

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



A Arbitragem administrativa: A igualdade de partes no acesso à justiça no âmbito dos contratos públicos no Brasil e em Portugal

Djalma de Oliveira Leite Neto

Orientador: Professor Doutor Domingos Miguel Soares Farinho

Dissertação especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito e Ciências Jurídicas com especialidade em Direito Administrativo

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



A Arbitragem administrativa: A igualdade de partes no acesso à justiça no âmbito dos contratos públicos no Brasil e em Portugal

Dissertação apresentada pelo aluno Djalma de Oliveira Leite Neto, sob a orientação do Professor Doutor Domingos Miguel Soares Farinho, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Ciências Jurídicas com especialidade em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas com especialidade em Direito Administrativo

Resumo

O presente trabalho dissertativo tem como objetivo principal expor a discussão acerca da utilização da arbitragem administrativa Voluntária, através de um direito comparado entre Brasil e Portugal, realizando uma análise do princípio igualdade quando o Ente Público está litigando com o particular, demonstrando quais aspectos já foram superados e quais serão os novos desafios após a edição da norma brasileira que trata sobre o tema Lei nº 13.129/15, que alterou a lei de Arbitragem adicionando dispositivo que traz expressamente a autorização legislativa para o uso desse meio alternativo de resolução de controvérsias pelo poder público, bem como a norma portuguesa Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro LAV, bem como as inovações do CPTA. Para tanto, foram expostos, primeiramente, os aspectos históricos e procedimentais relevantes da arbitragem, no âmbito da contratação pública, por uma questão histórica e em razão da comparação entre os dois países, bem como as vantagens trazidas pela adoção desse método. Após, foram abordados os princípios administrativos que possuem conexão com o tema, assim como foram expostos pontos pertinentes sobre os contratos administrativos e sobre a nova tendência da doutrina administrativista que preza pelo pragmatismo e pelo consenso com o particular, analisando-se também a arbitrabilidade objetiva e subjetiva do Estado e alguns limites impostos ao uso da arbitragem pela Administração Pública bem como seus privilégios em juízo face do particular no ordenamento jurídico brasileiro. No decorrer do trabalho foram trazidos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como a análise da legislação sobre o tema, em especial um adentro sobre a arbitragem necessária que se utiliza em Portugal e os posicionamentos de alguns constitucionalistas renomados. Ao final, conclui-se que há casos específicos em que a Administração poderá fazer uso da arbitragem para dirimir conflitos dos quais faz parte, usufruindo dos benefícios desse método extrajudicial, mas sempre observando os princípios que a regem não deixando de lado o princípio fundamental que tem uma dimensão internacional que é o da igualdade.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Administrativa. Princípios constitucionais. Princípio da igualdade. Contratos Administrativos...

Abstract

The main objective of this dissertation work is to expose the discussion about the use of voluntary administrative arbitration, through a comparative law between Brazil and Portugal, carrying out an analysis of the principle of equality when the Public Entity is litigating with the private party, demonstrating which aspects have already been overcome and what will be the new challenges after the publication of the Brazilian standard that deals with the topic Law No. 13,129/15, which amended the Arbitration law by adding a provision that expressly provides legislative authorization for the use of this alternative means of resolving disputes by power public, as well as the Portuguese standard Law no. 63/2011, of 14 December LAV, as well as the innovations of the CPTA. To this end, the relevant historical and procedural aspects of arbitration, within the scope of public contracting, were first exposed, for historical reasons and due to the comparison between the two countries, as well as the advantages brought by the adoption of this method. Afterwards, administrative principles that have a connection with the topic were addressed, as well as pertinent points about administrative contracts and the new trend of administrative doctrine that values pragmatism and consensus with the individual, also analyzing objective arbitrability. and subjective nature of the State and some limits imposed on the use of arbitration by the Public Administration as well as its privileges in court compared to private individuals in the Brazilian legal system. During the work, doctrinal and jurisprudential positions were brought forward, as well as the analysis of legislation on the subject, in particular an insight into the necessary arbitration that is used in Portugal and the positions of some renowned constitutionalists. In the end, it is concluded that there are specific cases in which the Administration may use arbitration to resolve conflicts to which it is a party, enjoying the benefits of this extrajudicial method, but always observing the principles that govern it, not leaving aside the fundamental principle that It has an international dimension, which is equality.

Keywords: Arbitration. Administrative Administration. Constitutional principles. Principle of equality. Administrative Contracts..

Advertências

O presente trabalho foi redigido conforme a norma brasileira do português, sem considerar, a priori, as inovações do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa ratificado pela Assembleia da República Portuguesa em 04 de junho de 1991, exceto aquelas já usualmente utilizadas no Brasil antes da validação do referido acordo.

Buscou-se embasar o presente estudo com referências bibliográficas de autores nacionais e internacionais, por reconhecida importância na área jurídica, histórica e politológica e para a reconstrução correta dos institutos jurídicos à luz da doutrina e da jurisprudência, sobretudo, brasileira e portuguesa.

Um conjunto de fatos históricos transcorridos no cenário político brasileiro foi considerado para a pesquisa, especialmente, após a promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988 até a data-limite de 31 de maio de 2023 para a recolha de referências legislativas e jurisprudenciais, bem como a lei da arbitragem no Brasil Lei nº 9.307/1996 e em Portugal Lei n.º 63/2011.

Por fim, informa-se que as referências bibliográficas foram citadas no rodapé da página em consonância com as normas de procedimento e estilo da e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público. Na bibliografia ao final do estudo, restaram listadas, além das obras bibliográficas e dos documentos consultados, os acórdãos do Superior Tribunal Federal brasileiro, bem como a jurisprudência portuguesa, com as directivas da comunidade europeia, as legislações consultadas, bem como outros textos e documentos que forneceram dados objetivos e atualizados.

Agradecimentos

Agradeço inicialmente a Deus e à espiritualidade, que me guiam me protegem e me dão o equilíbrio na minha caminhada sobre a Terra.

