privada, bem como discussões sobre a possibilidade de extinção do contrato quando se tiver como fundamentação um ato praticado pelo parceiro privado. Existem também os litígios na fase pré-contratual, como as discussões sobre a inabilitação de uma concorrente ou sobre a ausência de adjudicação. Também é possível a existência de discussões sobre o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de uma causa superveniente, bem como em virtude dos valores envolvidos nas renegociações das Parcerias antigas. Por fim, também podem existir litígios decorrente dos danos causados aos usuários e aos não usuários no decorrer da realização da obra ou da prestação do serviço.

58-Nosso entendimento é de que tanto em Portugal como no Brasil é possível na atualidade o uso da arbitragem com a presença do Poder Público, inclusive nas Parcerias Público-Privadas, o que está em consonância com o interesse público primário a depender das peculiaridades de cada caso concreto. A referida conclusão está de acordo com os princípios que regem a Administração Pública e tem respaldo da jurisprudência brasileira e lusitana;

59-Entendemos que a preocupação com uma possível influência do Poder Econômico nas decisões e o risco da captura do árbitro pelo mercado podem ser contornadas com a adoção de algumas cautelas pelo Poder Público no momento de optar pelo procedimento arbitral;

60-A confidencialidade é uma faculdade das partes e não uma obrigatoriedade, devendo tanto no Brasil como em Portugal a arbitragem com a presença do Poder Público ser, como regra, pública;

61-Apesar da existência de entendimentos doutrinários em sentido contrário, entendemos que o princípio da legalidade não é um óbice para o uso da arbitragem pelo Poder Público, em primeiro lugar

porque tanto a legislação brasileira como a portuguesa preveem o uso do instituto e, em segundo lugar, porque hoje devemos dar um sentido amplo ao princípio da legalidade e falar na existência, em verdade, do princípio da juridicidade, abarcando também o respeito aos princípios que regem a Administração Pública, que estão em plena consonância com a arbitragem;

62-Também entendemos não existir na arbitragem voluntária realizada pela Administração Pública ofensa ao princípio do acesso ao Judiciário, justamente por se tratar de uma escolha do próprio Poder Público. No caso da arbitragem obrigatória, entendemos, no entanto, existir a dita inconstitucionalidade, o que, por outro lado, não diminui as vantagens da adoção do referido procedimento;

63-As vantagens do uso da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, como uma maior celeridade; uma maior flexibilidade passível de gerar uma adaptação às peculiaridades da Administração Pública; um possível melhor custo-benefício ou a possibilidade de servir como solução a questão da “moral hazard”; vão depender das peculiaridades de cada caso concreto, assim como dependerão de algumas cautelas que deverão ser tomadas pelos administradores em cada contrato público de PPP realizado;

64-Uma das cautelas que devem ser tomadas no momento de se optar pela arbitragem nas Parcerias Público-Privadas é o respeito aos princípios que regem a Administração Pública, em especial os seguintes princípios: o da indisponibilidade do interesse público, o da legitimidade, o da proporcionalidade e o da supremacia do interesse público em seu aspecto primário;

65-Outra cautela a ser tomada é fazer uma convenção de arbitragem com cuidado e extremamente clara para que o árbitro não precise ser instado para a esclarecer nem o Poder Judiciário precise ser chamado para decretar eventual nulidade;

66-Quando houver uma ofensa aos princípios da Administração Pública em um procedimento arbitral brasileiro ou em um procedimento arbitral português irrecorrível, será o caso de nulidade do referido procedimento por ofensa a outro princípio da Administração Pública, qual seja: o da juridicidade. A nulidade deverá ser decretada por ação própria a ser interposta perante o Poder Judiciário, não havendo o que se falar na arbitragem do uso da ação rescisória prevista na legislação brasileira nem no uso da revisão prevista na legislação portuguesa devido ao fato de que os referidos meios de impugnação são exclusivos para as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, ainda que a ação anulatória da arbitragem se aproxime, em sua função, das referidas espécies de impugnações judiciais;

67-Havendo uma convenção de arbitragem e salvo estipulação em sentido contrário das partes envolvidas, será função do árbitro dirimir as dúvidas que surgirem acerca da interpretação do contrato de Parceria Público-Privada, bem como da própria convenção de arbitragem. No entanto, o contrato da

PPP e a convenção de arbitragem devem ser realizados com extrema clareza e cautela para dar o mínimo de margem de dúvida possível;

68-Em uma arbitragem em um contrato de Parceria Público-Privada também devem ser tomadas cautelas para evitar a prevalência dos direitos econômicos em relação aos interesses públicos primários. Assim, a primeira medida a ser tomada nesse sentido é a escolha de um árbitro ou entidade arbitral de confiança, de preferência com experiência em arbitragens com a presença da Administração Pública. Também se faz importante a busca de uma contraprestação atraente para o árbitro e que não onere demasiadamente nem o parceiro privado nem o parceiro público;

69-Como forma de garantir a escolha de um bom árbitro ou de uma boa entidade arbitral, o contrato público de Parcerias Público-Privada e o instrumento convocatório (edital ou anúncio) da seleção pública que o antecede deverá trazer de forma objetiva balizas mínimas para a escolha da pessoa responsável pela arbitragem e que deverão ser obedecidas sob pena de uma nulidade a ser decretada em ação própria perante o Poder Judiciário, não podendo a escolha do árbitro ou entidade arbitral acontecer de forma livre pelo administrador público;

70-O árbitro também possui, tal como os juízes togados, independência para o exercício de suas funções conferida pelas próprias partes na convenção de arbitragem, bem como pelas próprias legislações brasileiras e portuguesas, estando o árbitro atrelado apenas a essas últimas, bem como a sua própria consciência;

71-Tendo em vista o princípio da publicidade regedor da Administração Pública, essa última deve não apenas afastar a confidencialidade da arbitragem, mas também dar o máximo de transparência possível a todas as etapas do procedimento arbitral, a começar pela ato administrativo responsável pela escolha da referida forma de resolução de conflito, que deve ser devidamente fundamentado, passando também pelo ato de escolha do árbitro, efetivamente permitindo o controle dos órgãos responsáveis e da própria sociedade do julgamento a vir a ser realizado e possibilitando a responsabilidade do Poder Público pelos atos praticados no decorrer do procedimento arbitral. Sendo a referida medida também importante para viabilizar a existência de precedentes jurisprudenciais das decisões arbitrais. Desse modo, deve haver mecanismos virtuais ou presenciais aptos para se acessar os procedimentos de arbitragem com a presença do Poder Público, salvo nos casos em que o sigilo seja essencial em prol do interesse público até mesmo nos processos realizados perante o Poder Judiciário. Outrossim, entendemos que a publicidade da arbitragem administrativa é uma obrigação tanto do Poder Público como da entidade ou pessoa responsável pela arbitragem;

72-Consideramos como preferível a previsão da arbitragem nos instrumentos convocatórios de licitações públicas no Brasil e dos procedimentos adjudicatórios em Portugal que antecedem os contratos de Parceria Público-Privada como forma de dar uma maior legitimidade ao procedimento arbitral, bem como por ser uma medida importante para atrair mais empresas privadas interessadas em contratar com o Poder Público e em colaborar com a busca da melhor proposta. Entretanto, não encontramos qualquer óbice jurídico nem em Portugal nem no Brasil para que a convenção de arbitragem só seja firmada durante a feitura do contrato público ou até mesmo apenas quando surgir o litígio;

73-A arbitragem pré-contratual está expressamente prevista na legislação Portuguesa. No Brasil não existe previsão legal nesse sentido, mas entendemos que ela é juridicamente possível desde que no caso concreto se consiga a aceitação das partes envolvidas no litígio;

74-Quando o Poder Público prevê a arbitragem nos editais que antecedem as licitações no Brasil e os procedimentos adjudicatórios em Portugal, o adjudicatário acaba sendo obrigado a participar do procedimento arbitral. Entretanto, não encontramos qualquer vício na referida situação, uma vez que ninguém é obrigado a contratar com o Poder Público e entendemos que a referida situação não é diferente da negociação entre pessoas privadas na qual uma das partes só aceita firmar o compromisso caso exista a previsão da arbitragem;

75-Defenir previamente quais matérias serão objeto da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas é questão essencial para se evitar questionamentos futuros quando do momento da realização da arbitragem. Na arbitragem apenas com os particulares a presente questão é mais simples, porém na arbitragem com a presença do Poder Público a referida cautela ganha contornos mais relevantes devido ao fato da arbitragem só ser possível de ser realizada com direitos disponíveis e que sejam patrimoniais, não podendo o árbitro adentrar no mérito dos atos administrativos, apesar de poder analisar os elementos vinculados dos atos discricionário, bem como a conformidade dos mesmos com as leis e com os princípios da Administração Pública. Desse modo, com fito de sanar dúvidas, é extremamente relevante a previsão no contrato público de PPP acerca de quais matérias ficarão na alçada do Poder Judiciário e quais efetivamente serão arbitráveis;

76-O fato do príncipe e o fato da administração são questões que poderão ser objeto de uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada tanto no Brasil como em Portugal porque a discussão envolve apenas aspectos meramente patrimoniais, tal como acontece com a busca da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de um fato novo, também podendo ser objeto da arbitragem a existência ou não de danos emergentes e lucros cessantes, bem como a obrigação do

Poder Público arcar com o pagamento de obrigações complementares realizadas pelo parceiro privado em prol do interesse público;

77-No caso de existir no contrato de Parcerias Público-Privada a previsão das matérias objeto da arbitragem e a referida delimitação não for obedecida, será o caso de nulidade a ser decretada pelo Poder Judiciário da parte da decisão que extrapolou as matérias ditas como arbitráveis, o mesmo acontecerá em caso de desrespeito aos limites dados pelos ordenamentos jurídicos;

78-O local ideal para se definir quais as matérias serão objeto da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas é, no nosso entendimento, no instrumento convocatório da licitação ou do procedimento adjudicatório que antecede a feitura do contrato público de PPP. Entretanto, não haverá qualquer nulidade caso a dita delimitação se dê apenas no momento da feitura do contrato ou, até mesmo, apenas quando surgir o litígio. Além disso, ainda que não haja a dita delimitação, será o caso também de nulidade do procedimento arbitral o fato do árbitro adentrar em matérias privativas de juízo de valor por parte dos administradores públicos;

79-Em Portugal, a legislação prevê expressamente que a contratação de um árbitro para julgar um litígio em uma Parceria Público-Privada é um caso de ajuste direto de contratação pública. No Brasil, no entanto, não há previsão legal nesse sentido, o que acaba vindo a gerar discussões doutrinárias em virtude da importância da realização da licitação para garantir um melhor preço e para dar igual oportunidade a todos os interessados, porém entendemos se tratar de um caso de inexigibilidade de licitação devido ao fato de não ser razoável a realização de um procedimento licitatório tendo em vista a necessidade de se escolher alguém de confiança das partes envolvidas e com uma notória especialização. Naturalmente, tanto em Portugal como no Brasil o ato administrativo de escolha do árbitro deve ser devidamente fundamentado e a contratação deve se dar por valores compatíveis com o mercado;

80-Não é possível ao árbitro delegar a atribuição de julgar o litígio que recebeu das partes interessadas, tendo em vista que a atividade arbitral é “intuitu personae”, principalmente em se tratando de uma arbitragem administrativa. Entretanto, é importante, por cautela, prever na convenção de arbitragem realizada em uma Parceria Público-Privada a dita impossibilidade;

81-Entendemos não ser possível a escolha do árbitro acontecer de forma unilateral no instrumento convocatório da seleção pública que antecede a contratação, sendo o contrato de Parceria Público-Privada o momento ideal para se decidir quem será o responsável pela arbitragem, não existindo, no entanto, qualquer óbice para a escolha em outro momento a posteriori, inclusive apenas quando surgir o litígio. Em sendo o árbitro definido no contrato, é recomendável a previsão da troca do árbitro no caso

do seu falecimento ou da existência de qualquer motivo passível de não o tornar mais apto para o exercício da função arbitral;

82-Um problema que pode surgir em uma arbitragem realizada em uma Parceria Público-Privada é a possibilidade de um litígio de apenas um ponto específico acabar vindo por atrasar toda uma obra pública e, em consequência, o início da prestação do serviço. Uma solução para a referida problemática seria estipular que a arbitragem só seria utilizada para os litígios que surgirem após o fim da obra, porém a referida opção pode acabar levando as questões incidentais para o Poder Judiciário e atrasando a obra da mesma forma. Desse modo, a adoção da cláusula “med-arb” pode ser uma opção, procurando se tentar resolver as questões incidentais, por exemplo, pela mediação e as questões finais pela arbitragem. A opção pela “Dispute Boards”, por meio a escolha de pareceristas para acompanharem o contrato, normalmente com formação em Direito e engenharia, também é uma possibilidade interessante, tal como a previsão de um árbitro de emergência. Outra possibilidade seria a utilização no decorrer de um contrato das figuras da Junta de Resolução de Disputas ou da figura do “Amigable Componedor” previsto na legislação peruana;

83-Apesar de o CAAD em Portugal ter uma tabela de honorários relativamente baixa, não há como afirmar ser a regra no Brasil e em Portugal o procedimento de arbitragem ser menos custoso do que um processo judicial. Entretanto, a depender das peculiaridades do caso concreto, é possível existir na opção pela arbitragem um melhor custo-benefício, principalmente em uma arbitragem envolvendo o Poder Público, tal como acontece nas Parcerias Público-Privadas. No mais, a simples opção pela arbitragem pode vir a ser um fator para diminuir o valor de um contrato em uma Parceria Público-Privado, tendo em vista a existência especificamente no meio empresarial do entendimento de que a arbitragem é uma forma de resolução de conflitos mais confiável do que a realizada pelo Poder Judiciário, o que diminui os riscos e, em consequência, os custos. Desse modo, a opção pela arbitragem acaba atraindo mais investidores;

84-Entendemos não ser possível a utilização do financiamento de terceiros (“third party funding”) nas arbitragens com a presença do Poder Público, em virtude dos princípios da legalidade para a Administração Pública e da indisponibilidade do interesse público;

85-Como forma de diminuir os custos iniciais para o Poder Público em uma arbitragem, é possível ser estipulado em um contrato público ser uma obrigação do parceiro privado o adiantamento das custas arbitrais, só cabendo ao Poder Público pagar as mesmas ao final caso saia vencido da demanda;

86- Na execução/cumprimento de uma sentença arbitral o Poder Público terá, no nosso entendimento, as mesmas benesses existentes nas legislações brasileiras e portuguesas na execução de um título judicial;

87-Uma das principais cautelas que deve ser tomada na arbitragem em uma Parceria Público-Privada é a escolha de uma entidade ou de uma pessoa de confiança para proferir a decisão arbitral, preferencialmente, ainda que não obrigatoriamente, alguém especializado em arbitragens administrativas. Outra cautela importante a ser tomada é procurar analisar se a entidade ou pessoa a ser escolhida não está sujeita à influência de interesses econômicos, o que pode ser feito analisando as últimas decisões proferidas, averiguando estatisticamente se existe alguma pendência para o julgamento favorecendo algumas das partes, tal como como foi feito nesta tese doutoral em relação ao CAAD, onde se constatou não existir uma preferência em suas decisões em favorecer interesses econômicos em detrimento dos interesses públicos;

88-Outro cuidado a ser tomado quando diante de uma arbitragem em uma Parceria Público-Privada com fito de evitar nulidades é a realização da arbitragem pela autoridade competente prevista em lei ou regulamento por meio de aceitação expressa. No Brasil, por se tratar de um Estado Federado, a autoridade competente deverá ser prevista em lei de cada ente político, sendo do Advogado-Geral da União em se tratando de uma arbitragem realizada no âmbito federal. Em Portugal, por ser um Estado Unitário, o Código de Processo nos tribunais administrativos prevê as autoridades competentes, no caso o representante do Governo responsável em razão da matéria ou o presidente do órgão competente em se tratando das outras pessoas coletivas de direito público ou, ainda, o representante do governo regional ou o representante do órgão autárquico que possua competência executiva;

89-Para a arbitragem ter validade perante terceiros, urge a necessidade de que esses últimos expressamente aceitem se submeterem aos termos pactuados na convenção de arbitragem;

90-Como forma de evitar conluios entre o árbitro e de evitar o uso da arbitragem com fito de se buscar validar atos ilícitos praticados pelo parceiro privado e/ou agentes públicos, importante se faz ampliar o controle interno e externo das arbitragens nas Parcerias Público-Privadas, especificamente no que tange o procedimento para a escolha da referida forma de resolução de conflitos nas lides envolvendo o Poder Público. A ampliação do dito controle pode ser realizada por meio da aceitação no procedimento arbitral da figura do “amicus curiae”. No mais, Portugal prevê a obrigatoriedade de se comunicar para a autoridade devida sempre que for constituído um tribunal arbitral para que possa haver o devido acompanhamento, o que entendemos também dever acontecer no Brasil.