À minha família, em especial à minha mãe Maria Luíza, minha Joia Rara, que é minha grande incentivadora em todos os meus sonhos desde pequeno, incentivadora das minhas lutas, mestra no ensinamento de como enfrentar e vencer os desafios da vida, fortalecendo-me de uma maneira que acredito ser capaz de conquistar tudo que eu queira. Às minhas irmãs Nilmara e Lorena, incondicionalmente inseparáveis da minha essência e do meu amor.

Ao Sr. Doutor Professor Domingos Soares Farinho, por me acompanhar e apoiar nesta etapa da minha vida acadêmica, por orientar o longo percurso desta jornada, munindo-me das ferramentas necessárias que foram de grande contributo, nomeadamente na delimitação do tema da dissertação e na indicação de obras que fizeram grande diferença para a minha análise técnica, sobretudo em relação à legislação portuguesa. Pela sua disponibilidade, amabilidade, incentivo e transmissão entusiástica do conhecimento, do qual destaco o seu contributo positivo.

Aos meus amigos, porque sem eles a caminhada é deserta e árdua. Agradeço a Adriano, meu pessoal e conselheiro. A Patrícia Moura pelo carrinho e por me ouvir nos momentos de saudades e solidão. A Naiara por estar sempre comigo, me apoiando, alegrando e incentivando. A Marcos por me acolher na sua casa e compartilhar os amigos quando mais precisei. À minha grande amiga, Judite Barros, pelo apoio incondicional e constante em todo este percurso académico, dando-me forças para não desistir e sempre acreditando em mim, principalmente nos momentos de dúvidas e incertezas que me assolaram durante a realização deste trabalho, ajudando-me a ultrapassar os obstáculos com que me deparei.

Enfim, à toda a minha família e amigos, pela inspiração e apoio, que mesmo com a distância que nos separa nesta imensidão do oceano Atlântico, nunca me senti sozinho, e tenho a certeza do amor de todos vocês, a quem dedico o presente trabalho. Obrigado!

Abreviaturas

ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ART.	Artigo
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CCP	Código dos Contratos Públicos
CEDH	Comissão Europeia do Direitos do Homem-
CFP	
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUE	Directivas da União Europeia
EC	Emenda Constitucional
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
FNE	Federação Nacional dos Engenheiros
LArb	Lei de Arbitragem
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LTAD	
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAD	Tribunal Administrativo do Desporto,
TC	Tribunal Constitucional
TCU	Tribunal de Contas da União
	Tribunal Central Administrativo Sul
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Sumário

1	Introdução	08
2.	Considerações sobre a arbitragem	10
3	Um breve aparato histórico acerca da arbitragem	18
3.1	A evolução histórica da arbitragem em Portugal	19
3.2	Processo Histórico no Brasil	20
3.3	O objeto da arbitralidade administrativa no Brasil.	25
4.	A administração pública como sujeito de direito capaz de contratar	29
4.1	Breves Considerações sobre os contratos administrativos	29
4.2	O objeto da arbitralidade administrativa em Portugal atualmente	33
5.	A arbitragem voluntária e a arbitragem necessária	36
5.1	Arbitragem ad-hoc e arbitragem institucionalizada	41
5.2	Arbitrabilidade Subjetiva	42
5.3	Arbitrabilidade Objetiva	45
5.4.	O acordo das partes	48
5.5.	As escolhas de Arbitro	51
5.6	A jurisdição da arbitragem	52
6.	Princípios constitucionais relevantes para a Adoção da arbitragem administrativa	55
6.1	Princípio da supremacia do interesse público	55
6.2	Princípio da Indisponibilidade	56
6.3	Princípio da Legalidade Administrativa	58
6.4	O princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público	59
6.5	A Arbitragem e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	60
7.	O princípio da igualdade de partes	68
7.1	O princípio da igualdade na Constituição da República Portuguesa	71
7.2	O princípio da igualdade na Constituição da República Brasileira	73
7.3	Os privilégios do ente público em juízo e seus reflexos no princípio da igualdade	86
8.	O princípio da igualdade de partes na arbitragem	87
9.	Conclusão	91

1 INTRODUÇÃO

A Arbitragem é vista como um meio alternativo de resolução de conflito na relação jurídico-administrativo, que vem cada vez mais se consolidando como uma via segura e eficaz de resolução de conflitos de forma globalizada e atualizada. A arbitragem geral, originária do direito privado, se expandiu no âmbito do direito público, do qual se concretiza na voluntariedade, de um querer conjunto de ambas as partes na faculdade de escolher entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio.

Entretanto, a evolução da arbitragem no Brasil segue um ritmo mais lento e conservador, especialmente no que tange ao uso do processo arbitral pela Administração Pública. No ordenamento jurídico brasileiro a lei nº 9.307/1996 de arbitragem, trouxe a tendência mundial de resolução de conflito por via extrajudicial, entretanto, foi omissa no que tange a possibilidade de a Administração Pública poder utilizar dessa nova ferramenta. Por conta disso por vezes a utilização pela Administração pública era prevista em legislação esparsa e específica, o que gerou posicionamentos diferentes sobre a adoção da arbitragem pelo Ente Público, assim como inexistente no Brasil a modalidade da arbitragem necessária, como será demonstrado no decorrer do trabalho.

Deste modo, para solucionar as dúvidas levantadas acerca da possibilidade de a Administração Pública optar pela arbitragem, foi sancionada em 26 de maio de 2015, a lei nº 13.129, que alterou a Lei nº 9.307/1966, e trouxe expressamente a autorização da arbitragem pela Administração Pública para solucionar questões oriundas a direitos patrimoniais disponíveis, em contratos por ela celebrados.

No ordenamento jurídico português, é admissível a arbitragem necessária decorrente de uma lei especial, que traz uma determinação legal ao impor às partes a submissão da resolução do litígio à arbitragem, não havendo a faculdade de escolha entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio.

Nesse sentido surgem algumas questões que carecem de uma maior reflexão: O juízo arbitral garante o princípio do devido processo legal? A arbitragem veda o direito ao acesso aos tribunais judiciais? Os princípios constitucionais e processuais são respeitados na arbitragem administrativa? Temos a eficácia do princípio da igualdade no procedimento arbitral?

A arbitragem voluntária, é fundada na autonomia privada, as partes celebram uma convenção de arbitragem, delegando poderes aos árbitros para julgarem acerca da questão, através de normas legislativa.

A sua legitimidade, está consagrada no princípio da autonomia privada previsto no artigo 405º., do Código Civil Português, bem como, também o princípio do Estado democrático de direito previsto nas duas Constituições, no artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa-CRP, e no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB, nesta última temos ainda o art. 114, §§ 1º e 2º e o art. 12, § 2º deste principal Instituto. No Código de Processo Civil Brasileiro- CPC, de 2015 no seu art. 3º, § 1º, modalidade esta que já se encontrava legislada pela Lei 9.307/1996 e alterações posteriores feitas pela Lei 13.129/2015, que dispõe sobre a arbitragem no Brasil.

Vale salientar também que no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 no seu artigo 237, IV, está prevista a Carta arbitral na resolução de litígios, convalidado assim o uso da arbitragem no território brasileiro.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro não foi instituído a modalidade da arbitragem necessária até o presente momento, desse modo, faremos um comparativo da arbitragem administrativa voluntária brasileira com a arbitragem necessária em Portugal no setor público, além das diferentes modalidades da arbitragem que derivam da arbitragem geral.

No Brasil é admissível, a submissão de entidades da administração pública ao procedimento arbitral, desde que haja lei que autorize, ou em caso de ausência desta, tratando para as empresas públicas ou sociedade de economia mista da qual desempenha atividade econômica, ou até mesmo prestação de serviços públicos, desde que a controvérsia seja referente à questão patrimonial.

Por fim, cabe ressaltar que o objeto deste trabalho versará a respeito da Arbitragem administrativa voluntária, decorrente da contratação pública, em virtude de sua natureza oriunda do direito privado, e por decorrência de critérios históricos comparando o Brasil com Portugal. Se tal meio alternativo de resolução de litígio consubstancia uma violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, se violam os princípios constitucionais, em especial o da igualdade de partes, bem como análises dos entendimentos jurisprudenciais no que tange a admissibilidade da arbitragem, no âmbito de um direito comparado entre Portugal e o Brasil, tema que nos propomos tratar neste trabalho.

A expressa legalidade do uso da arbitragem pelos entes públicos não soluciona dúvidas referentes aos limites que deverão serem impostos à utilização deste instituto, na sua admissibilidade em virtude da exigência legal da jurisdição arbitral, gerando assim questionamentos a respeito do acesso à justiça, bem como a igualdade de partes, sobretudo

acerca das diversas prerrogativas do Ente Público, que tem o dever de agir em conformidade com os princípios que lhe regem, em busca do melhor interesse público, e por muitas vezes obtendo uma posição de superioridade em detrimento do particular.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ARBITRAGEM

A arbitragem consiste num modo extrajudiciário de heterocomposição de conflitos relativos a direitos disponíveis em que as partes, de comum acordo (convenção esta que as vincula e por meio da qual renunciam à jurisdição estatal), submetem a questão litigiosa a um ou mais terceiros, que constituem um tribunal arbitral, possibilitando as partes a estipularem as regras de direito que serão aplicadas, desde que não incorram em violações aos bons costumes. A decisão por ele exarada tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial.¹

Os árbitros estão obrigados a julgarem os processos que estão sob sua análise com as mesmas regras e princípios e garantias concernentes aos processos dos tribunais do Estado, sob pena de nulidade, tendo, por conseguinte uma função jurisdicional respaldado na segurança jurídica e demais princípios constitucionais e processuais vigentes.

Sobre a função jurisdicional da arbitragem várias questões surgiram por parte da doutrina, que com o passar do tempo foram sanadas através de entendimentos jurisprudenciais, sobre esse tema iremos abordar ao decorrer do trabalho, assim como as dúvidas sobre sua constitucionalidade no Brasil e em Portugal, bem como o limite imposto para as partes valem-se do instituto.

Por essa razão é uma via alternativa, de suma importância na garantia de resoluções de conflitos, especialmente nos processos de contratação pública, possibilitando o particular obter resoluções de litígios em um prazo razoável, célere e menos oneroso principalmente ao litigar contra a administração pública, que no Brasil leva anos a serem julgados, tendo o Ente pública certos privilégios que acaba gerando uma grande desigualdade entre o particular e conseqüentemente a morosidade. Essa possibilidade de mais uma opção de tratativa em eventuais conflitos torna-se a contratação pública mais eficaz e atrativa principalmente no comercio internacional. Sendo assim, podemos falar que não há nenhuma incompatibilidade entre a justiça e a autodeterminação privada. A justiça não pode nem deve ser um monopólio estatal

¹ Lei nº 9.307/1996: “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”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm - . Acesso em: 10/02/2023.

especialmente em um mundo globalizado e em países capitalistas que o fator econômico é fundamental para o crescimento e confiabilidade nas negociações no setor público e privado, não é apenas através do Estado que se tem acesso à justiça.

Qualquer litígio que não desrespeite direitos indisponíveis e que por lei especial não esteja vinculado de maneira exclusiva ao tribunal judicial pode ser submetido à apreciação do instituto da arbitragem. O mesmo critério vale para a administração pública poder celebrar convenções de arbitragem administrativa, desde que esteja autorizada por lei.²

Denomina-se arbitrabilidade a viabilidade jurídica de submeter determinada controvérsia à arbitragem. O tema é relevante porque nem todas as partes podem se vincular à arbitragem e, além disso, não são todas as questões que podem ser apreciadas em juízos arbitrais. Dizer que o litígio não é arbitrável significa que não pode ser solucionado por tribunal arbitral, de modo que a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, da competência dos árbitros.³

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.

É das partes a opção de escolha sobre as regras de direito a serem adotadas no procedimento arbitral, desde que não seja contrária aos bons costumes e a ordem pública, podendo assim convencionaram se a decisão deverá ser fundamenta nas regras gerais de direito, nos usos e costumes ou nas regras internacionais de comercio.