91- No Brasil é pacífico que a responsabilização do Poder Público nas delegações de serviço público é subsidiária condicionada, ou seja, a responsabilidade direta é da delegatária, só sendo o Estado chamado a responder no caso de insolvência da empresa responsável pela prestação do serviço público. Em Portugal, ainda que exista uma diferença na forma como o Estado responde civilmente no que tange a sua relação com os seus agentes e ao grau de culpa ou dolo desses últimos, entendemos que no caso de delegação da prestação do serviço público a responsabilidade direta também é da delegatária, tendo em vista que essa última assume a prestação do serviço público por sua conta e risco ainda que sob a fiscalização do Estado. Todas essas questões, no entanto, são arbitráveis.

92-O Estado só será chamado no Brasil a responder por um dano causado em decorrência da execução de uma obra pública realizada por uma entidade privada no caso de insolvência dessa última. Em Portugal, a responsabilização em decorrência da execução de uma obra pública acontece da mesma forma que no Brasil com a lei sendo ainda mais clara acerca do fato do Poder Público só ser chamado para se responsabilizar pelo dano causado no decorrer da execução por uma entidade particular quando ficar caracterizado que essa última efetivamente não tinha condições de arcar por meio dos seus bens com o valor da indenização, da mesma forma acontece quando a obra é mal executada, cabendo, como regra, ao responsável por fazer a obra se responsabilizar pela má execução. Entretanto, quando o particular é chamado apenas para auxiliar o Poder Público, a responsabilidade civil continua sendo desse último. Todas essas questões também são arbitráveis;

93-No caso de uma ação de responsabilidade civil em decorrência de um dano causado no cumprimento de um contrato de Parceria Público-Privada, o particular lesado só será obrigado a se submeter ao procedimento arbitral caso anua com a referida possibilidade, sendo uma cautela necessária a ser tomada pelos parceiros público e privado buscar o referido particular para tentar firmar com ele um compromisso arbitral;

94-Diante de tudo que foi acima aludido, nossa conclusão final é a de ser possível o sucesso da realização da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas tanto em Portugal como no Brasil, desde que tomadas todas as cautelas mencionadas no decorrer da presente investigação por todos os envolvidos no procedimento, medidas essenciais para aumentar a credibilidade da referida forma de resolução dos conflitos e para se criar a cultura de desjudicialização na esfera administrativa.

REFERÊNCIAS

- ABECASIS, Duarte; FREITAS, Vilhena Lourenço - O anteprojeto CPTA em sede de arbitragem e o recurso à equidade e à lei estrangeira, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 36-45.
- ABREU, Cilair Rodrigues de - *Orçamento Público: uma análise das transformações dos instrumentos para a formulação de políticas públicas de investimento em infraestrutura*, Tese de doutoramento, Universidade Brasília: Brasília, 2014.
- ACCIOLY, João Pedro - Arbitragem e Administração Pública: um panorama global, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.01-31. Disponível em www.revistas.usp.br/rdda.
- AGRA, Walber Moura - *Curso de Direito Constitucional*, 9ªed, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- AGUILLAR, Fernando Herren - *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad. 1999.
- AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz – *O conflito e a construção do Estado do Timor-Leste*, Marília: Oficina Universitária, 2019.
- AKITOBY, Bernardin, HEMMIN, Richard e SCHWARTZP, Gerd - *Inversión pública y asociaciones público-privadas*, Washington: Fundo Monetário Internacional, 2007.
- ALBORTA, Guillermo R; STEVENSON, Claudia; TRIANA, Sergio - *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: una visión hacia el futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo, División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF), Documento de debate # IDB-DP-195 2011, Washington, 2011.
- ALBUQUERQUE, Nuno - Os métodos de resolução extra-judicial em ambiente eletrônico. In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.345-359.
- ALEXY, Robert - Princípios, formais e aplicação do Direito, In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica - *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp.3-25.
- _____ - *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ªed, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALMEIDA, João Amaral; SÁNCHEZ, Pedro Fernandes - *Temas de Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.Tomo I.

ALMEIDA, Jorge - Novos contextos organizacionais: O caso da administração e gestão da justiça, *Atas do Vº Congresso Português de Sociologia*, Braga, 2004. Disponível em <https://aps.pt/pt/pt/atas-v-congresso/>. pp.26-34.

ALMEIDA, Mário Aroso - Breves apontamentos sobre a arbitragem de Direito Administrativo em Portugal, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.49-64.

_____ - *O problema do Contrato Administrativo no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Público Revisto*, Coimbra: Almedina, 2018

ALMEIDA, Tânia - Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. pp.85-94.

ÁLVARES, Gladys Stella - Ser um mestre em mediação? In SOUZA, Luciana de Moessa. 2ªed, *Mediação de Conflitos* Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.95-104.

ALVES, Patrícia Pinto - A responsabilidade extracontratual do Estado por ato administrativo no ordenamento jurídico Português: uma tripla perspectiva do regime da responsabilidade delitual, pelo risco e por fato lícito, *Revista de Direito de Viçosa*, V11, N1, (2019), 387-416.

_____ - *Responsabilidade o Estado Por imposição do sacrifício*, Porto: Bookline, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira - Justiça: acesso e descesso, *Revista Jus Navigandi*, Ano 8, N 65 (2003), p.1-3. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/4078>.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do - Distinção entre usuário de serviço público e consumidor, *Revista de Direito Administrativo*, V 225 (2001), pp.217-219. Disponível na em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47574>.

AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Vol.1., 4ªed, Coimbra: Almedina, 2018.

_____ - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 2, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2003

_____; TORRAL, Lino - *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, Almedina: Coimbra, 2002.

AMARAL, Paulo Osternack - Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.333-345.

ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de - *A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade Federal de Minas Gerais.

ANDRADE F., NOVAIS P., CARNEIRO D., NEVES J - Conflict Resolution In Virtual Locations. In I, Portela; M, Cunha - *Information Communication Technology Law, Protection and Access Rights: Global Approaches and Issues*, Pensilvânia: IGI Global, 2010. pp.33-50.

ANDRADE, José Carlos Vieira - *Lições de Direito Administrativo*, 5ªed, Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017

ANTÓNIO, Isa - A fase de formação dos contratos públicos: breves notas sobre o contencioso pré-contratual, *Revista de Direito da Administração Pública*, N 2, V 1 (2019), pp. 232-264.

_____ - *As Parcerias Público-Privadas no setor de saúde: o advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à saúde*, 2013, Tese de doutoramento, Universidade de Compostela.

APARÍCIO, Hugo; A Nulidade nos Contratos Administrativos, In *Católica Law Review*, V4, N1 (2020), pp.43-64.

AQUINO, Fernando Henrique Franco de - Consensualidade administrativa: inovações legais e jurisprudenciais no âmbito da contratação pública, *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, N 12 (2019) pp.119-145.

ARAGÃO, Alexandre Santos - A consensualidade no Direito Administrativo Acordos regulatórios e contratos administrativos, *Revista do Senado*, V 42, N 167 (2005), Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850>. pp.293-310.

_____ - As parcerias público-privadas - ppp's no direito positivo brasileiro, *R. Dir. Adm*, V 240 (2005), pp.105-145. Disponível em <http://bibliotecadigital> <http://bibliotecadigital.2005>.

_____ - *Curso de Direito Administrativo*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência - As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal, *Rev. Adm. Pública*, V 4 (2014), pp.571-593. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7622014000300003

ARAÚJO, Malta Letícia; RODRIGUES, Isabel Araújo - A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos, *Revista do Serviço Público*, V 1 N 6 (2012), pp. 43-62. Disponível em <https://doi.org/10.21874/rsp.v63i1.87>.

ARAÚJO, Sônia; SUTHERLAND, Douglas - Public-Private Partnerships and Investment in Infrastructure, *Economics Department Working Papers - OECD Publishing*, N 803 (2010), pp.1-41. Disponível em <https://doi.org/10.1787/18151973>.

ASENSI, Felipe - Judicialização da Saúde: avanços e desafios, Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2019, Palestra proferida no evento: *Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas – CONIPUB*, 2019.

AROSO, Joana Silva - A arbitragem na contratação pública (O caminho Português e algumas ideias para a lusofonia), In *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*. Braga: NEDIP, 2017. pp.237-249.

ÁVILA, Humberto - *Princípios do Direito Administrativo*, 18ªed, São Paulo: Malheiros, 2018. 18ed, São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Antonio Ivanir Gonçalves - Risco Administrativo - Regime Constitucional e legal em Portugal e no Brasil: as características e o dever de indenizar, *Jornal Jurídico*, V 2 N2, (2019), pp.51-72.

AZEVEDO, Maria Eduarda - As parcerias público-privadas: a evolução do enquadramento jurídico, In FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha - *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

AZEVEDO, Patrícia Anjos; CARNEIRO, Davide Rua - A relevância do portal base, à luz dos princípios fundamentais da contratação pública e do procedimento de formação dos contratos públicos em Portugal, In *Revista Direito*, V29, N2 (2020), pp.9-27. p.11. Disponível em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7144>.

BACELLAR, Roberto Portugal - *Mediação e arbitragem*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2016.

BALDÉ, Alassana Gihad Medonça - *Notas acerca do recurso e da intervenção do Ministério Público na arbitragem administrativa*, Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/notas_acerca_do_recurso_e_intervencao_do_ministerio_publico_na_arbitragem_administrativa_capa.pdf. pp.1-18.

BAAMIR, Abdulrahman Yahya - *Shari'a law in commercial and banking arbitration: law and practice in Saudi Arabia*, New York: Routledge, 2016.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz - O Barão de Rothschild e a questão do Acre, *Rev. bras. Polít. Int*, V 43, N (2000), pp.150-169. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S034-73292000000200007. pp.150-169.

BARON, Leidy; COSTA; Jocilene Costa; JACQUEEs, Maria Alice Prudêncio; FREITAS, Elisabete; FARI, Susana - Identificação das variáveis associadas à infraestrutura rodoviária, à infraestrutura pedonal e ao ambiente construído com influência no número de atropelamentos na zona urbana, *9º Congresso Rodoviário Português*, Lisboa, 2019. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/60868>.

BARROCAS, Manuel Pereira - *Estudos de Direito e Prática Arbitral*, Coimbra: Almedina, 2017

_____, BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*, 2ªed, Coimbra: Almedina. 2013

BARROSO, Luís Roberto - *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 7ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____ - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Revista Thesis*, V 5, N 1 (2012). pp.23-32.

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, 2015.p.81. pp.77-98.

BENETI, Sidnei Agostinho - Arbitragem e tutelas de urgência, *Revista do advogado*, N 87 (2006), pp.100-108. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16043872.pdf>.

BELLOMO, Francesco - *Manuale di Diritto Amministrativo*, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2009.

BENJAMIN, Georges C. - Ensuring health equity during the COVID-19 pandemic: the role of public health infrastructure, *Rev. Panam. Salud. Publica*, V 44, N 70 (2020), pp.1-9. Disponível em <https://scielosp.org/article/rpsp/2020.v44/e70/en/>.

BENNETT, John; IOSSA, Elizabetta - Delegation of Contracting in the Private Provision of Public Services, *Review of Industrial Organization*, N 1, 29.1 (2006), pp.75.92, Disponível em https://www.researchgate.net/publication/5157329_Delegation_of_Contracting_in_the_Private_Provion_of_Public_Services.

BERNDT, ERNST R.; HANSSON, BENGT - Measuring the contribution of public infrastructure capital in Sweden, Trabalho apresentado no Instituto de Pesquisa Socioeconômica e social (IUI), *National Bureau Of Economic Research*, V94 (1991), pp. 151-168. p.152.

BERTS, Randall W - Public Infrastructure and Regional Economic Development. *Economic Review*, V 13, N 24. (1990), pp.15-2, Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/6230055.pdf>.

BESSO, Chiara - La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Periódico da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*. (2010), pp. 248-249. Disponível em www.e-publicacoes.uerj.br. BEZERRA, Paulo César Santos - *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, 2ªed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINEMBOJM, Gustavo - As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição, *Revista de Direito Administrativo*, V 241 (2005), pp.159-175. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/ndex.php/rda/aerticle/view/43332>.

BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*, 17ªed, São Paulo: Malheiros, 2005.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius Armani - Breve análise dos meios alternativos de solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal, In MOREIRA, Júdice Moreira *Et al - Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*, São Paulo: Almedina, 2020. pp.237-258.

BONNAFOUS, Alain - Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé: quelques paradoxes - *Revue française d'économie*, XVII, N 1. (2002), pp.173-194. Disponível em https://www.persee.fr/doc/rfec0_0769-0479_2002_num_17_1_1458.

BOUCKAERT, Geert - Trust and public administration - *Administration*, V 60, N 1 (2012), pp.91-115. Disponível em www.em.iri.kuleuven.be.

BOURDIEU, Pierre - *O poder simbólico*, 2ªed, Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998

_____ - *Sobre o Estado: curso no Collège France. (1989-92)*, Trad. Rosa Freira, São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BORGES, Maria Catarina - *Aplicação da sanção pecuniária compulsória por tribunais arbitrais portugueses*, 2017, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa.

BOVAIRD, Tony - Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice - *International Review of Administrative Sciences*, V 70(2) (2014), pp.199-215. Disponível em <https://journ00208523004044250.pp.199-215>.

BRANDÃO, Luiz. E.T.; SARAIVA, Eduardo C.G - Risco privado em infra-estrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos, *Rev. Adm. Pública*, V 41. N 6. (2007), pp.1035-1067. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6617/5201>.

BRAVO, Bárbara Magalhães Âmbito e limites da arbitrabilidade do ato administrativo. In: FONSECA, Isabel Celeste, *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte*. Braga: NEDip, 2019. pp.33-46.

_____ - A arbitrabilidade do ato administrativo à luz do novo CPTA, *Revista Electrónica de Direito*. N 2 (2006), pp.1-19. Disponível em <http://repositorio.uportu.pt:800/handle/11328/1701>.