² Portugal. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. (Convenção de arbitragem) - [revogado, mantendo-se em vigor o n.º 1 cfr. n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 63/2011].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. 2 - A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória). 3 - As partes podem acordar em considerar abrangidas no conceito de litígio, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar, actualizar ou mesmo rever os contractos ou as relações jurídicas que estão na origem da convenção de arbitragem. 4 - O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 30/03/2023.

³ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: arbitragem comercial internacional, 2003, p. 213.

Essas regras na verdade vinculam os árbitros, devendo a opção escolhida ser seguida à risca quando da decisão. Tudo isso sem se esquecer de que os próprios árbitros, são livres de escolha das partes.⁴

Partindo desta premissa, podemos tentar definir o conceito da Arbitragem, uma vez que atualmente não há conceito uniforme na doutrina.

Carlos Alberto Carmona, conceitua a arbitragem como “Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”⁵.

Nesse sentido, a arbitragem é uma medida heterocompositiva, significa que, assim como em um procedimento no âmbito judicial, cabe a um terceiro, que não está em nenhum dos dois polos, proferir a decisão no conflito. Quando comparado ao litígio judicial comum, a arbitragem se diferencia por não ter um representante do Estado como julgador, mas um árbitro⁶ com conhecimento específico na área atinente à disputa em questão, escolhido em comum acordo pelas partes.

Desse modo, esse árbitro deve ser uma pessoa de conhecimentos consolidados na matéria a ser arbitrada e gozar da confiança das partes no tocante à sua isonomia, imparcialidade e prática ilibada, sólidos conhecimentos jurídicos, para alcançar uma resolução pautada no ordenamento jurídicos pátrio vigente, e/ou através das Convenções e Acordos Internacionais, convalidando-se mundialmente nas contratações privadas e públicas como meio eficaz e seguro de resolução de conflitos.

Nessa senda, a arbitragem, tem sua natureza jurídica jurisdicional, com o fim específico de pacificar as partes em conflito, atua como via de mão dupla na interlocução destas, arbitrando sobre o direito pretendido, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais estatais, uma vez que segue os princípios e normas pautadas nas normais nacionais e internacionais que regulam a matéria.

⁴ ALMEIDA, João Albeto de. **Processo Arbitral**. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002., p. 6.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

⁶ Importante ressaltar que o árbitro, embora não seja representante do Estado ou seja um juiz de toga, se reveste de jurisdição (conforme o art. 18 da Lei de Arbitragem), sendo equiparado inclusive a servidor público, nos termos do art. 17 da mesma Lei: Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Cabe nesse sentido, analisar a natureza jurídica da arbitragem, que sob à luz do ilustre jurista Nelson Nery Júnior pode-se afirmar que o reconhecimento desta como um instituto jurisdicional, deu maior credibilidade à sua utilização. Nesse sentido, afirma ainda que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial [...].⁷

A natureza de jurisdição da arbitragem também foi reforçada com a maior independência e respaldo legal conferido ao árbitro, que, conforme os ditames do art. 18 da Lei 9.307/9629, é *juiz de fato e de direito*.⁸

Nessa perspectiva, sendo a arbitragem espécie de justiça privada, e sendo o árbitro "juiz de fato e de direito", mesmo não sendo parte do Poder Judiciário Estatal, exerce ele jurisdição sob certa perspectiva, no sentido lato, na medida em que auxilia na pacificação social, dirimindo conflitos de interesses, assegurado, assim, ao cidadão, o acesso à jurisdição⁹.

Apesar de inicialmente se ter a ligeira impressão de que a arbitragem se trata de uma forma simples de resolução de conflitos esta modalidade de redução de atuação tem critérios e regulamentação própria que define sua natureza e forma de atuação assegurando os envolvidos uma segurança jurídica, especialmente quando tem a administração pública integrada como parte.

Desse modo, insta esclarecer que apesar da natureza jurisdicional, nem todos os litígios podem ser objeto da arbitragem, posto que devem estar presentes certos requisitos que validam a possibilidade de a lide ser resolvida através deste procedimento. O caput do art. 1º da Lei nº 9.307/96 especifica os dois requisitos para aceitação da via arbitral. Portanto, pode-se falar da arbitrabilidade subjetiva e da arbitrabilidade objetiva. A primeira reza sobre a capacidade de contratar das partes, sem a qual não se pode validar uma convenção de arbitragem, ou seja, a capacidade jurídica das partes contratantes. A segunda diz respeito ao objeto da demanda, que

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, 13. ed., São Paulo:RT, 2013, p. 1.758.

⁸ Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996). Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18/20/2023.

⁹ Tem-se que, no novo quadro, em face das várias precauções tomadas pelo legislador, não se pode falar em exclusão do acesso à via judicial, garantida que esta está, e explicitamente, nas hipóteses já mencionadas.

deve tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Pode-se afirmar, portanto, que uma versa sobre as partes e a outra sobre o objeto do contrato¹⁰.

Posto isso, resta esclarecer que não podem ser objeto da arbitragem conflitos que envolvam questão de Estado, de direito de família ou outros casos que tratem de interesse patrimonial indisponível, limitação ratificada pelo art. 852 do Código Civil Brasileiro¹¹. O Ente público, possui capacidade para contratar, mas, no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, é preciso ter em análise o caso concreto.

A arbitragem apresenta-se como um mecanismo de resoluções de litígio extrajudicial, de meio célere, eficaz, econômica e justa de administração e realização da justiça, por meio de um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, para resolver os conflitos relativos aos direitos disponíveis, mediante convenção de Arbitragem, cujas decisões produzem os mesmos efeitos que as decisões judiciais.

Além disso, o custo de um processo judicial também constitui uma desvantagem do processo jurisdicional, visto que cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando ao estado as custas desde o início até a sentença final, bem como aqueles referentes aos recursos e à execução na forma da lei.¹²

Os conflitos de natureza judicial podem ser resolvidos através de soluções institucionais que atribuem a legitimidade para decidir a tribunais sem natureza permanente constituídos ad hoc através de um acordo ou convenção (de arbitragem), ditos tribunais arbitrais, sendo a sua decisão tendo força vinculativa para as partes.

Nesse sentido, o árbitro tornou-se uma figura mais importante, ao ser concedido mais autonomia podendo intervir no procedimento arbitral, fato convalidado através do princípio de origem alemã Kompetenz-Kompetenz, que está previsto pelo art. 8º da Lei da Arbitragem¹³. Conforme esse princípio, o árbitro tem competência para decidir sobre sua própria competência,

¹⁰ Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18/02/2023.

¹¹ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. (Código Civil de 2002).

¹² MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32905-41006-1-PB.pdf>> Acesso 20/02/23.

¹³ LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem no Brasil: 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 08/10/2022.

podendo decidir sobre as impugnações que surgirem sobre sua capacidade de julgar, da extensão dos seus poderes e da arbitrabilidade da controvérsia, ou seja, ele tem a faculdade avaliar a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram através da convenção arbitral. Todavia, Carmona destaca que esse princípio não é absoluto, afirmando que:

[...] poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral.¹⁴

Desta maneira, entendemos que a maior autonomia dada ao árbitro auxilia na desburocratização do procedimento arbitral, validando uma das vantagens mais evidentes trazida pelo instituto: a celeridade do procedimento, uma busca pela igualdade de partes, bem como promovendo um acesso ao direito por meios alternativos de resolução uma vez que, a justiça não é monopólio ou exclusivo do Estado¹⁵

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 162.

¹⁵ Nesse sentido decidiu a Ministra do STJ Ministra NANCY ANDRIGHI em DJe 30/10/2018, acerca da competência do juízo arbitral. EMENTA: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGUMENTO. AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. 1. A existência de provimentos jurisdicionais conflitantes entre si autoriza o conhecimento do conflito positivo de competência. 2. O juiz está autorizado a realizar controle de legalidade de disposições que integram o plano de soerguimento, muito embora não possa adentrar em questões concernentes à viabilidade econômica da recuperanda. Precedentes. 3. As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. Precedentes. 4. Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória - princípio da kompetenz-kompetenz. Precedentes. 5. A instauração da arbitragem, no particular, foi decorrência direta de previsão estatutária que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários. 6. Ainda que a jurisprudência do STJ venha entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial de sociedades em recuperação judicial é do juízo do soerguimento, a presente hipótese versa sobre situação diversa. 7. A questão submetida ao juízo arbitral diz respeito à análise da higidez da formação da vontade da devedora quanto a disposições expressas no plano de soerguimento. As deliberações da assembleia de credores - apesar de sua soberania - estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Precedente. 8. O art. 50, caput, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser "respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente". E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem privativamente a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência. CONFLITO CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRALBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo CC 0051390-25.2018.3.00.0000 RJ 2018/0051390-6. Ministra relatora NANCY ANDRIGHI DJe 30/10/2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5734699/mod_resource/content/0/CC15709920181030%20nancy%20andrighi%20arbitragem.pdf. Acesso em: 25/06/2023.

Através da análise do julgado acima, é possível perceber que, com o tempo e certas adaptações, a arbitragem tem ganhado cada vez mais respaldo e aceitação. Esse reconhecimento é particularmente evidente perante os Tribunais Estaduais, uma vez que contribui para aliviar a carga do Judiciário. Além disso, a arbitragem apresenta o mérito de proferir decisões que atendem aos interesses das partes envolvidas, respeitando as normas gerais de direito.

No que diz respeito à arbitragem pública, a internacionalização do direito administrativo tem conduzido à modificação da estrutura das relações administrativas com o Estado. A justiça administrativa necessitava adaptar-se às novas exigências da sociedade contemporânea, onde os litígios judiciais entre o particular e a administração pública merecem ser apreciados com celeridade e eficiência. Não é mais aceitável a crise na justiça e a morosidade nas demandas judiciais envolvendo a administração. Isso obriga o direito administrativo a permanecer alinhado com o futuro.

A arbitragem seja privada ou pública constitui um meio de resolução de litígios alternativo a prestação jurisdicional estadual, prevista constitucionalmente nos art. 202º/4 e seguintes da Constituição da República Portuguesa-CRP¹⁶. As decisões arbitrais são absolutamente válidas na ordem jurídica portuguesa e brasileira, por consequência destes tribunais serem constitucionalmente equiparados à ordem jurídica estadual, por via do art. 209º/2 CRP¹⁷ e no Brasil a Lei da Arbitragem n.º 9.307/1996, acrescentando para o ordenamento jurídico brasileiro a tendência mundial da adoção de resolução de conflitos por via extrajudicial a arbitragem.

Ademais, vale fazer uma breve distinção entre arbitragem voluntária e a arbitragem necessária. Em relação a arbitragem voluntária é a modalidade que dá nome ao regime (LAV), deriva da vontade das partes em realizar um tribunal arbitral, mediante convenção de arbitragem, a resolução de qualquer litígio respeitante a interesses de ordem patrimonial que uma lei de natureza especial não submeta aos tribunais do Estado ou à arbitragem necessária, atento o disposto no n.º 1 do artigo 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), aprovada pela Lei n.º

¹⁶ CRP.ART.202. Função jurisdicional. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. N.4: A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10/11/2022.

¹⁷ CRP.ART.209. Categorias de tribunais. N.2: Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz., Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10/11/2022.

63/2011, podendo ainda assim tal litígio ser apreciado pelo Tribunais Judiciais em caso de renúncia das partes à jurisdição arbitral, sendo também internacionalizada, possibilitando as entidades públicas portuguesas participar em arbitragem internacional.

A Arbitragem administrativa necessária, está respaldado na criação de uma lei especial para submeter o litígio a esta modalidade e se fundamenta em razões econômicas, celeridade processual, especialização por parte dos julgadores, podendo assim proferir uma decisão por equidade, existindo o dever dos árbitros de agir em conformidade com os interesses de ordem pública.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro, que dispõem sobre a arbitragem, introduziu a tendência mundial de resolução de conflitos por meio extrajudicial. No entanto, a lei foi omissa em relação à possibilidade de a Administração Pública utilizar essa nova ferramenta. Em decorrência disso, em algumas situações, a utilização pela Administração Pública era prevista em legislação esparsa e específica, o que resultou em diferentes posicionamentos sobre a adoção da arbitragem pelo Ente público. Além disso, surgiram questionamentos sobre a sua constitucionalidade, um tema que será abordado ao longo deste trabalho.