BREUS, Thiago Lima - *Contratação Pública Estratégica: o contrato como instrumento de governo e implementação de políticas públicas*, São Paulo: Almedina, 2020.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro - Parcerias Público-Privada: compreendendo o modelo brasileiro, *Revista do Serviço Público*, V 56 (1) (2005), p.7-21. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/214>

BRITO, Wladimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3ªed, Forte da Casa: Petrony, 2018.

_____ - *Teoria Geral do Processo*, Coimbra: Almedina, 2019.

BUENO, Cássio Scarpinela - *Manual de Direito Processual Civil*, 5ªed, Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da - Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de disputas (Colaborative Law): “Mediação sem mediador”, *Revista de Processo*, V 259, N 54 (2016), pp.471-489. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br//xmlui//handle/tjdft/405>.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - O novo regime de arbitragem na contratação pública: artigo 476ª do Código dos Contratos Públicos, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp. 9-15.

CAETANO, Luiz Antunes - *Arbitragem e mediação*, São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José - *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*, 7ªed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CALCARRETA, A. Ruben - *Mediación Estratégica*, Barcelona: Gedisa, 2002. CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago - As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade, In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo - *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2015. pp.299-388.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sai - A conciliação no Brasil e a importância da figura dos juízes leigos para o seu desenvolvimento, *Anais do VI Congresso Internacional UFES/Paris-Est.2017*.

CAMPOS, Adriano João Carlos - *As PPPs e os processos tradicionais de contratação pura: vantagens e desvantagens*, Porto, ISEP, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *CRP-Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora: 2007.

_____ - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed, Coimbra: Almedina: 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARAMELO, Antônio Sampaio - *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora. 2013.

CARMONA, Carlos Alberto - *Arbitragem e Processo: comentários à lei número 9.307/96*, 3ªed, São Paulo: Atlas, 2009.

_____ - As listas de Árbitros, In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe, Guimarães - *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*, 2ªed, São Paulo: Atlas, 2017.

CARMO, Lie Uema - *Contratos de Construção de Grandes Obras*, São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso - A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, V 5, N 2 (2019), pp.1-19. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistasolcoesconflitos/article/view/5875/pdf>

CARVALHAL, Ana Paula Z - A arbitragem administrativa em Portugal, *Revista FMU Direito*, Ano 24, N 33 (2010). pp.1-18.

CARVALHO, Gabriela de - *Arbitragem administrativa brasileira e portuguesa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO, Jorge Morais - A consagração legal da mediação em Portugal, *Revista Julgar*, N 15 (2014), pp.271-289. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>.

CARVALHO, Lucila de Oliveira - Arbitragem e Administração Pública, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático em Direito Administrativo*, 3ªed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp.441-467.

CARVALHO, Matheus - *Manual de Direito Administrativo*, 7ªed, Salvador: Juspodivm, 2020.

CASSAGNE, Juan Carlos - Los Nuevos Paradigmas del Derecho Público, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Íthala, 2016. pp.137-190. p.170.

CASANOVA, Karin Helmimgler; TAMBURRINO, Javier Cruz - Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago. CEJA: 2005. pp.115-125.

CASTELLANOS, José María Díaz - El Arbitraje en Honduras, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago. CEJA:2005. pp.294-303.

CASTILO, Carlos Reynoso - *Los Derechos Humanos Laborales*, Cidade do México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

CASTILHO, Ricardo - *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*, São Paulo: Atlas, 2006.

CASTRO, André Luís Machado. BERNARDES, Márcia Nina - Construindo uma Nova Defensoria Pública. In SOUZA, José Augusto Garcia de - *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008

CASTRO, João Canto e - Uma apreciação geral do regime jurídico geral aplicável à Parcerias Público-Privadas, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, N 14 (2009), pp.151-243.

CATHARINA, Alexandre - A mediação como política pública e sua contribuição para construção de uma nova dimensão do princípio do acesso à justiça, *Direito das Políticas Públicas: revista do programa de pós-graduação em Direito da Unirio*, V 1, N2 (2019), pp.130-147.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz - Considerações sobre a utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (A aplicação da lei N° 13.129/2015). *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. V 8, N 2 (2015), pp.109-137. Disponível em <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/1697/1475>

CAVALCANTI, Ricardo Russell Brandão - *A realização da arbitragem pela Defensoria Pública da União*, Curitiba: Editora CRV, 2020.

_____ - Política Pública de transporte individual de passageiros: Uber X Taxi. In SALLES, Denise N.N; SILVA, Rogério Borba; TREMEL, Rosângela; PEREIRA, Thiago Rodrigues, *Perspectivas sobre Políticas Públicas*, Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021. pp.19-30.

CAVALEIRO, Vasco - Mediação: as novas fronteiras na resolução de conflitos laborais públicos, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.157-173.

CAZZARO, Kleber; PEREIRA, Jailson - *O instituto da arbitragem no Brasil e na Espanha: comparações legislativas*, V 28, N 1 (2014), pp.49-72. Disponível em <https://doi.org/10.5335/rjd28il.4830>

CÊA, Georgia Sobreira dos Santos – Parceria Público-Privada e hipertrofia do mercado da educação, *Revista Germinal*, V13, N1 (2021).

CERASOLI, Josianne Francia - *Modernização no Plural: obras pública, tensões sociais e cidadania em São Paulo na passagem dos séculos XIX para XX*, Tese de doutoramento, Universidade estadual de Campinas, 2004.

CEVALOS, Luis Antônio Acilvar - *La asociación público-privada en el Gobierno Autónomo descentralizado del Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí como alternativa en la ejecución de obra pública y/o prestación de servicios*, 2020, Trabalho de titulação, Universidade de Guayaquil, Guayaquil.

CHEVALLIER, Jacques - *O serviço público*, Trad. Augusto Dal Pozzo e Ricardo Martins, Belo Horizonte, 2017.

CHIARLONI, Sérgio - Sempre aperto in cantiere dele riforme del processo civile: primie riflessione su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistida ex lege 162 del 2014, *Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais*, V 224 (2015), pp.443-460.

CIPOLLONE, Ângela; GIORDANI, Paolo E - Le infrastrutture di trasporto: una valutazione dell'Italia all'uscita dalla "grande recessione", *Rivista Scientifica della Società Italiana di Economia dei Trasporti e della Logistica*, N 2 (2016), pp.1-18. Disponível em <http://www.sietitalia.org>.

CLEMENTE, Pedro - Polícia e segurança: breves notas - Política Internacional e Segurança, *Repositório da Universidade Lusíada*, (2010), pp. 139/169. Disponível em <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/1067/1005>.

CLETER, Glicéria Martins; FIGUEIREDO, Tito Lívio - Comunicação não-violenta (CNV), a mediação escolar, e justiça restaurativa: um caminho adequado para se construir a cultura da paz nas escolas e na sociedade, In RODRIGUES, Alexnaldo Teixeira *Et al* - *Educação e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. pp.178-199.

CÓLIN, Frédéric - L'Évolution des invariants ou les paradoxes du droit administratif français, In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo: transformações e tendências*. Coimbra: Almedina, 2014. pp.123-144.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA DO BRASIL, Resolução nº 125/2010, DJE/CNL 219 (29.11.10).

CONSTANZO, Danirla - Ajuste urbano integrado: o caso da linha 4 – amarela do metrô de São Paulo, *Revista do Programa Pós-Grad. Arquit. Urban, FAUUSP*, V2 7, N 50 (2020), pp.1-16. Disponível em <http://www.periodicos.usp.br/posfau/article/view/151871/160894>. pp.1-16.

CONVERSO, Ângelo - La mediazione conciliativa: criticità e contraddizioni. Consumatori, Diritti e mercato, *Revista Focus*, N 3 (2011), pp.50-62. Disponível em <http://www.consumatoridirittimercatp.op/2011/12/2011-3-La-mediazioneconciliamediazioneconciliativa.pdf>

CORREIA, José Manuel Sérvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2020.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro *Et al* - A evolução do conceito de serviço público no contexto das mudanças de estado e concessões político-administrativas: uma visão aglutinadora, *Revista FAE*, V23, N1 (2020), pp.45-64.

_____ ; LOPES, Joana Raquel Santos - A identificação das dimensões da gestão da qualidade na reforma dos sistemas judiciais, O caso dos tribunais portugueses, *Revista Lex Humana*, V 10, N 2 (2018), pp.60-68. Disponível em <http://200.156.15.185/seer/index.php/LexHumana/article/view/view/11595/726>.

COSTA, Alexander Seixas da; LIMA, Jerônimo Santos - Online dispute resolution (odr) na administração pública: desafios e oportunidades, In HANSEN, Gilvan Luiz; FERNANDES, Cristiane de SouzaStevens; STEVANS, Felipe Fernandes de Souza - *Jornadas sobre ética, justiça e gestão institucional*, Vol. 5, Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação: Niterói, 2019. pp.284-285.

COSTA, Elisabete pinto da - A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada, In OLIVEIRA, António Cândido PIRES, César - *O Estado da Justiça*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas.2017. pp.75-107

COSTA, Guilherme Recena - *Partes e Terceiros na Arbitragem*, 2015, Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

COSTA, José Augusto Fontoura - *Investidores brasileiros e arbitragem internacional*, V 4, N 6. Rio de Janeiro: Pontes/ FGV, 2008

_____ - Sobre luzes e sombras: arbitragem, *Revista CEJ*, N 48 (2010), pp.110-117.

COSTA, Nilton César Antunes da Costa - *Poderes do árbitro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CORDEIRO, Silvério dos Santos Brunhoso - *Estruturas Organizacionais Emergentes de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga.

CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Eler - O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral, *Rev. Fac. Direito*, N 59 (2011). Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/159/147>. pp.367-404.

CREPALDI, Sílvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões - *Orçamento Público: planejamento, elaboração e controle*, São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda - *Manual de Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CRUZ, Paula Teixeira - O papel da arbitragem no contexto da reforma do contencioso administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 6-10.

CUI, Qingbin; LINDLY, Jay K - *Evaluation of Public Private Partnership Proposals*, UTCA Report Number 08402: Alabama, 2010.

CUNHA, Fagundes. J.S - *A mediação e a arbitragem endoprocessual*, Disponível em <http://www.fagundescunha.org.br/artigos/DA%20MEDIA%C7%C3%20E%20DA%20ARBITRAGEM%20ENDOPROCESSUAL.pdf>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da - *A Fazenda Pública em Juízo*, 17ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Liliana; LACOMBLEZ, Marianne - Estudos de Caso: Mudanças no sector dos transportes em Portugal: que caminhos para a actividade de serviço público e para a preservação do interesse geral? *Revista Labor Real*, VII, N 2 (2006), pp.26-37. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bistream/10216/546.0>.

DALLARI, Adilson Abreu - Arbitragem na concessão de serviço público, *Revista de informação legislativa*, N 32 (1995), pp. 63-67.

DALONSO, Yoná da Silva; LOURENÇO, Júlia Maria Brandão Barbosa - O Brasil e a Copa Mundo FIFA 2014: um olhar além dos holofotes, *Tourism & Management Studies*. V 1 (2011), pp. 518-528. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/3887/388743867047.pdf>.p.519

DALMOTTO, Eugênio - L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense, In ANDELLETI, Adolfo *Et al- Giurisprudenza Italiana*, Wolters Alphen aan den Rijn: Kluwers, 2015 pp.1264-1278.

DANIELES, Romeo - *Il trasporto intermodale ferroviario: quale ruolo per l'analisi economica?* Riunione Annuale SIET: Genova, 2004.

DAN, Wei - Mediação na China: passado, presente e futuro, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015,

DAVID, René - Arbitrage et droit compare, *Revue internationale de droit compare*, V 11, N1 (1959), pp.5-18.

DEMARCHI, Daniela Monteiro - *Mediação: proposta de resolução no processo civil brasileiro*, 2007, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2007.

DELGADO, José Augusto - A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual, *Revista de Direito Renovar*, V 17 (2000), pp.1-24.

DENAHUE, John D - *Privatização: fins públicos, meios privados*, Tradução de José Carlos Teixeira Rocha, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

DIAS, Caroline Drawanz - O vício procedimental no procedimento de adjudicação de contratos públicos: um estudo de caso, In *RJLB*, Ano 6, N 4 (2020), pp.641-654.

DIAS, João Paulo; PEDROSO, João - As profissões Jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal, *Revista Direito e Democracia*, V 3 N 2 (2002), pp.1-43. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/42236>. pp.281-324.

DIAS, Maria Tereza Fonseca - *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulamentação*, por um novo marco jurídico, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS Reinaldo; MATOS, Fernanda - *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. Atlas: São Paulo, 2017.

DIMITRIJEVICH, Alexandra Molina - Arbitration as a dispute-solving mechanism in public procurement: a comparative view between peruvian and spanish systems, Paper in *The International Public Procurement Conference (IPPC)*, Washington D, (2018), pp.1-18. Disponível em www.ippa.org > IPPC4 > Proceedings > Paper1-18.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho - *Teoria Geral do Processo*, 32ªed, São Paulo: JusPodivm/Malheiros, 2020.

_____ - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ - *Instituições de Direito Processual Civil I*, São Paulo: Malheiros, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - *Direito Administrativo*, 33ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2020

_____ - *Parcerias na Administração Pública*, 12ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____ - Participação popular na Administração Pública, *Revista de Direito Administrativo*, N 191 (1993), pp. 26-39. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v191.1993.45639>

_____ - Responsabilidade do Estado por atos Jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, V 198 (1994), pp.85-95. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46413/DIZ>, Fernando Martín - Litígios contencioso-administrativos y mediación intrajudicial: ámbito de aplicación, In FONSECA, Isabel M.Celeste, *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*. Almedina: Coimbra, 2019. pp.277-298.

DIRETIVA 2004/18/CE (Revogada) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços;

DIRETIVA 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão Texto relevante para efeitos do EEE;

DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE Texto relevante para efeitos do EEE;

DIRETIVA 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE Texto relevante para efeitos do EEE;

DUARTE, Madalena - Acesso ao direito e à justiça: Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal, *Oficina dos Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra*, N° 270, Coimbra: 2007. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/11098> . pp. 1-17.

DUGUIT, Léon - *Fundamentos do Direito*, Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUQUE, José Paulo Vieira - Resolução Alternativa de Litígios e contrato de empreitada de Obras Públicas, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.263-310.

DURO, Joana - Direito à outorga do compromisso arbitral, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 52-56.

DOURADO, Pablo Zuniga - O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP), *R. Trib. Reg. Fed. 1ª Região*, Ano 32, N 1 (2020). pp.82-98.

DWORKIN, Robert - *Uma questão de princípio*, Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECHECOPAR, Juan Carlos De Los Heros - Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro, *Revista de Derecho Direito Administrativo da PUCP Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*, N 7 (2009), pp. 388-396.

EGÍDIO, Mariana Melo - Revisitando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português sobre a arbitragem, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 6-11.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances - *English Legal System*. 11ªed, London: Pearson, 2010.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander - Soft budgets and renegotiations in public-private partnerships - *National bureau of economic research*, (2009), pp.1-35, Disponível em <https://www.nber.org/papers/w15300.pdf>.

ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - *Direito Administrativo*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary - *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*, Vários tradutores, São Paulo: Direito GV, 2013.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo - *Arbitragem Tributária no Brasil*, Almedina: 2017. ESTEFAM, Felipe Faiwchow - *Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*, 2017. Tese de doutoramento, Pontifca Universidade Católica de São Paulo.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn, Roger Alves Silva - *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Forense: Rio de Janeiro. 2014.

ESTORNINHO, Maria João - *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1996

_____ - A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. (1), In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp.1-7.

_____ - A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. (2), In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp. 29-35.

ESTORNINHO, Maria João - *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006.

_____ - *Organização Administrativa da Saúde: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Coimbra: Almedina, 2008

_____ - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2003.

FACHIN, Melina Girardi - Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no juízo arbitral, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, V2, N 2 (2005), pp.119-140. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5426>.

FAJARDO, Gabriel Ribeiro. – Parcerias da Administração Pública com o Setor Privado para a efetivação do Direito Social à moradia, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.55-77.

FALECK, Diogo - *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*, Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2018.

FARINHO, Domingos Soares - A arbitragem e a mediação nos títulos de impacto social: antecipar o futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 36-40.

FERNANDES, Luísa - A arbitragem de Direito Público no Brasil, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp.27-29.

FERNANDES, Luiza - Avanços e Desafios da Arbitragem na Administração Pública, In *Arbitragem em Direito Público*, VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. São Paulo: FGV, 2019. pp.67-80.

JUNIOR, Tércio Sampaio - *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*, 4ªed, São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Luciano; ALMEIDA, Thiago Ferreira - Parcerias público-privadas e gestão de riscos nos investimentos em infraestrutura no brasil e no mundo, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, N 4

(2018), pp.1285-1321. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1285_1321.pdf.

_____ - Parcerias em Infraestrutura Riscos e Responsabilidades, In GOMES, Carla Amado *Et al*, III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público *RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.179-200

FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri - *Autorização de Serviço Público*, São Paulo: Malheiros, 2018.

FERRARIS, Di Valeria - L'accesso alla giustizia. In ANASTASIA, Stefano; CALDERONE, Valentina;

FANOLI, Lorenzo. *L'articolo 3. Primo Rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma: Rediese: 2014. pp.107-118.

FERREIRA, Ana Carla Anunciação; FERREIRA, Bianca Anunciação; BRITO, Renato da Silva. Obras públicas inacabadas: as principais causas que resultam em desperdício de dinheiro público, *UFF*. Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6351/1/Ana%20Carla%20dos%20Santos%20-%20Bianca%20dos%20Santos%20-%20Renato%20da%20Silva.pdf>

FERREIRA, Fernando Amâncio - *Curso de Processo de Execução*, 7ªed, Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Rogério Fernandes - Arbitragem tributária em Portugal: perspectiva de um advogado. In. VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.171-186.

FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.301-322.

_____ - *Arbitragem em matéria tributária: à semelhança do modelo administrativo?* 2011, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho.

_____ - *Justiça Tributária: prevenção e resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2020.

FILHO, Fernando Fortes Said. - A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça, *Revista da AJURIS*, V 44, N 142 (2017), pp.1-22. Disponível em <https://seer.ufs.br/index.php/dike>.

FILHO, José dos Santos Carvalho - *Manual de Direito Administrativo*, 34ªed, São Paulo: Atlas, 2020.

FILHO, Marçal Justem - *Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*, N 1 (2016), pp.103-150. Disponível em <http://justenfilho.com.br/artigos/administracao-publica-e-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-o-vinculo-com-a-camara-de-arbitragem-e-os-arbitros/>.

_____ - As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público, *Revista de Direito Público da Economia Editora Fórum*, N 1 (2003), pp.95- 136. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>

_____ - *Curso de Direito Administrativo*, 4ªed em e-book baseada na 12ªed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Corrupção e Democracia, *Revista de Direito Administrativo*, V 226. (2001), pp.213-218.

FILHO, Nagib Slaib Filho - *Reforma da Justiça*, Niterói: Impetus, 2005.

FILHO, Napoleão Casado - *Arbitragem e acesso à justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding*, São Paulo: Saraiva, 2017.

FILHO, Nelson Antonio Daiha - Mediação e conciliação intra-judiciais: um diálogo entre os direitos inglês, brasileiro e português, *A Revista Direito UNIFACS*, N 235 (2020), pp.-1-36. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6514>. [1-36].

FIRMINO, Sandra Isabel Rasteiro - *Parcerias Público-Privadas em Portugal: Accountability, Modelos e Motivações Subjacentes*, 2004, Tese de doutoramento, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga.

FLAMME, Maurice-André - *Droit Administratif. Tome Premier*, Bruxelas: Bruylant, 1989.

FLORES, Née Áron Fuentes; COTA, Jorge Eduardo Mendoza - *Infraestructura pública y convergencia regional en México, 1980-1998*, *Comercio Exterior*, V.53, N 2 (2003), pp178-187. Disponível em <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazi/15/8/RCE.pdf>.

FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178.

_____ - A arbitragem na contratação Pública em Portugal? Uma realidade com futuro? *Ruc.udc.es*, 4ª. (2012), pp.355-371. Disponível em https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle//2182/9169//comunicacions_05_Celeste_Fonseca.pdf?sequence=1&isAllowed=y. pp.355-371.

_____ - A arbitragem na Contratação Pública em Portugal: a forma (a) normal de resolver litígios emergentes das PPPS, In ANDRADE, Érico; DIAS, Maria Tereza Fonseca –*Tensões Entre o Público e o Privado - Anais do II Encontro Luso Brasileiro de* (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Belo Horizonte Editora Fórum, 2015.

- _____ - Arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.159-178.
- _____ - A contratação pública e Ral, Palestra proferida no *Congreso Internacional de Derecho Procesal e Innovación em la contratación pública* no dia 29 de abril de 2021.
- _____ - A (não) transposição das directivas dos Contratos Públicos. In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.19-30.
- _____ - A proposta sobre lei N°41/XIV: Notas sobre uma (desconcertante) reforma do direito da contratação pública, In. FONSECA, Isabel Celeste, *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-301.
- _____ - As regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020, In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.249-271.
- _____ - Das (im)possibilidades da mediação administrativa: dare to fly higher. In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.81-92.
- _____ - Das modas da contratação pública, códigos de ética e pactos de integridade: um *must have* contra a corrupção, In. FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020.
- _____ - Da natureza jurídica do pré-aviso de resgate e da (in)tempestividade da respetiva impugnabilidade, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.203-215.
- _____ - Diretivas contratos públicos 2014 e (dificuldades na definição de um conceito de) proposta economicamente mais vantajosa: desejando um regulamento contratos públicos, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp. 33-50
- _____ - Dos (novos) procedimentos de formação dos contratos públicos: a escolha estratégica, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2020. pp.117-151.
- _____ - Due process of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis, In FONSECA, Isabel Celeste - *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem – O Estado da Arte*, Braga: NEDip, 2019. pp.11-32.
- _____ - Execução de empreitada de obras públicas, vícios de concepção e vícios de construção, problemas dos projectos e trabalhos complementares: o novo regime após 2017, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.51-65.

_____ ; MOTA, Nuno Miguel - O acesso das Pequenas e Médias Empresas ao mercado dos contratos públicos: algumas soluções, In *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. 6-76.

_____ - Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades, In ESTORNINHO, Maria João - *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa, 2016. pp.77-87.

_____ - Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: velhos problemas, novas dificuldades, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.159-176.

_____ ; SILVA, João Amadeu Araújo da - A integração social através da contratação pública, In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2020. pp.75-94.

FONTANA, Luciana - A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas: reflexões dos modelos espanhol e brasileiro, *Atas do IV Congresso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2012. pp.423-434. Disponível em <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/9175>.

FONTOURA, Carolina Leite - As vantagens do uso da cláusula arbitral nos contratos de parceria público-privada, *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 17, N 7 (2012), pp.37-152. Disponível em <https://www.candidomendes.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/RevistaFDCM-Ucam17.pdf>.

FORBES, Carlos; MARAGON, Raquel - A arbitragem institucional no Brasil nos últimos 20 anos In *Arbitragem em Direito Público*, VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. São Paulo: FGV, 2019.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOARES, Fabricio Zambra - Globalização e meios adequados de solução de conflitos: da importância da arbitragem para as empresas transnacionais, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Ano 14, V 21, N 1 (2020), pp.335-367. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44545/31778>.

FRANÇA, Comité Français de L'arbitrage -Groupe de travail sur l'arbitrag, *Rapport tu Groupe de travail sur l'arbitrag em matière administrative*, (2007), pp.1-22. Disponível em http://www.justice.gov.uv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos, *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos*, 2011, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

FREIRE, André Luiz - *O regime de direito público na prestação de serviço públicos por pessoas privadas*, São Paulo: Malheiros, 2014.

FREIRE, André Luiz - *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

FREIRE, Antônio Manuel Peña - *La Garantía em el Estado Constitucional*, Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, Duarte Cancellata de Abreu Lebre de - O recurso a Arbitragem para apreciação de ato administrativos proferidos no âmbito dos contratos de concessão, In MOREIRA, Júdice Moreira *Et al - Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. pp.393-407.

FREYRE, Mário Castillo; MINAYA, Rita Sabroso - El arbitraje y los adicionales de obra, *Revista de la Facultad de Derecho*, N 66 (2011), pp.319-33. Disponível em astillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/132_Laudo_mayorias_%20y_minorias.pdf.

FRÖHLICH, Luciane - Redação jurídica objetiva: o juridiquês no banco dos réus. *Revista da ESMESC*. V 22, N 28 (2015). pp.211-236. Disponível em <https://revista.esmesc.orb.br/re/article/view/128>.

FRUTOS-PETERSON, Cláudia - Arbitragem na cultura americana e no Direito Comparado. Brasília, Aula gravada proferida no curso: *Solução pacífica de conflitos no âmbito da Administração Pública*, realizada pela AGU.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lamêgo - *Lei da Arbitragem Comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997.

GABBAY, Daniela Monteiro - *Mediação & Judiciário: Condições necessária para a institucionalização da mediação dos conflitos*, 2011, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo.

_____ - Negociação, In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp.127-147.

GALINDO, Beatriz Magalhães – Negócios Processuais sobre recursos: Uma análise comparativa entre a escolha pela tipicidade do Direito Português e pela atipicidade do Direito Brasileiro, 2018, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa.

GALVÃO, Márcio Pirôpo - La experiencia brasileña de los juzgados especiales. La política pública de reducción de los costos procesales em pro de la solución de los conflictos, In SILVA, Adriano Rosa; MADURO, Flávio Mirza; GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; FILHO, Klever Paulo Leal - *Sociedade e Reivindicações de Direitos*, Rio de Janeiro: FGB/Pembroke Collins, 2020. pp.221-234.

GARAVELLI, Bice Mortara - *Le parole e la giustizia: divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino: Giulio Einaudi, 2001.

GARCEZ, José Maria Rossani - *Negociação.ADRS.Mediação. Conciliação e arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

- GARCIA, Ailton Stropa - A arbitragem no Direito Econômico Nacional e Internacional. *Revista Jurídica UNIGRAN*. V 3, N 6. (2000), pp.197-217.
- GARCIA, André Almeida, *Repensando o processo contra o Poder*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo.
- GARCÍA, Paz Lloria - Las competencias policiales y el concepto de espacio urbano – Especial referência a las policías locales, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019.
- GARCIA, Thais Aurélia - Princípio Fundamental da Sustentabilidade e as inconstitucionais isenções tributárias a agrotóxicos, *Revista da Defensoria Pública da União*, N 14 (2021), pp.151-170.
- GARÍN, Beatriz Beland - Las Posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.39-63
- GAROUPA, Nuno - *O Governo da Justiça: Ensaio da Fundação*, Lisboa: FFMS, 2016.
- GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, 17ªed, São Paulo: Saraiva, 2012. GIANNETTI, Leonardo Varella - *A arbitragem no Direito Tributário Brasileiro: possibilidade e procedimentos*, 2017, Tese de doutoramento, Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
- GIL, José Luis Meilán - *La estructura de los contratos públicos*, Madrid: Iustel, 2008
- GOMES, Andréia de Oliveira¹ RICCI, Camila Milazotto - Aspectos negativos e positivos da privatização dos presídios brasileiros, Artigo apresentado no *4º Simpósio de Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais organizado pela COOPEX-Coordenação de pesquisa e extensão do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz*, 2016, Disponível em <https://fag.edu.br/upload/temporaneidade/anais/593705185dbab.pdf>.
- GOMES, Carla Amado - Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade. E-Pública, *Revista Digital de Direito Público*, V 4, N3 (2018), pp.03-24. Disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v4n3a02.html>.
- GOMES, Conceição *Et al* - *Parcerias Público e Privadas e Justiça: uma análise comparada de diversas experiências*, Coimbra: CES, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto - *Direito Civil Brasileiro*, Vol.3, *Contratos e atos unilaterais*, 14ªed, São Paulo: Saraiva, 2017
- GONÇALVES, Pedro Costa - *Direitos dos Contratos Públicos*, Vol.1, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2020.
- _____ - *Manual de Direito Administrativo*, Vol.1, Almedina: Coimbra, 2020.

_____ - *O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina: Coimbra, 2008.

GONTIJO, Bruno Fontenelle; DIAS, Maria Tereza Fonseca – Parcerias na Saúde: modelos de participação de Entes Privados no Serviço Público de Saúde, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.79-106.

GONZALES, José Calvo - *La institucion jurídica*, Málaga: Universidade de Málaga, 1986.

GORBANEFF, Yuri; GONZÁLEZ, Juan Manuel; BÁRON, Leonardo - ¿Para qué sirve la interventoría de las obras públicas en Colombia? *Revista de Economía Institucional*, V 13, N 24 (2011), pp.413-428. Disponível em <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2857>.

GORNIG, Martin; MICHELSEN, Claus; DEUVERDEN, Kristina Van - Kommunale Infrastruktur fährt auf Verschleiß. *Diw Wochenbericht, Repec*, V 21 (2015), pp. 1022/1030. Disponível em <https://ideas.repec.org/a/diw/diiwwob/82-43-3.html>.

GOUVEIA, Mariana França - *Curso de Resolução Alternativa de Conflitos*, 3ªed, Coimbra: Almedina, 2018.

GRANGER, Stephane - O Contestado Franco-Brasileiro: desafios e consequências de um conflito esquecido entre a França e o Brasil na Amazônia, *Revista Cantareira*, 17ªed, (2012), pp.20-39. Disponível em <http://periodicos.uff.br/cantareira/article/view/27891>.

GRAU, Eros Roberto Grau - Arbitragem e contrato administrativo, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, V 2 (2002), pp.141-148. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/viewc/72370>.
1.

GRILO, Leonardo Melhorato - *Modelo de Análise da qualidade do investimento em projetos de Parcerias Público-Privadas*, 2008, Tese de doutoramento, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Arbitragem e prestação de serviços públicos, *Revista de Direito Administrativo*, V 233 (2003), pp. 377-385.

_____ - O regime brasileiro das interceptações telefônicas, *R. Dir. Adm*, N 207 (1997), pp.21-38
GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida - *Manual de Arbitragem e Mediação, Conciliação e Negociação*, 4ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel - Direito Privado na Administração Pública brasileira atual: algumas perspectivas. In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo e Transformações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2014. pp. 207-226.

GUIMARÃES, Edgar - *Contornos da Responsabilidade Patrimonial do Estado*, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. pp.513-537.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha - *Concessão de Serviço Público*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2014
 _____ - *Parceria Público-Privada*, 2ªed, São Paulo: Saraiva. 2013.

GUTIÉRREZ, Martín Loo - Las concesiones de obra pública: ¿qué son y por qué se utilizan en Chile? *Revista Derecho del Estado*, N 44 (2019), pp.327-359.

HABERMAS, Jürgen - *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*, Vol.1, Trad.: Paulo Asthor Soethe, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder - Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material, *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*, V 55 (2014), Disponível em <http://dx.doi.org/10.21056/aecv14i55.106>. pp. 123-158.