Sendo assim, para solucionar as dúvidas levantadas acerca da possibilidade de a Administração Pública optar pela arbitragem, foi sancionada em 26 de maio de 2015, a lei nº 13.129, que alterou a Lei nº 9.307/1966, e trouxe expressamente a autorização da arbitragem pela Administração Pública para solucionar questões oriundas a direitos patrimoniais disponíveis, em contratos por ela celebrados, sanado assim qualquer dúvida em face de sua legalidade e respaldando o uso desse meio alternativo de litígio pela administração pública.

No entanto, a clara legalidade do uso da arbitragem pelos entes públicos não resolve algumas questões, tais como o acesso à justiça, a igualdade das partes no procedimento arbitral e aos limites que devem ser impostos à utilização deste instituto. O Ente Público tem o dever de agir em conformidade com os princípios que o regem, buscando o melhor interesse público.

3 UM BREVE APARATO HISTÓRICO ACERCA DA ARBITRAGEM

A arbitragem é um instituto atualmente difundido no mundo globalizado, sendo bastante eficiente nos países praticantes, conseqüentemente com o rápido crescimento do comércio internacional das últimas décadas. Entretendo, a sua utilização era utilizada desde os tempos mais antigos da história humana.

Para melhor compreensão desse meio alternativo de resolução de conflitos, vale a pena ressaltar os caminhos percorridos, desde sua origem até os dias atuais.

É um instituto muito antigo para resoluções de litígios de direito privado: questões de execução ou inexecução de contratos e até de propriedade sobre bens. Muitas vezes, por consenso, os litigantes entregavam a resolução do seu caso a um vizinho experiente ou a um homem de grande reputação.

No continente Europeu, era os senhores feudais e, depois, os soberanos tenderam a sobrepor a essas formas consensuais de resolução de litígios uma máquina judiciária oficial, mais ou menos desenvolvida.

No final do século IX, a Arbitragem constituía uma forma comum de resolução de litígios na Constantinopla. Importa referir as Ordenações Afonsinas, no século XV, as Manuelinas no século XVI, e as Ordenações Filipinas, até meados do século XIX, todas consagraram o recurso do instituto arbitral. A Revolução Francesa de 1789, que derrubou a monarquia absoluta dando início a República impactando todo o continente europeu. A arbitragem tornou-se popular e teve consagração constitucional. Os revolucionários desconfiavam dos juízes herdados do regime monárquico e preferiam que fossem cidadãos isentos a resolver os litígios surgidos entre concidadãos (imparcialidade).

No fim do século XIX e sobretudo no período após a I Guerra Mundial (1914-1918), a arbitragem voluntária vai se tornar uma forma relativamente normal de resolução de litígios entre comerciantes, principalmente no domínio do comércio internacional. Os importadores e exportadores por terem nacionalidades diferentes fazia-os desconfinar dos tribunais do Estado da contraparte em caso de litígio dando preferência a arbitragem voluntária.¹⁸

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 previa a utilização da arbitragem voluntária mediante a celebração de compromisso arbitral, que deveria ser firmado anteriormente pelas partes envolvidas no litígio. Cristiane Mari Henrichs de Souza Coutinho (1999) afirma que durante o período de 1939 a 1973 houve uma coexistência harmônica do instituto da arbitragem com o sistema jurídico, sendo que o Código Civil regulava o compromisso arbitral e o Código de Processo Civil o procedimento da arbitragem no âmbito interno¹⁹.

¹⁸ Barrocas, Manuel Pereira, **Manual de Arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 51 a 57.

¹⁹ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33-34.

3.1 A evolução histórica da arbitragem em Portugal

No ordenamento jurídico português, as primeiras referências documentadas a algumas formas de Arbitragem, nomeadamente a designação aos alvidros, foram encontradas a partir dos finais do século XII e início do Século XIII. Nessa altura, também foram encontradas nos estatutos municipais, referências aos avenidores ou convenidores que eram juízes investidos pelo poder das partes.²⁰ Através da constituição de fiadores, eram dados esses poderes, que evidencia o carácter privado do mecanismo arbitral daquela época.

Importante ressaltar, que no primeiro Código Civil Português de 1876, nos seus artigos 44.º a 58.º, o legislador deu uma atenção especial ao instituto da Arbitragem, que veio introduzir a livre submissão de todos os litígios que admitam a transação negocial a Arbitragem. Já no Código de Processo Civil de 1939, e 1961, foram introduzidas alterações pelo Decreto Lei n.º 47/690 de 11 de maio de 1967²¹, que reduziram substancialmente a importância do Direito Arbitral, e que mais tarde viria a ser considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

No início dos anos 80, com a reforma do contencioso administrativo, em 2004, mais precisamente com a entrada em vigor da lei de Processo nos Tribunais Administrativo, neste momento surgindo os primeiros regimes arbitrais, privada e pública. Referindo-nos concretamente, ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais-ETAF de 1984, à lei de Arbitragem Voluntária -LAV de 1986 e ao Código de Procedimento Administrativo-CPA de 1991.

De forma natural, que o primeiro Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais-ETAF em 1984, estabeleceu, de forma inaugural no plano legislativo, uma cláusula geral de admissibilidade de arbitragem para julgamento de litígios jurídico-administrativos com âmbito descrito como sendo o do “domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de atos de gestão pública, incluindo o contencioso das ações de regresso” (artigo 2.º, n.º 2). Aproximadamente após dois anos, surgiria por entrar em vigor a primeira Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, hoje substituída pela Lei n.º 63/2011, de 1 de dezembro). Determinava o artigo 1.º, n.º 4, da LAV de 1986 que a capacidade do Estado e das outras pessoas coletivas de direito público para celebrar convenções de arbitragem respeitantes a litígios alheios ao direito privado

²⁰ Barrocas, Manuel Pereira. op. cit. pág. 53.