HEITZMANN, Pierre - *International Construction Law Review*, V 23, Part. 1. (2006). pp.19-38.

HESS, Heliana Maria Coutinho - *Acesso à justiça por reforma judiciais*, Campinas: Millennium, 2004.

HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E - Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation, In HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony - *International Handbook on Public–Private Partnerships*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010. pp.3-15.

HOERING, Uwe. Beteiligung des privatsektors – die privatisierungspolitik der weltbank im infrastrukturbereich, In *ANALYSEN, BERICHTE, KONTROVERSE (Hrsgo) Armutsminderung durch den Privatsektor? Österreichische Forschungsstiftung für Entwicklungshilfe – ÖFSE*, 1, (2004), pp.41-52.

HONDA, Hélcio - Desafios para a adoção da arbitragem tributária no Brasil, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.220.221.

HOWELL, Álvaro Castellanos - Los árbitros y el ius imperium, Compatibles o incompatibles? In VIANCOS, Juan Hanrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.258-275.

IHERING, R. Von - *A Luta pelo Direito*, Trad.José Tavares Bastos, Versão para e-book eBooksBrasil.com. Digitalizado da Primeira Edição de 1909.

INEGUES, Vanessa; PAMBOUKIAN, Sérgio Vicente Denser - Análise comparativa da rede ferroviária de Portugal e do estado de São Paulo, *Revista Mackenzie de Engenharia e Computação*, V 19, N 1. (2019). pp.125-145.

IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David; POUYET, Jérôme - Partenariats public-privé: Quelques réflexions, *Revue Economique*, V 59, (2008), pp.437-449. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-economique-2008-3-page-437.htm>.

_____ ; RUSSO, Frederico Antelline - Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia, *Rivista Di Politica Economica Maggio-Giugno*, (2008), 125-158. Disponível em <http://www.rivistapoliticaeconomica.it/2002/mg-giu/default.php>.

_____ - SPAGNOLO, Giancarlo; VELLER, Mercedes - Contract Design in Public-Private Partnerships - *Report prepared for the World Bank*. (2007), pp.1-101. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Elisabetta_Iossa/publication/327285899_p

JARA, Mário Linares - Adicionales de Obra Pública - Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*, V 13, N 24 (2009), pp. 175-189. Disponível em revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechadministrativo/article/view/14020/14642

JARROSSON, Charles - *La notion arbitrage*, Librairie general de droit et de jurisprudence. Paris: 1987.

JUAN, André Morey - *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valência: C.E.U. 1998.

JUNIOR, Alberto Amaral - *Introdução ao Direito Internacional*, São Paulo: Atlas, 2008.

JUNIOR, Antônio Barbosa Lemes; RIGO, Cláudio Miessa; CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. - *Administração Financeira: princípios, fundamentos e práticas brasileiras*, 4ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

JUNIOR, Antônio Pereira Gaio - *Teoria da Arbitragem*, São Paulo: Ridel, 2012.

JUNIOR, Cretella José - Da arbitragem e seu conceito categorial, *Revista de Informação Legislativa*, N 98 (1988), pp.127-138. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181851>.

JUNIOR, Erick Menezes de Oliveira - A administração pública e a interpretação principiológica: uma forma de solução adequada de conflitos, In MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline - *Meios Adequados de resolução de conflitos*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 15-31.

JUNIOR, Figueira Joel – *Arbitragem*, 3ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael - *Curso de Direito Processual Civil. direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Salvador: Juspodivm, 2007.

_____ - *Curso de Direito Processual Civil*, V.1.21ªed, Salvador: Juspodivm, 2019

_____ ; JUNIOR, Hermes Zaneti - *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, Vol.4, 3ªed Salvador: Juspodivm. 2009

JUNIOR, Joel Dias Figueira - *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

_____ - *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*, São Paulo: LTr, 1990.

JUNIOR, Lauro da Gama e Souza - Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado), *Revista Direito Administrativo*, V 241 (2005) pp.121-157.

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone - *Manual de Arbitragem- Mediação e Conciliação*, 8ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau; DONOSO, Dênis - Os Juizados Especiais Federais e a retórica do acesso à justiça, In JUNIOR, Marco Aurélio Serau; Donoso, Dênis - *Juizados Especiais Federais: reflexões nos 10 anos de sua instalação*, Curitiba: Juruá, 2012.

JUNIOR, Ricardo César Ferreira Duarte Junior - *A desestadualização na busca pela concretização do direito fundamental à segurança: uma análise a partir da privatização das tarefas da administração pública*, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, 2020.

KAPLAN, Robert S.; NORTON, David P - *A estratégia em ação: balanced scorecard*, Rio de Janeiro: Campus, 1997.

KELSEN, Hans - *A paz pelo Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KIM, Pan Suk -Desafios a la capacidad pública en la era de una administración pública en evolución y reforma del gobierno - *Revista Gestão polít. Pública*, V 16 N 2 (2007), pp.511-537. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13316208>

KLEIN, Aline Alicia - A arbitragem nas concessões de serviços públicos, In PEREIRA, Guimarães Cesar Augusto *Et al - A arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.63-109.

KROETZ, Tarcísio de Araújo - *Arbitragem: conceitos e pressupostos de validade*, São Paulos: Editora Revistas dos Tribunais, 1997.

LAGE, Celina Figueireido; EV, Guilherme da Silveira - As transformações da Acrópole de Antenas, a monumentalidade emblemática do Paternon e das suas culturas, *Revista Eletrônica de Antiguidade*, N° II (2019), pp49-68. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/nearrco/article/view/49484/pdf>.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza - *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LAURE, Athias - Responsabilité politique et design contractuel des Partenariats Public Privé, *Revue économique*, V 60(4) (2009), pp.1011-1021.

LECCESE, Vito - Autonomia collettiva e composizione dei conflitti, In VIGORITA, Luciano Spagnuolo; BIAGI, Marco - *Rivista semestrale della Associazione Lavoro e Ricerchep*, N 1 (1994), pp. 149-179.

LEE, João Bosco; FILHO, Clávio de Melo Valença Filho - *A arbitragem no Brasil*. Brasília: Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2002.

LEITE, Jaci Corrêa. Unidade 1 – Negociação - *Curso Introdução à Negociação da Fundação Getúlio Vargas*. Escola da FGV: Rio de Janeiro, 2020.

LEMES, Selma - Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*. São Paulo: FGV, 2019. pp.81-96.

LEMONS, Eduardo Manoel - *Arbitragem e Conciliação, Brasília*: Consulex, 2001.

LEMONS, Luciano Braga - *A arbitragem e o Direito*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LENZA, Vitor Barbosa - *Cortes Arbitrais*, 2ªed, Goiânia: AB Editora, 1999.

LEON, Gema. El conflicto - El proceso de mediación, Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2019. Palestra proferida no evento: *Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas – CONIPUB*, 2019.

LESLIE, Jonathan; KINGSTON, John - *Practical guide to litigation*, 2ªed, London/Hong Kong: LLP, 1998.

LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira - A instituição das Parcerias Público-privadas e sua aplicação na Administração Pública brasileira, *Revista Jus Navigandi*, N 3925 (2014), pp.1-3. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/27175>.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima - *Defensoria Pública*, 3ªed, Salvador: JusPodivm, 2014.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa - *Arbitragem: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIVRO VERDE Sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões de 14 de janeiro de 2004.

LOCKE, John - *Dois tratados sobre o governo*, Trad.Júlio Fischer, Martins Fontes: São Paulo, 1998.

LONGOBUCCO, Breno – Consórcios Públicos no Brasil: Comparativo com Experiências de Cooperação Intergovernamental em Portugal, França e Espanha, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021, pp.161-181.

LOPES, Chistian Sahb Batista; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da – A arbitragem na Contratação Pública em Portugal: a forma (a) normal de resolver litígios emergentes das PPPs, In ANDRADE, Érico; DIAS, Maria Tereza Fonseca - *Tensões Entre o Público e o Privado - Anais do II Encontro Luso Brasileiro de* (II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Belo Horizonte Editora Fórum, 2015.

LOPES, Jorge Faria - A regulamentação da fase de planeamento da contratação pública: reflexões sobre o regime legal e as orientações do direito europeu, *Revista digital de Derecho Administrativo*, N 25, primer (2021), pp. 255-284.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes - Sistemas Multiportas, In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp.43-71.

LOUSA, Nuno Ferreira - Anotação ao acórdão proferido no processo Brisal vs. Estado Português: a introdução de postagens nas vias SCUT, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp.30-35.

LUCAS, Adetokunbo O - Public-Private Partnerships: Illustrative Examples, In REICH, Michael R. Health - *Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002. pp.19-39.

MAÇÃS, Maria Fernanda - Notas sobre um modelo de arbitragem administrativa à luz da revisão do CPTA, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 20-30.

MADUREIRA, César - A reforma da Administração Pública Central no Portugal democrático: do período pós-revolucionário à intervenção da troika, *Rev. Adm. Pública*, V 49 (2015), pp.547-562. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612129503>.

MAGALHÃES, José Carlos de - *Arbitragem: sociedade civil x estado*, São Paulo: Almedina, 2020.

MAGRO, José Manuel Vassallo; BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de - *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2010.

MAIA, Alberto Jonathas - *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MALIN, Ana Maria Barcelos - *Estado e sociedade da informação no brasil uma investigação sobre o papel da informação na gestão pública*, 2003, Tese de doutoramento, Instituto Brasileiro de Informação

em Ciência e Tecnologia em convênio com a Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3ªed, Salvador: Juspodivm, 2019.

MÂNICA, Fernando Borges; BRUSTOLIN, Rafaella - Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação, *Rev. Bras. Polit. Públicas*, V 7, N 1 (2017), pp.304-320.

MANSO, Bruno Paes - *A República das milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro*, São Paulo: Todavia, 2021.

MAQUIAVEL, Nicolau - *O príncipe*, Trad. De Antônio Carucio-Caporale, Porto Alegre: L&M, 2011.

MARASCHIN, Marcia Uggeri - O árbitro - Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 28/04/2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria - *Fundamentos de Metodologia Científica*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2003.

MARIANO, Monteiro; ALBUQUERQUE, Cynara; LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto; MENEZES, Newton - Serviços Públicos e Radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? In MARIANO, Monteiro *Et al - Estado, política e Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2017.

MARINELA, Fernanda - *Direito Administrativo*, 12ªed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *Curso de Processo Civil*, Vol.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MARÓN, Manuel Fondevila - “Brexit”: corolário de varios fracasos políticos y posible preludio de uma grand crisis jurídico-política em europa, In ALEVES, Ângela Limongi; paulino, Cátia; RIBEIRO, Gláucia e LIZIERO, Leonam - *Direito público: diálogos nacionais e internacionais*, Rio de Janeiro: FGB /Pembroke Collins, 2019. pp.619-63.

MARTINS, André Chateaubriand - *A Administração Pública na reforma da arbitragem*, In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe, Guimarães - *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*, 2ªed, São Paulo: Atlas, 2017. pp.21-34.

MARTINS, Guilherme w. D´Oliveira - A arbitragem nos Códigos de Contratos Públicos: visão política In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp.6-8.

MARQUES, Rui Cunha; SILVA, Duarte - As Parcerias Público-Privadas em Portugal. Lições e Recomendações, *Revista de Estudos Politécnicos*, V VI, 10 (2008), pp.33-50. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n10/n10a03.pdf>.

MATOS, Andreia Afonso de; NUNES, Alexandre Morais - Gestão hospitalar em Portugal: resultados comparados entre hospitais com gestão pública e em parceria público-privadas, *Rev. Gest. Sist. Saúde*, V 8, N 1 (2019), pp.1-12. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=revista%page=articlp=view&path%5B%5D=13674>.

MATOS, Frederico Nunes - *Novas fronteiras da arbitragem aplicáveis aos litígios da administração pública: incidência sobre os conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*, 2017, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

MATTOS, César; MÁFIA, Débora Veloso - *Aspectos Jurídicos/Econômicos das Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Consultoria Legislativa da Câmaras dos Deputados. Estudo de Junho de 2015.

MAZZA, Alexandre - *Manual de Direito de Direito Administrativo*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro - *O acesso à justiça e o Ministério Público*, 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUCATO, Mariana - *O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*, Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Porfolio-Penguin, 2014.

MEDAUAR, Odete - Serviço Público - *Revista de Direito Administrativo*, V 189 (1992). Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45285>, pp.100-113.

MEENE, Ineke Van De; ROOIJ, Benjamin Van - *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Co-operation*, Leden: Leiden University Press, 2008.

MEGNA, Bruno Lopes - *Arbitragem e Administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____ ; GASTALDO, Fábio Trabold; COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira - Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, V II, N 89 (2019), pp.157-182.

MEIRELLES, Davi Furtado - *Negociação Coletiva em Tempos de Crise: A polêmica quanto à prevalência do negociado sobre o legislado no sistema sindical brasileiro*, 2018. Tese de doutoramento, Pontifica Universidade Católica de São Paulo.

MEIRELLES, Hely Lopes - A responsabilidade civil decorrente de obra pública. *Revista de Direito Administrativo*, V 62 (1960), pp.16-21. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v62.1960.21180>.

_____ ; FILHO, José Emmanuel Burle - *Direito Administrativo Brasileiro*, 42^aed, São Paulo: Malheiros, 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Apontamentos sobre concessão e o seu desempenho como exercício de uma função estatal, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: Íthala, 2016. pp.263-270.

_____ - *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ - Relatividade da Competência discricionária, *R. Dir. Adm*, V 212, (1998), pp.49-56. Disponível em <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212,1998.47165>.

_____ - Serviço público: conceito a características - *Acervo Jurídico da UNAM*, Cidade do México. pp. 39-53. Disponível em <https://archivo.juridicas.unam.x/wwww/jbv/libros/6/2544/.pdf>.

_____ - *Serviço Público e concessão de serviço público*, São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Gilmar Ribeiro; SLOMSKI, Valmor - Parcerias Público-Privadas no Setor Rodoviário, *Brazilian Business Review-BB*, V 6, N 3 (2009) pp. 264-281

MELO, Dina; PESSOA, Daniel - A arbitragem nos contratos administrativos, In LEITE, F. Tarcísio - *Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Privado Patrimonial Brasileiro*, Fortaleza: UNIFOR, 2008.

MENDES, Armindo Antônio Lopes Ribeiro - Regulamentação Tradicional da Arbitragem, In BARNEY, Óscar Cruz *Et al - Estudios de historia del derecho y de las instituciones*, Morélia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009. pp.13-83.

MENDES, Evaristo - O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas, Velhos e novos problemas, *Revista de Direito Comercial*, 3^aed (2019), pp.75-120. Disponível em <https://www.revistadireitocomercial.com/2019>.

MENDES, Luís - Nova geração de políticas de habitação em Portugal: contradições entre o discurso e as práticas no direito à habitação, *Finisterr*, LV, N°114 (2020), pp.77-104 Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/fin/n114/n114a06.pdf>. p.80.

MENDES, Thalita Bizerril Duleba - A concessão de tutela de urgência contra a Administração Pública pelo juiz arbitral, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Florentino dos Santos Mendonça, *Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça*, Almedina: São Paulo, 2016

MEREMINSKAYA, Elina - Arbitraje doméstico e internacional em Chile: em búsqueda de la armonía, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.97-113.

MESA, Bibiana Bernal; SERRANO, Frederico Restrepo - Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.127-141.

MESQUITA, Maria José Rangel - Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública no ordenamento jurídico constitucional vigente, In QUADROS, Fausto de - *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, pp.39-134.

MÉNARD, Claude; SAUSSIÉ, Stéphane - La délégation de service public, un mode organisationnel efficace? Le cas de la distribution d'eau en France, *Économie publique/Public economics*, V12, (2006), pp. 99-129. Disponível em <http://journals.o penedition.org/pe/economiepublique/360>.

MENDIZÁBAL, Ricaurte Soler - La mediación em Panamá. In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. Pp.359-374.

MEYER, Pierre - *OHADA - Droit de l'arbitrage*, Bruxelles: Bruylant, 2002.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO DO BRASIL, Portaria 1351, Diário Oficial da União (17.12.2018).

MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*, 2ªed, Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete - Aspectos Gerais do Direito Positivo e do Direito Canônico. *Revista Virtual*, V 3, N 1 (2009). Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigo/can.pdf>.

MISTELIS, Loukas A - ADR in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership - *ADR Bulletin* (2003), pp.1-43. Disponível em <http://epublication.s.bond.edu.au/cgi?article=1244&contexto>.

MITIDIERO, Daniel Francisco - Ação Rescisória no Direito Comparado: da comparação vertical à comparação horizontal, *Revista de Processo Comparado*, V 5 (2017), pp.1-33. Disponível em <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2017/10/DanielMMitidiero-v.-5.pdf>.

MOISÉS, Rodrigo Gabriel – *As novas formas de atuação do Estado e a utilização das Parcerias Público-Privadas na efetivação do direito à educação*, 2020, Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Lisboa.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo - *A arbitragem como mecanismo suplementar de soluções de controvérsia nos acordos contra bitributação celebrados pelo Brasil*, 2014, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo.

MONTEIRO, António Pedro Pinto - *O princípio da Igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2017.

MONTORO, André Franco - *Introdução à Ciência do Direito*, 31^aed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patrícia Campos - Revisitando o Conceito de Saneamento Básico no Brasil e em Portugal, *Revista do Instituto Politécnico da Bahia*, N 20 (2014). pp.5-11.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion - *Mediação e Arbitragem*, Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAIS, Sara Blanco; GOMES, Nuno Pimentel - A arbitragem e as autarquias locais. Alguns aspectos a aprofundar, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 46-51.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira - *Acesso à justiça e princípio da igualdade*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline - *Cours de Droit Administratif*, 5^aed, Paris: Montchrestien. 1997.

MOREIRA, José Azevedo - Breves Considerações sobre a arbitragem pré-contratual no CPTA Revisto, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp.18-23.

MORENO, Mais - *Participação do administrado no processo de elaboração das Parcerias-Público Privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flávio da; MIRANTE, Daniela - *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2019.

MOTA, Marcel Moraes – A impugnação da sentença arbitral nos direitos português e brasileiro, *RJLB* Ano 6, N6 (2020), pp. 971-1022.

MOURA, Gregore Moreira de - Direito Constitucional Fraternal, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

MUNIZ, Joaquim. Confidencialidade vs. Publicidade – Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 27/04/2021.

MUONDO, Daniel Luciano - Serviço público e a prestação o de serviços aos cidadãos nas instituições angolanas, *Revista Angolana de Ciências*, V 1 N 2 (2019), pp.223-242. Disponível em <http://publicacoes.scientia.co.ao/ojs2/index.php/rac/article/view/24/39>.

NASCIMENTO, Dulce - Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira, *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, V 5 (2016), pp.201-21. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/333/403>. NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do; ARAUJO, Bruno Manoel Viana de - A arbitragem em direito nacional: justiça multiportas e o código de processo civil de 2015, *Revista de Processo*, V 285 (2018), pp.397-417.

NASCIMENTO, Priscila Cunha do - O regime jurídico adequado para a escolha de câmaras arbitrais pelo poder público, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, N 6 (2019), pp.1755-1791. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1755_1791.pdf

NATARI, Márcio Bonini - A lei da arbitragem na Administração Pública, *Revista Direito em Debate do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijui*, N 45 (2016), pp.2-27. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/revistadireitoemdebate/article>.

NATHAN, Laurie - Mediation and the African Union's Panel of the Wise, *Crisis States Discussion Papers*, N 10 (2005), pp.1-20. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/28340/1/dp10.pdf>.

NERY, Ana Luíza - Dever de revelação, Palestra proferida no *II Congresso Internacional de Arbitragem na Administração Pública* no dia 28/04/2021.

NETO, Antônio José de Mattos - Direito Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da lei de arbitragem, In FILHO, Georgenor de Souza Franco - *Temas Atuais de Direito*, Rio de Janeiro; GZ, 2003. pp.49-62.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira - Arbitragem nos contratos administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, V 209 (1997), pp.81-90. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br.

_____ - *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2014

_____ - Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século: o caso brasileiro, *Revista de Direito Processual Geral*, N 57 (2003). Disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. pp.106-126.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; VERAS; FREITAS, Rafael Vêras de - Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória - *R. de Dir. Público da Economia – RDPE*, Ano 14 N 56 (2016). pp.75-108.

NETO, Henrique Gomm - Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”) - *Mediação de Conflitos*, SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos* 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.269-280.

NETO, João Lessa de Azevedo - A arbitragem e o Poder público, Recife, 17 junho de 2019. Palestra proferida no evento: *Meios alternativos de resolução de conflitos e Poder Público*, organizado pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Pernambuco.

_____ - O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*, V 224 (2015), pp.427-441. Disponível em <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/32220>.

NETO, José Mário Wanderley Gomes - *O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

NETO, Walmor Francisco Molin - Responsabilidade Civil e execução de obra pública, *Revista Digital de Direito Administrativo*, V 5, N 1 (2018), pp.267-280. Disponível em www.enlaw.com.br/revista/393.

NETTO, Cássio Teles Ferreira - A arbitrabilidade nos contratos administrativos, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019. pp.211-221.

NETTO, Pedro Dias de Oliveira - *As parcerias público-privadas e os novos desafios do Setor de Infraestrutura*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

NEVES, Ana Fernanda - *A mediação administrativa nas relações de emprego público e contratação pública*, In FONSECA, Isabel Celeste - *A mediação administrativa: contributos sobre as (im) possibilidades*, Almedina: Coimbra, 2019. pp.140-156.

NEVES, Flávia Bittar - Arbitragem aplicada à ambientes regulados no contexto do Comércio Exterior, Brasília, Aula gravada proferida no curso: *Solução pacífica de conflitos no âmbito da Administração Pública*, 2017.

NINGELISKI, Adriane de Oliveira - *Acesso à justiça pelos caminhos da mediação*, Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

NOHARA, Irene Patrícia - Burocracia Reflexiva, In MARRARA, Thiago, *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp. 349-372.

_____ - *Direito Administrativo*, 9ªed, São Paulo: Atlas. 2019.

NUNES, Adolfo Mesquita - A arbitragem no Código dos Contratos Públicos: primeiras interrogações. In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 3 (2017), pp. 16-24.

NUNES, Alexandre Morais – Rede Hospitalar em Portugal: resultados de diferentes modelos organizacionais, *Revista de Gestão em Sistema de Saúde*, N 9(1) (2020), pp.154-172. p.155. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/revistargss/article/view/13286/8241>.

NUNES, Andreia dos Santos Ramos Afonso de Matos Morais - *Eficiência e produtividade nas unidades hospitalares em Portugal: análise comparada dos regimes PPP e E.P.E.* 2020, Tese de doutoramento, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa.

NUNES, Elisa Rangel - A contratação pública vista à lupa do instituto da arbitragem e do Tribunal de Contas de Angola, In *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*. Braga: NEDIP, 2017.

_____ - Panorâmica e extensão da arbitragem voluntária nos domínios administrativo e tributário em Angola, *Revista do Direito*, V 3, N 53 (2017), pp.153-180. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. pp.153-180.

NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Peres - A Parceria Público Privada – PPP: Uma fonte alternativa do crescimento econômico no estado de Minas Gerais, *Revista Estudos e Pesquisas em Administração*, V 4, N 1 (2020), pp.71-92.

OLIVEIRA, Augusto - *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra: Livraria Neves, 1914.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ªed, Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Fernão Justen de - Public-Private Partnerships - (PPP) in Brazil, In FILHO, Marçal Justen; PEREIRA, Cesar A. Guimarães - *Infrastructure Law of Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de - *Apelação no Direito Processual*, 2005, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; EID, Elie Pierre - Notas sobre o princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Rio de Janeiro. (Arbitragem na Administração Pública)*, V XXVI. (2016) pp.229-253.

_____ - Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública, JUNIOR, Vidal Serrano Nunes *Et al - Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>.

_____ - A arbitragem e as parcerias público-privadas, *Revista de Direito Administrativo*, V 241 (2005), pp.241-272. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43372>.

_____ ; OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista - Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral, *Revista de Arbitragem e Mediação*, V 44 (2015), pp.150 -171.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende - *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

_____ - *Organização Administrativa*, 4ªed, São Paulo: Método, 2018.

_____ - *Princípios do Direito Administrativo*, 2ªed, São Paulo: Método, 2013.

ORELLANA, Edgar Neira - El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana, *Iuris Dictio*, M 11 (2007), pp.62-70. Disponível em <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/11/Iurisdictio.62-70.pdf>. 2007. pp.62.

OSENI U A; AHMAD A U F - Dispute resolution in Islamic finance: A case analysis of Malaysia. In H A; El-Karanshawy *Et al - Ethics, governance and regulation in Islamic finance*, Catar: Bloomsbury Qatar Foundationp, 2015, pp.125-132.Disponível em [https://uaelaws.files.wordpress.com/2012/09/dispute/resolution-in-islamic-finance-a case-analysis-of-malaysia.pdf](https://uaelaws.files.wordpress.com/2012/09/dispute/resolution-in-islamic-finance-a-case-analysis-of-malaysia.pdf).

OSÓRIO, Paula; BOM, Luís Todo - Parcerias Público-Privadas em Angola, *Revista de Economia Global e Gestão*, V 13, N 2 (2008). pp.27-41.

OTERO, Paulo - *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003.

PALHARES, Ana - Arbitragem e renúncia dos entes públicos ao acesso aos tribunais do Estado. In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.41-56.

PANIAGUA, Enrique Lide - *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid: UNED, 2009.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de - Os métodos “alternativos” de resolução de conflitos, (ADRS), In. ALMEIDA Tania; PELAJO, Samantha; c, Eva - *Mediação de Conflitos* Salvador: JusPodivm, 2016. pp.55-69.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque - *Processo Arbitral e Sistema*, 2009, Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo.

PAULA, Virgílio Queiroz de - Necessidade de Mudança da Cultura do litígio: uma evolução na forma de educação dos operadores do Direito, *Revista Brasileira de Educação e Cultura*, N° XIII (2016), pp. 48-59. Disponível em <https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura/article/view/253>.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo - E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N 65 (2003), pp.77-106. Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/1181>.

PEREIRA, Alexandre Marçal - O processo arbitral: aspectos gerais no Brasil e em Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, N 2 (2019), pp.853-903. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019_02_0853_0903.pdf.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto; GIOVANNI, Ana Elisa Pretto Pereira - Arbitragem na Administração Pública Brasileira e indisponibilidade do Interesse Público, *Revista Quaestio Iurisp*, N 2, V 10 (2017), pp. 1146-1161. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491>.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães - A arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.131-149.

PEREIRA, Francisco Caetano - *O latim no discurso jurídico*, 2004, Trabalho de Pesquisa de pós-doutoramento; Departamento de Letras do Centro de Artes e Comunicação da Universidade Federal de Pernambuco.

PEREIRA, Hugo Silveira - Caminhos de ferro portugueses na década de 1890: entre crença no progresso e pessimismo tecnológico, *Revista Portuguesa de História*, T.L. (2019), pp.107-127. Disponível em <https://impactum-journals.uc.pt/rph/article/view/6277/5680>.

_____ - Ministério das Obras Públicas, Parlamento e Associação dos Engenheiros Cívicos Portugueses. *CEM-Cultura, Espaço e Memória*, N 5. pp.291-310. Disponível em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12854.pdf>.

PEREZ, Marta Garcia- Arbitraje de derecho administrativo em Espanha, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp. 311-346.

PERONI, Vera Maria Vidal; CAETANO, Maria Raquel - Redefinição do Papel do Estado. Terceira Via, novo desenvolvimento e as parcerias público-privadas na educação. *Revista da FAEEDBA – Educação e Contemporaneidade*, V 21, N 38 (2012), pp.57-67. Disponível em <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeba/article/view/497>.

PESTANA, Márcio - *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ªed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PIEDRAHITA, Carlos Andrés Uribe - El arbitramento em Colombia, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*. Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005. pp.143-159.

PICOT, Arnold; WOLFF, Birgitta - Zur ökonomischen Organisation öffentlicher Leistungen: »Lean Management« im öffentlichen Sektor? In NASCHOLD, Frieder; PRÖHL, Marga - *Produktivität öffentlicher Dienstleistungen*, Die Deutsche Bibliothek: Monique, 1994. pp. 52-120.

PINHEIRO, Luís Lima - *A arbitragem transaccional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Coimbra: Almedina. 2005.

PINTO, Marcos Barbosa - Repartição dos Riscos nas Parcerias Público-Privadas, *Revista do BNDES*, N 25 (2006), pp.155-182. Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/921.13>.

PINTO, Sandra M.G - A regulação jurídica das fachadas em Portugal (séc. XIV-XIX). *Revista de Estudos Histórico-Jurídicos Sección historia del derecho XXXVIII*, N XXXVIII (2016), pp.149-177. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n38/a06.pdf>.

PIVETTA, Saulo Lindorfer - Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídicos administrativos, In MARRARA, Thiago *Direito Administrativo: transformações e tendências*. Coimbra: Almedina, 2014. pp.461-372.

POIADORES, Nuno Caetano Lopes de Barros - Da Justiça alternativa em Portugal, *Mátria Digital*, N 6, (2019) pp. 666-681. Disponível em <http://hdl.handle.net/20.5>. pp.665-681.

PORTOCARRERO, Marta - Arbitration in Administrative Affairs: The Enlargement Scope of Ratione Materiae in Portugal, *Central European Public Administration Review*. N 18(1) (2020), pp. 203–218. Disponível em <http://uprava.fu.uni-lj.si/index.php/CEPAR/article/view/448/482>.

PRADO, Lucas Navarro - Extinção dos contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº8.987/95, In OLIVEIRA, Gesner; FILHO, Luiz Chysostomo de Oliveira - *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*, Rio de Janeiro: LTC, 2013. pp.287-298.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar - *Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*, 2ªed, Novo Hamburgo: Universidade Lassale, 2013.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer - A justiça Administrativa em perspectiva comparada, *Revista da AGU*, N 40 (2016), pp168-188. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edubr/dir eitopublico/articlee/view/2272>.

PRÖHL, Marga - *Produktivität öffentlicher Dienstleistungen*. Die Deutsche Bibliothek, Monique, 1994. pp.52-120.

PROIETTI, Roberto - Novità e specificità nella gestione del contenzioso della Pubblica Amministrazione. Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'InternoXXV, *Corso di formazione per l'accesso alla qualifica di Viceprefetto*, 2011. Disponível em <http://ssaistorico.interno.gov.it/download/allegati1/gruppo7.pdf>.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof - A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, *Revista Direito GV*, V 4(1) (2008), pp.015-028. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a02v4n1.pdf>.

PUPPIO, Vicente. J - *Teoría General del Proceso*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.

QUADROS, Fausto de - A importância cada vez maior em Portugal da arbitragem em Direito Administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 11-12.