²¹Portugal. Acórdão do Tribunal Constitucional 230/1986, 8/julho de 1986.<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acesso em 10/06/2021. Este diploma foi fortemente criticado pela Doutrina. Neste sentido Ventura, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, in revista ROA, Lisboa, setembro 1986, págs. 286 a 413.

dependia de autorização em lei especial. Essa “lei especial” já existia e era precisamente o artigo 2.º, n.º 2, do ETAF de 1984²²

Ademais, a Arbitragem alcança sua própria autonomia com a entrada em vigor da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV), que veio revogar o título I do livro IV do código do processo civil, que está em vigor.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos-CPTA de 2002 em seu artigo 180º, nº1, alínea c), estabelecia que os tribunais arbitrais poderiam conhecer de “*questões relativas a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamento na sua invalidade*”.²³

Desta forma, admitia-se a arbitrabilidade da legalidade dos atos administrativos pertencentes a esfera contratual e eliminava-se da legalidade arbitral os demais. Com a revisão do CPTA, em 2015, houve importantes alterações acerca da arbitragem administrativa, prevendo-se a possibilidade de apreciação da legalidade do ato administrativo, pelos tribunais arbitrais.²⁴

Atualmente em Portugal, a arbitragem abrange quase todos os domínios da atividade administrativa, tendo uma evolução significativa no território nacional e internacional servindo de exemplo para muitos estados especialmente para o Brasil que está a percorrer nesse processo de evolução.

3.2 Breve processo Histórico no Brasil

Por muito que o instituto de arbitragem possa parecer um novo instrumento de resolução de conflitos, partindo do pressuposto que a lei que a regulamenta foi publicada em 1996, o ordenamento jurídico brasileiro já previa o procedimento arbitral desde a Constituição Imperial de 1824, cujo artigo 160 dispunha: “Art. 160. Nas cíveis, e nas penais e civilmente intentadas,

²² _____. DECRETO-LEI N.º 129/84 de 27 de abril. ARTIGO 2.º(Órgãos da jurisdição). 1 – São tribunais administrativos e fiscais: a) Os tribunais administrativos de círculo e os tribunais tributários de 1.ª instância; b) O Tribunal Central Administrativo; c) O Supremo Tribunal Administrativo.2 – São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de regresso. 3 – Os tribunais previstos na alínea a) do n.º 1 podem, nos termos de diploma complementar, ser agregados, quando o seu diminuto serviço o justifique, para funcionarem com um só juiz. Disponível em: https://www.stadministrativo.pt/ficheiros/2018/08/DecretoLei_129_84.pdf. Acesso em: 18/05/22.

²³Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro. CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis. Acesso em: 18/05/22.

²⁴ Magalhães Bravo, Bárbara, Estudo de Conciliação, **Mediação e Arbitragem-** O Estado da Arte, Braga, 2019, p.33.

poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

Logo após da previsão constitucional referida, a legislação brasileira, em diferentes momentos, reconheceu a possibilidade de as partes resolver conflitos utilizando a arbitragem, como no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1939.

Todavia, o efetivo uso deste meio alternativo de resolução de litígio no âmbito comercial, a despeito da robusta previsão normativa, não era desenvolvido em território brasileiro. A grande razão disso devia-se ao fato de todo processo arbitral ser submetido ao controle judicial – impondo uma demora incompatível com os termos da arbitragem atual. Existem casos reportados de uma demora de 30 anos entre a decisão arbitral e a permissão judicial para a sua execução. Desta maneira, a impossibilidade da execução específica das decisões arbitrais, somada à necessidade de dupla homologação de sentenças arbitrais de procedimentos realizados no exterior, representava obstáculos enormes ao uso efetivo da arbitragem no Brasil.²⁵

Entretanto, na realidade do mundo globalizado, sobretudo no ramo do Direito Internacional, cada vez mais a arbitragem era aplicada, especialmente nos contratos de navegação, destoando da realidade jurídica brasileira.

O artigo n.º 1.072, do Código de Processo Civil Brasileiro assim está redigido: “Art. 1.072 – As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita a transação.”

A arbitragem se intensificou com a edição do Código de Processo Civil de 1973, tendo se tornado uma das causas de extinção do processo sem julgamento de mérito. A Constituição de 1988, atualmente em vigor, não se aprofundou acerca do instituto, somente aduzindo sobre os meios alternativos de resolução de litígios quando trata dos princípios que regem as relações internacionais do país, sendo um deles a solução pacífica dos conflitos, na qual se inclui a arbitragem, e quando trata da negociação ou arbitragem nas controvérsias decorrentes das relações coletivas de trabalho.

Cabe ressaltar que um dos avanços da arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro, adveio da promulgação da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõem a respeito dos

²⁵ COSTA, Bruno Andrade; MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. **Arbitragem exercida por entes públicos**: uma proposta de regulamentação. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 36-43, abr. 2011.

“Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, implantados por imposição constitucional no seu artigo 98, I. Neste dispositivo as causas sob a sua jurisdição, passou a admitir o julgamento através de “juízo arbitral”, sendo o árbitro escolhido pelas partes, com a possibilidade de julgar por equidade²⁶ sujeitando o laudo à homologação judicial por sentença irrecorrível.²⁷

A arbitragem se intensificou com a edição do Código de Processo Civil de 1973, tendo se tornado uma das causas de extinção do processo sem julgamento de mérito. A Constituição de 1988, atualmente em vigor, não se aprofundou acerca do instituto, somente aduzindo sobre os meios alternativos de resolução de litígios quando trata dos princípios que regem as relações internacionais do país, sendo um deles a solução pacífica dos conflitos, na qual se inclui a arbitragem, e quando trata da negociação ou arbitragem nas controvérsias decorrentes das relações coletivas de trabalho.

Efetivamente, um dos grandes avanços da arbitragem, no ordenamento jurídico brasileiro foi a vinda da Lei n.º 9.099/95, que trata a respeito acerca dos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, implantados por imposição constitucional do art. 98, I, nas causas sob a sua jurisdição, veio admitir o julgamento através de “juízo arbitral”, com o árbitro escolhido pelas partes, podendo decidir por equidade conforme art. 25,²⁸ sujeitando o laudo à homologação judicial por sentença irrecorrível previsto no art. 26.²⁹

Além disso, também merece destaque o Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias do MERCOSUL, celebrado pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, que no seu capítulo IV reconhece o procedimento arbitral como o aplicável (art. 8º)³⁰ para a solução de controvérsias entre os seus Estados-Partes (art. 7º).