_____ - *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis – *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos: contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007

_____ - Empresas em relação de domínio ou de grupo, formulação autónoma da proposta e princípios gerais da contratação pública: de *Assistur a Specializuotas Transportas*, e mais além, In RAIMUNDO, Miguel Assis - *Jornadas de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2020. pp.85-135.

_____ – Execução de contratos públicos e responsabilidade contratual: do contrato como res inter partes ao contrato como res publica, In GOMES, Carla Amado *Et al*, *III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.100-116.

_____ - Nota sobre arbitragem no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp. 24-29.

RAJOO, Sundra - *Law, Practice and Procedure of Arbitration*, 2ªed, Malaysia: LexisNexis, 2017.

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias - A escolha de câmara arbitral pela Administração Pública: uma proposta de aperfeiçoamento do sistema de credenciamento administrativo, In MOREIRA, Júdice Moreira *Et al* - *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*, São Paulo: Almedina, 2020. pp.237-258.

RAMOS, Vasco Moura - Algumas Considerações sobre arbitragem de litígios respeitante da validade dos actos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA), In GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo - *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa: AAFDL, 2015. pp.239-288.

REALES, Suzana San Cristóbal - Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil - *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013), pp.39-62. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=41082033>

RECHSTEINER, Beat Walter - *Arbitragem Internacional Privada no Brasil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REICH, Michael - R. Introduction: Public-Private Partnerships for Public, In REICH, Michael R. Health. (*Public-Private Partnerships for Public Health*), Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002.

REIS, Cláudio José Oliveira dos; CABRAL, Santos - Parcerias público-privadas (PPP) em megaeventos esportivos: um estudo comparativo da provisão de arenas esportivas para a Copa do Mundo Fifa Brasil 2014, *Rev. Adm. Pública*, V 51, N 24 (2017). pp.551-579. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000400551.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo - *Comentários à lei da Defensoria Pública*, São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Ricardo Ferreira; SARMENTO, Joaquim Miranda - A ascensão e queda das parcerias público-privadas em Portugal, In *Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas*, Rio de Janeiro: LTC, 2013. pp.145-157.

RELATÓRIO do Tribunal de Contas. Relatório N.º 5/2021 – OAC. 2.ª Secção - *Parcerias Público-Privadas hospitalares no SNS*. Lisboa, 2021,

RELATÓRIO do Tribunal de Contas N.º 15/2009AUDIT - *Auditoria ao Programa de Parcerias Público-Privadas da Saúde Primeira vaga de Hospitais*, Lisboa, 2009.

RESSURREIÇÃO, Valeria Carneiro Lages - Princípio da Publicidade nas contratações públicas como meio de combate à corrupção, In COUTINHO, Francisco Pereira; SANTOS, Ruth - *Atas do I curso sobre o combate à corrupção na contratação pública*. Lisboa: CEDIS, 2019. pp.415-431.

REZEK, Francisco - *Direito Internacional Público: curso elementar*, 10ªed, Saraiva: São Paulo, 2005.

RIBAS, Brenno Henrique de Oliveira - O princípio da transparência na contratação pública em Portugal. In SILVA, Érica Guerra da; BRITO, Paulo de - *Análise crítica do direito público Ibero-americano*,

Universidade Lusófona do Porto e Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos: Porto, 2020. pp.52-61.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes - *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

RIBEIRO, Ludmila - A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça, *Revista de Direito FGV*, N 8. (2008). pp.465-492. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/emenda-constitucional-45-questao-acesso-justica>.

RIETZLER, KATJA. Anhaltender Verfall der Infrastruktur. IMK Report. N 94 (2014), pp.1-16. *Hans-Böckler-Stiftung, Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)*. Disponível em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-2014080817905>.

ROBERTS, Marc J.; BREITENSTEIN, A. G. e ROBERTS, Clement S - The Ethics of Public-Private Partnerships, In REICH, Michael R. *Health - Public-Private Partnerships for Public Health*, Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2002. pp.67-85.

ROBERT, Rolando Veja - Los Mecanismos de Resolución alterna de resolución de conflictos en Costa Rica, In VIANCOS, Juan Henrique Vargas; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón - *Arbitraje y mediación em las américas*, Nueva Leon: UANL; Santiago: CEJA, 2005.

ROBINSON, Mark - Does Decentralization Improve Equity and Efficiency in Public Service Delivery Provision? *IDS Bulletin. Institute of Development Studies*, V3, N 1 (2007), pp. 7-17.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes - *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Joaquim Freitas - *Constituição, ordenamento e conflitos normativos. Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____ - *Destadualização do direito tributário, Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem*. In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.221-226.

_____ - Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010), pp.383-407. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/35602>.

ROCHA, José de Albuquerque - *Lei da Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ - *Teoria Geral do Processo*, 10ªed, São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo - *Psicologia Social*, 18ªed, Petrópolis: Vozes, 2000.

RODRIGUES, Carlos - *Governança de Organização Públicas em Portugal: a emergência de modelos diferenciados*, Ramada: Pedago, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar - Publicidade, transparência e abertura na administração pública, *Revista de Direito Administrativo*, V 266 (2014), pp.89-123. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/3214>.

RODRIGUES, José Conde - A arbitragem administrativa: entre a LAV e o CPTA, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 2 (2016), pp.12-17.

RODRIGUES, Nuno Cunha - A experiência com parcerias público-privadas em Portugal. *Colóquio de Direito Luso-Brasileiro. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (12 a 16 de Maio de 2014)*, N 1 (2015), pp.177-189. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_01177_0189.pdf. pp.177-189.

ROMÃO, Cícero; PORTUGAL, Agnaldo Cuoco - *Curso Ética e Serviço Público*, Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública.

ROQUE, Miguel Prata - *A dimensão transnacional do Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2014.

ROQUE, Sebastião José - *Arbitragem: a solução viável*, 2ªed, São Paulo: Ícone, 2009.

ROSS, Alf - *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDPRO, 2000.

RODRÍGUEZ, Libardo - *Derecho Administrativo: general y colombiano*, Temis: Santa Fé de Bogotá, 1996.

ROTHENBERGER, Dieter - Öffentlich-private Partnerschaften – ein ansatz zur verbesserung der wasserversorgung und abwasserentsorgung, In *Armutsminderung durch den Privatsektor? Analysen, Berichte, Kontroversen (Hrsgo). Österreichische Forschungstiftung für Entwicklungshilfe – ÖFSE*, 1 (2004), pp.62-80.

ROUSSEAU, Jean-Jacques - *O contrato social*, Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&M, 2008.

RUBINO-SAMMARTO, Mauro - *Il diritto dell' arbitrato*, 3ªed, Padova: CEDAM, 2002.

RUFINO, Marcos A - *Mediación y Conciliación según la jurisprudência legislación*, Buenos Aires: AD HOC, 1999.

SALÉM, Suheil Mahomed - Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no processo arbitral, *Revista Eletrônica de Direito Público*, V 3, N 2 (2016), pp.277-290. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S2183184X2016000200012&lng=pt&tlng=pt.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares - Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia, *Revista de Informação Legislativa do Senado*, N 182 (2009), pp.75-88. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916> .

_____ - Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania, *Revista Pensar*, V 11 (2006). pp.54-167.

SALLES, Carlos Alberto - Arbitragem e Jurisdição Estatal, In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019.pp.227-353.

SALGADO, Buenã Porto - *Manual de Arbitragem na Administração Pública*, Salvador: JusPodivm, 2019.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves - *Mediação na Administração Pública Brasileira: desenho institucional e procedimental*, São Paulo: Almedina, 2018.

SANT'ANNA, Lucas Mendes Cassiano - *Aspectos orçamentários das Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

SANTO, Leonardo Motta Espírito; SOARES, Cláudia Ribeiro - Serviço Público, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho - *Curso Prático de Direito Administrativo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.133-207.

SANTOS, Boaventura de Souza - *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*, 14ªed, São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Clézio Saldanha dos - *Introdução à Gestão Pública*, 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Jorge Luiz Tesch; QUINTAL, Renato Santiago - A viabilidade da utilização de Parcerias Público-Privadas (PPP) em atividades exclusivas de Estado: uma análise sobre as PPPs no segmento militar, *Cadernos de Direito*, V 16 (2016), pp.145-185. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito> .

SARAIVA, Leonardo - *Arbitragem na Administração Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARMENTO, Joaquim Miranda - Parcerias Público-Privadas - Auditoria nas parcerias público-privadas: o caso do Tribunal de Contas de Portugal, *Revista TCEMG*, V 33, N 2. (2015), p.20-30. Disponível em <https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/>

<https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/article25>.

_____; RENNEBOOG, Luc - Anatomia das PPPs: a sua criação, financiamento e renegociações, *Revista JulgarOnline*, V 6, N 3. (2017), pp.1-61. Disponível em <http://julgar.pt/anatomia-das-parcerias-publico-privadas-a-sua-criacao-financiamento-erenegociacoes/>.

SATHYAPALAN, Harisankar; G, Sreeparvathy - Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India, *Journal of Infrastructure Development*, V 5, N 1 (2013). pp.21-32.

SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva - *Manual dos Recursos no Juizado Especial Federal*, 5ªed, Curitiba: Alteridade, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo - O serviço público como instrumento de concretização de Direitos Fundamentais e de Desenvolvimento Social, In HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree - *Direito Administrativo e suas transformações atuais. Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2016. pp.303-318.

SCHLICHTING, Arno Melo - *Teoria Geral do Processo*, Livro 1, 3ªed, Florianópolis: Momento Atual, 2007.

SCHLOSSER, Peter - La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage, *Revue de l'arbitrage (Comite Français de L'arbitrage)*, N 2 (1998), pp.291-310. Disponível em <http://www.bijus.eu?bijusbiblio=la-nouvelle-legislation-allemande-sur-l-arbitrage>.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha - *Arbitragem na Administração Pública*, Curitiba: Juruá, 2018.

SCHREUER, Christoph - *Internacional Center for settlement of investment disputes (ICSID)*. Disponível em https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf.

SCHWIND, Rafael Wallbach - As *anti-suit injunctions* nas arbitragens que envolvem a Administração Pública, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2010. pp.177-226.

SEHNEM, Felix. Embargos Declaratórios - *Revista Jus Navigandi*, N 61 (2003), pp.1-5. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3681>.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane - A responsabilidade social dos tribunais arbitrais como meio de efetivação do acesso ao direito fundamental à justiça e à ampla cidadania, *Revista Jurídica (FIC)*, V 1, (2011), pp.220-237. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/ReJur/article/view>.

SERRANO, Maria Luiza González-Cuéllar - La conciliación e la mediación en el derecho tributario, In SERRANO, Nicolás González-Cuéllar (Diretor); HERMIDA, Ágata Maria Sanz; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz - *Mediación: un método de ? Conflictos: estudio interdisciplinar*, Madrid: Colex, 2010. pp.205-225.

SILVA, Adriana dos Santos - *Acesso à justiça e arbitragem*, São Paulo: Editora Manole, 2005.

SILVA, João Amadeu Araújo - O recurso à arbitragem no âmbito pré-contratual - Palestra Proferida no / *Congresso Internacional de Derecho Procesal e Innovación em la contratación pública* no dia 27 de abril de 2021.

SILVA, Ana Maria Costa; MACEDO, Isabel; CUNHA, Silvia - Diálogo intercultural e mediação em debate, In SILVA, Ana Maria Costa; MACEDO, Isabel; CUNHA, Silvia - *Livro de atas do II Congresso Internacional de Mediação Social: a Europa como espaço de diálogo intercultural e de mediação*, Braga: CECS.2019. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/59868>.pp.6-9.

SILVA, Clarissa Sampaio - Desjudicialização na resolução de conflitos com a administração pública: comparações entre brasil e Portugal, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp.23-55. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0023_0055.pdf.

SILVA, Daniel Marçoni Santos – As Concessões Públicas para a Garantia do Direito Social ao Transporte Público no Brasil, In DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes – *O Direito Administrativo Social e econômico*, São Paulo: Almedina, 2021.

SILVA, Jorge Andrade da - *Códigos Dos contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2017.

SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 43ªed, Malheiros: São Paulo, 2020.

SILVA, José Manuel Braz da Silva - *Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alfredo Maciel da; BORGES, Luiz Ferreira Xavier - A definição de PPP-Parcerias Público Privado no Brasil, *Revista de negócios*, N 8 (2003), pp.1-16. Disponível em <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/rn/article/view/317>.

SILVEIRA, João Tiago - A revisão do CPTA e arbitragem institucionalizada no direito administrativo, In VILLA-LOBOS, Nuno; LOURENÇO, Teresa, *Revista de Arbitragem Administrativa-CAAD*, N 1 (2015), pp. 31-35.

SIMÕES, Jorge; FRONTEIRA, Inês - Ciclos políticos, em Portugal, e papel do estado e dos setores privado e social, na saúde, *Revista e-Pública*, V 6, N 1. (2019), pp.4-14. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v6n1/v6n1a02.pdf>.

SOBRAL, Ana Paula Rolland; CRUZ, José neves - Parcerias público-privadas: enquadramento e avaliação das concessões ferroviárias em Portugal, *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, N 28 (2011), pp.2-26. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/5143/514355189201.pdf>.

SODRÉ, Antônio - *Curso de Direito Arbitral*, Leme: Mizuno, 2008.

SOLDINI, David - La délégation de service public, sa fonction, ses critères, *Revue française de droit administratif*, V 6 (2010), pp.1114-1123.

SOOMRO, Mohsin Ali; ZHANG, Xueqing - An analytical review on transportation public private partnerships failures, *International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology*, V 2 (2011), pp.62-80. Disponível em <https://Publisher.uthm.edu.my/ojs/index.php/IJSCET/article/view/158/251>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto - *Direito Administrativo das Parcerias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Luciana de Moessa - Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação, In SOUZA, Luciana de Moessa - *Mediação de Conflitos*, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

_____ - Mediação de conflitos envolvendo entes públicos, In *Mediação de Conflitos*, SOUZA, Luciana de Moessa, 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.35-78.

_____. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In MARRARA, Thiago - *Direito Administrativo: transformações e tendências*, Coimbra: Almedina, 2014. pp.487-501.

_____ - *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*, Brasília: FUB, 2014

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco - A (im) possibilidade da (auto) composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. V 18, N 3 (2017), pp.69-93. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30729>.

SOUZA, Rodrigo Pagani de - Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil contratual do Estado brasileiro, In GOMES, Carla Amado *Et al*, *III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS: uma perspectiva comparada luso-brasileira*. pp.6-43. p.37

SUNDFELD, Carlos Ari - A Administração Pública na Era do Direito Global, *Revista Diálogo Jurídico. Salvador*, V I 1, N° 2, (2001). pp.1-10.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; RIBEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Nerosky - Arbitragem como meio de solução dos conflitos nos contratos da Administração Pública: limites, formas e momento de previsão, *Revista Estudos Pesquisas Avançadas Terceiro Setor*, V 4, N 2 (2017), pp.454-476. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8387>.

TÁCITO, Caio - Arbitragem nos litígios administrativos, *R. Dir. Adm*, V 210 (1997), pp.111-115. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv. /ojs/index.php/rda/article/view/47088>.

TALAMINI, Eduardo - Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro, In VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais - *Arbitragem em Direito Público*, São Paulo: FGV, 2019.

TAQUELA, Maria Balnca Noodt - *Arbitrage Internacional em el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

TARTUCE, Fernanda - Conciliação em Juízo, In SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da - *Negociação, Mediação, Conflito e Arbitragem*, 2ªed, Rio de Janeiro: Forense. 2019. pp.195-226.

_____ - TARTUCE, Fernanda - *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*, Disponível em <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mediação-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>.

TARTUCE, Flávio - *Direito Civil 2: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____ - *Direito Civil 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies*, 14ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARUFFO, Michelle - Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *Revista Argumenta - Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, N 7 (2007), pp.257-270. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/84/84>.

TEIREIRA, Constantitno Dias – *Avaliação de Projetos de Investimento Público – Estudo de Caso no Sector dos Resíduos Urbanos em Portugal*, 2015, Tese de doutoramento. Instituto Universitário de Lisboa.

TESHEINER, José Maria Rosa - *Jurisdição Voluntária*, Rio de Janeiro: Aide, 1992.

TIBÚRCIO, Carmen - A arbitragem envolvendo a Administração Pública, *Revista de Direito da Faculdade UERJ*, N 18 (2010), pp.1-11. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduEr>.

TOMAZETTE, Marlon - Internacionalização do direito além do Estado: a nova lex mercatoria e sua aplicação, *Revista de Direito Internacional*, V 9 (2012), pp.93-121. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>.

TONIN, Maurício Morais - *Arbitragem, Mediação e outros Métodos de Solução Envolvendo o Poder Público*, Almedina Brasil: São Paulo, 2019.

TORRES, Caroline de Fátima da Silva; NETO Álvaro de Oliveira Azevedo - *A regulação no Brasil e o risco de capturas econômicas envolvido na sua operacionalidade*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bed827b4857bf056>. Recife: 2012. pp.1-22.

TRAYTER, Juan Manuel - El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, N 143. (1997), pp.75-106. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17354>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado - *Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

UBÍRIA, Fernando - Cultura de Prevención del dano y ejercicio del derecho. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2019. Palestra proferida no evento: *Congresso Internacional de Altos Estudos Jurídicos – CAED-JUS*, 2019.

URUBURU, Álvaro Echeverri - La noción del servicio público y el estado social de derecho. El caso colombiano, *Revista Novum Jus*, V 7, N 2. (2013), pp.111-127. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJu.2013.7.2.4>.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de - *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VAZ, Tânia Patrícia de Lara - Os incentivos em contratos públicos de obras e serviços: a perspectiva da law and economics, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, N 1 (2020), pp. 1319-1387. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1387.pdf.

VENOSA, Sílvio de Salvo - *Direito Civil: contratos em espécies*, 4ªed, São Paulo: Atlas, 2004.

_____ - *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ªed, São Paulo: Atlas, 2005

VIANA, Cláudia - A Globalização na Contratação Pública e o quadro jurídico internacional, In GONÇALVES, Pedro - *Estudos de Contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

VIANA, Fernando; ANDRADE, Francisco; NOVAIS, Paulo - Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia – A plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL). *Revista Scientia Iuridica*, Tomo LXV, N 341 (2016). pp.207-240.

VIGOUR, Cecilia. L'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation du politique, *Droit et Société*, (2006), pp.425-455. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2006-2-page-425.htm>.

VILAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO, Michele Cândido - Defensoria como agente na mediação de conflitos, In SOUZA, Luciana de Moessa, *Mediação de Conflitos*. 2ªed, Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. pp.247-268.

VILLA-LOBOS, Nuno - Novas Configurações da Justiça Administrativa e Fiscal em Portugal, In FONSECA, Isabel Celeste - *A arbitragem administrativa e tributária*, Almedina: Coimbra, 2013. pp.363-374.

WALD, Arnaldo - A Infra-Estrutura, as PPPs e a Arbitragem, *Revista de Direito Público*, V 2, N 10. (2005), pp.16-30. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle123456789/511>.

_____ ; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre de M - *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WALT, Kent Buse and Gill - The World Health Organization and Global Public-Private Health Partnerships: In Search of 'Good' Global Health Governance, In REICH, Michael R. Health. *Public-Private Partnerships for Public Health*, Harvard Center for Population and Development Studies. (2002), pp.169-185.

WEBER, Max - *Ensaios de Sociologia*, Trad. Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WING, Leah; RAINEY, Daniel - Online Dispute Resolution and Development of theory, In WAHAB, Mohamed s. Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel - *Online Dispute resolution: theory na practice: a treatise on technology and dispute resolution*, Portland: Eleven, 2012. pp.23-38.

WLADECK, Felipe Scipes; AMARAL, Paulo Osternack; OLIVEIRA Fernão Justen de - Arbitration in Brazil, In FILHO, Marçal Justen; PEREIRA, Cesar A. Guimarães - *Infrastructure Law of Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp.377-391.

WLADECK Felipe Scribe - Os meios de controle judicial da sentença arbitral nacional previstos na Lei N.9.307/1996, In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo - *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.241-299. p.261.

Diplomas legislativos

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, *Seção 1* (05.10.1988) 1 -32.

Constituição da República Portuguesa de 1976. Diário da República, *Série I*. N.º 86 (10/04/1976) 738 - 775.

Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.

Código Brasileiro de Justiça Desportiva. IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. — São Paulo: IOB, 2010.

Código de Processo Civil Francês. Disponível em egifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/.

Decreto Legislativo Brasileiro 1067/1860. Coleção de Leis do Brasil - 1860, Vol. 1 (28.07.1860), 15-

Decreto Legislativo Peruano n.º 1224/2015. Diário Oficial El Peruan, N.º 562173 (25.07.2015).

Decreto-Lei Brasileiro n.º 200/67. Diário Oficial da União, *Seção 1*, Suplemento (27.02.1967) 4.

Decreto-Lei Brasileiro n.º 2848/40. Diário Oficial da União, *Seção 1* (07.12.1940) 2391-.

Decreto-Lei Português n.º 3/2014. Diário da República, *Série I*. N.º 19 (28.01.2014) 60-87.

Decreto-Lei Português n.º 4/2015. Diário da República, *Série I*. N.º 4 (07.01.2014) 554-591.

Decreto-Lei Português n.º 18/2017. Diário da República, *Série I*. N.º 30, (10.02.2017) 694 – 720.

Decreto-Lei Português n.º 18/2008(Código dos Contratos Públicos de Portugal). Diário da República, *Série I*. N.º 86 (29.01.2008). 753 - 852.

Decreto-Lei Português n.º 47.344/66(Código Civil Português). Diário do Governo, *Série I*. N.º 274 (25.11.1966) 1883 - 2086.

Decreto-Lei Português n.º 86/2003(Revogado). Diário da República, *Série I-A*. N.º 97 (26.04.2003) 2682 – 2686.

Decreto-Lei Português n.º 110/2018. Diário da República, *Série I*. N.º 237/2018 (10.12.2018) 5596 – 5663.

Decreto-Lei Português n.º 111/2012. Diário da República, *Série I*. N.º 100 (2012.05.23) 2702 - 2713.

Decreto-Lei Português n.º 145/2004. Diário da República, *Série I*. N.º 141 (17.06.2004) 3698 – 3699.

Decreto-Lei Português n.º 152/2013. Diário da República, *Série I*. N.º 213. (04.11.2013) 6340 - 6354.

Decreto-Lei Português n.º 185/2002(Revogado). Diário da República, N.º 191, *Série I-A* (20.08.2002) 5852 – 5859.

Decreto-Lei Português n.º 256-A/77. Diário da República, *Série I*. N.º 138, (17.06.1977) 1476-(1) a 1476-(3).

Decreto-Lei Português n.º 380/2017. Diário da República, *Série I*. N.º 218. (13.11.2017) 8403 - 8437.

Decreto-Lei Português n.º 422/89. Diário da República, *Série I*. N.º 277 (02.12.1989) 5244 - 5266

Decreto-Lei Português n.º 425/86 - Diário da República, *Série I*. N.º 297 (27.12.86) 3832 – 3833.

Decreto-Lei n.º 448/99, Diário da República N.º 257, *Série I-A* (04.11.1999).

Decreto Presidencial Brasileiro n.º 10.025/2019. Diário Oficial da União, *Seção 1*. N.º 184 (23.09.2019).

Decreto Português n.º 128/XII. Cria o Tribunal Arbitral do Desporto e aprova a respetiva lei.

HAIA, Convenção de Haia para Solução Pacífica dos conflitos Internacionais. (18/10/1907).

Lei Brasileira n.º 8.429/92. Diário Oficial da União, *Seção 1* (02.06.1992) 6993-.

Lei Brasileira n.º 8.987/95. Diário Oficial da União, *Seção 1* (14.2.1995) 1917-.

Lei Brasileira n.º 9.037/96. Diário Oficial da União, *Seção 1* (23.07.1996) 1-

Lei Brasileira n.º 9.074/95. Diário Oficial da União, *Seção 1* (08.07.1995) Edição Extra 10125.

Lei Brasileira n.º 9.099/95. Diário Oficial da União, *Seção 1* (27.09.95) 15033-

Lei Brasileira n.º 9.784/99. Diário Oficial da União, *Seção 1* (01.02.1999) 1-

Lei Brasileira n.º 9.469/97. Diário Oficial da União, *Seção 1* (11.07.97) 14704-

Lei Brasileira n.º 9.478/97. Diário Oficial da União, *Seção 1* (07.08.97) 6925-

Lei Brasileira n.º 9.494/97. Diário Oficial da União, *Seção 1* (11.09.1997) 20158-

Lei Brasileira n.º 10.693/2003. Diário Oficial da União, *Seção 1* (26.03.2003) 1-

Lei Brasileira n.º 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro). Diário Oficial da União, *Seção 1* (11.01.2002) 1-.

Lei Brasileira n.º 11.079/2004. Diário Oficial da União, *Seção 1* (31.12.2004) 6-.

Lei Brasileira n.º 10.848/2004. Diário Oficial da União, *Seção 1* (15.03.2004) 2-

Lei Brasileira n.º 12.462/2011(revogada). Diário Oficial da União, *Seção 1*. N.º 150 (5.08.2011). 1-

Lei Brasileira n.º 13.105/15(Código de Processo Civil Brasileiro). Diário Oficial da União, *Seção 1*. (17.03.2015) 1-

Lei Brasileira n.º 13.140/2015. Diário Oficial da União, *Seção 1* (26.06.2015) 4-

Lei Brasileira nº13.334/2016. Diário Oficial da União, *Seção I*. Edição Extra. (13.09.2016) 1-
Lei Brasileira nº 13.448/17. Diário Oficial da União, *Seção I* (05.06.2017) 1-
Lei Brasileira nº 14.133/21. Diário Oficial da União, *Seção I*. - Edição: 61-F – Extra F (01.04.2021) 2-
Lei Estadual do Estado de Minas Gerais/Brasil nº 19.477/11. Diário do Executivo, (13.01.2011) 1-
Lei Estadual do Estado de Pernambuco/Brasil nº 15.627/2015. Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, (29.10.2015) 5-
Lei Espanhola 60/2003. Jornal Oficial de Espanha (23.12.2003).
Lei Portuguesa 13/2002. Diário da República, *Série I-A*. Nº 42 (19.02.2002) 2-39 1324 – 1340.
Lei Portuguesa nº 15/2002 (Código de Processos nos Tribunais Administrativos de Portugal). Diário da República, *Série I-A*. Nº 45 (22.02.2002) 1422-1457.
Lei Portuguesa nº 27/2007. Diário da República, *Série I*. Nº 145 (30.07.2007). 4847 – 4865.
Lei Portuguesa nº 29/2013. Diário da República, *Série I*. Nº 86 (04.05.2021) 11-(2) a 11-(8).
Lei Portuguesa nº 30/2021. Diário da República, *Série I*. Nº 100 (22.05.2021) 2-39.
Lei Portuguesa nº 31/86. Diário da República, *Série I*. Nº 198 (09.08.1986) 2259 - 2264.
Lei Portuguesa nº 34/2013. Diário da República, *Série I*. Nº 94 (16.05.2013) 2921 – 2942
Lei Portuguesa nº 41/2015. Diário da República, *Série I*. Nº 107 (03.06.2015). 3514 – 3549.
Lei Portuguesa nº 48/90 (Revogada). Diário da República, *Série I*. Nº 195 (24.08.1990) 3452 - 3459.
Lei Portuguesa nº 62/2011(redação originária). Diário da República, Nº 236, *Série I*. (12.12.2011) 5258 - 5260.
Lei Portuguesa nº 63/2011. Diário da República, *Série I*. Nº 238 (14.13.2011) 5276- 5289.
Lei Portuguesa 67/2007. Diário da República, *Série I*. Nº 251 (31.12.2007) 9117 – 9120.
Lei Portuguesa 75/2013. Diário da República, *Série I*. Nº 176/2013 (19.09.2013). 5688 – 5724.
Lei Portuguesa 78/2001. Diário da República, *Série I-A*. Nº 161/2001 (13.07.2001).
Lei Portuguesa nº 78/2015. Diário da República, *Série I*. Nº 161 (13.07.2007) 4267 – 4274.
Lei Portuguesa nº 95/2019. Diário da República, *Série I*. Nº 169 (04.09.2019) 55-66.
Lei Portuguesa nº 118/2019. Diário da República, *Série I*. Nº 178/2019 (17.09.2019) 3-198.
Lei Portuguesa nº 144/2015. Diário da República, *Série I*. Nº 175 (08.09.2015) 7251-7258.
Portaria Portuguesa 165/2020. Diário da República Nº 130, *Série I* (07.7.2020).
Proposta de Lei Portuguesa nº 41/XIV/1.^a DAR II, *Série A*. Nº 110 (2020.06.26) 30-63.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 30 de março de 2007.
UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial da União Europeia. C 202/47 (07.6.2016).

Decisões judiciais e arbitrais

ACORDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, processo 082/17.6BCLSB 0747/18, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/21d957a30f6649cb8025847800477624?OpenDocument>.

ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 52/92, Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/175977/details/maximized>.

ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional, processo 230/2013, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html?impressao=>.

ACÓRDÃO do Superior Tribunal de Justiça, processo 2018/00004690-0, Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549441400/conflicto-de-competencia-cc-156241-sp-2018-0004690-0?ref=serp>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal, ADPF 347 MC/DF, Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>.

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Federal, Tema 532, Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4005451&numeroProcesso=633782&classeProcesso=RE&numeroTema=532#>.

DECISÃO ARBITRAL da CAMARB- Câmara de Arbitragem empresarial-Brasil, processo 04/2014, Disponível em <https://camarb.com.br/en/institutional/our-history/>

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa processo 82/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=67>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa processo 83/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=93>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa processo 84/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=92>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 87/2016-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=95>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 2/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=102>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 7/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=96>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 08/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=94>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 10/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=111>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 11/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=98>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 12/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=10&id=106>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 13/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=184>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 15/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=101>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 16/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=107>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 17/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=103>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 21/2017-A. Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoes/decisao.php?listPage=11&id=99>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 48/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=11&id=104>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 49/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=11&id=112>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 50/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=11&id=116>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 51/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=11&id=110>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 52/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=11&id=117>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 53/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=100>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 54/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=108>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 55/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=125>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 72/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=126>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 75/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=120>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 82/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=114>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 84/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=105>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 86/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=109>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 87/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=119>.

DECISÃO ARBITRAL do CAAD- Centro de Arbitragem Administrativa, processo 88/2017-A, Disponível em <https://caad.org.pt/administrativo/decisoas/decisao.php?listPage=12&id=136>.

DECISÃO ARBITRAL do Centro de Arbitragem Comercial, decisão de 7/02/2017, Disponível em Fonte:<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/21d957a30f6649cb8025847800477624?OpenDocument&ExpandSection=1>