²⁶ LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

²⁷ Idem. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25/03/2023.

²⁸ Ibidem. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

²⁹ Ibidem. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

³⁰Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. Artigo 7: 1. Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos capítulos II e III, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo. 2. A Secretaria Administrativa levará, de imediato, o comunicado ao conhecimento do outro ou dos outros Estados envolvidos na controvérsia e ao Grupo Mercado Comum e se encarregará da tramitação do procedimento. “Art. 8º - Os Estados-partes declaram que reconhecem como obrigatório, ipso facto em sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do tribunal arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o presente Protocolo. Disponível em: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/brasil/pbrasilText_p.asp. Acesso em: 30/03/2023.

Já sob o prisma Constitucional, a atual Carta erigiu como autêntico pressuposto processual, o arbitramento obrigatório, ao estabelecer no seu art. 217, § 1º que:³¹“O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva reguladas em lei.”³²

Foi apenas com a promulgação da Lei nº 9.307/1996 que a decisão proferida no âmbito da arbitragem passou a ter os mesmos efeitos da sentença proferida pelo estado, isso é, sem que haja a necessidade de um órgão judicial validar a decisão conforme o Art. 317³³ do referido diploma legal. Assim, diante da solução proposta ao problema da autorização para execução dada pela própria Lei específica para arbitragem, foi, a partir de 1996, que o instituto passou a ter mais prestígio e utilidade.

A arbitragem, como já mencionado, é um dos meios alternativos à jurisdição estatal, muito utilizado em outros países globalizados e desenvolvidos, entretanto, o Brasil teve uma resistência a adotar esse meio alternativo há um tempo atras, sendo, certas vezes, rejeitada como meio de resolução de conflitos por grandes juristas.³⁴

Houve, entretanto, muitos posicionamentos jurídicos contrário quanto à admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de litígios, todavia, tais opiniões foram, aos poucos, se enfraquecendo em virtude aos avanços alcançados pelo método no Brasil e no mundo. Diferente do que pregavam os cétricos, os juízes segundo Carlos Alberto Carmona, “concluíram que a ajuda dos meios alternativos de resolução de controvérsias, dentre eles, a arbitragem, podem prestar uma valiosa ajuda ao judiciário e não podem ser descartados”³⁵.

Insta esclarecer, que a referida disposição trazida em 1996 teve sua constitucionalidade discutida posteriormente por alegada ofensa ao inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal que trata do acesso à justiça³⁶. Entretanto, no processo de homologação de Sentença

³¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira, “A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro”, in “A Arbitragem na Era da Globalização”, 2ª ed., ed. Forense, 1999, pág. 29.

³² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento. Aprofundar em “Autonomia desportiva: conteúdo e limites”, por Luís Roberto Barroso, in RDP 97/94.

³³ Lei nº 9.307/1996 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25/03/2023.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. 2004, p. 20.

³⁶ BRASIL. CFRB. ART.5º: 8 “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 07/06/21.

Estrangeira³⁷nº SE 5.206, em Sessão Plenária, em 2001, o Supremo Tribunal Federal-STF decidiu, incidentalmente, pela Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. No julgamento, o ministro Carlos Velloso destacou que a discussão tratava de direitos patrimoniais disponíveis, além de as partes poderem renunciar ao seu direito de acionar o judiciário, não se tratando de um dever.

Desta forma, o reconhecimento total da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, mesmo que de forma incidental, atribuiu maior segurança às partes interessadas em ingressar na via arbitral para solução de demandas.³⁸

A mencionada decisão é tida como um marco para a consolidação da arbitragem no sistema jurídico brasileiro para aqueles que “possuam capacidade de contratar”, nos termos do Artigo 1º da Lei de Arbitragem, vale fazermos algumas considerações acerca do desenvolvimento histórico da arbitragem envolvendo a Administração Pública e algumas questões relevantes.

Em 2015 houve inovações importantes para a arbitragem através da edição do Novo Código de Processo brasileiro Civil-CPC e da Lei nº 13.129/15.³⁹ As modificações realizadas na Lei de arbitragem, destaca-se a menção direta à possibilidade de administração pública direta e indireta poder utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, alteração de grande valia em virtude das discussões doutrinárias levantadas anteriormente sobre a matéria.

Ambos os diplomas normativos abordam, especificamente, a promoção desse meio alternativo de composição de conflitos, sendo que uma delas autoriza sua utilização pela Administração Pública. É pertinente destacar o art. 42 do Novo CPC, que aduz: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma. a lei.”

³⁷ Vale notar que antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência de homologação de Sentença Estrangeira era do STF, diferente de hoje, que é do STJ.

³⁸ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 13, n. 50.

³⁹ BRASIL. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. “Art. 1º: § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (NR). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 25/06/23.

Percebe-se que o novo CPC reconheceu a arbitragem como um instituto jurisdicional, vez que garantiu às partes o direito facultativo pela jurisdição arbitral, atendendo e consolidando, portanto, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Além disso, no que tange a possibilidade de o Ente público usar a arbitragem não ficou claro para resoluções de eventuais litígios.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 também traz previsão expressa da arbitragem em seus arts. 3º e 42, que ratificaram a constitucionalidade da jurisdição arbitral ao deixar claro que a arbitragem é uma espécie do gênero jurisdição.

A administração pública em decorrência do crescimento das negociações internacionais no mundo globalização, em busca de crescimento e desenvolvimento econômicos foi obrigada a se atualizar e adequar as negociações da arbitragem internacional, e nesse aspecto percebe-se que o direito português influenciou historicamente o direito brasileiro no que tange a utilização do instituto da arbitragem como forma alternativa de resolução de conflito. Nos dias atuais, Portugal continua a influenciar o Brasil na evolução legislativa acerca da arbitragem especialmente a arbitragem administrativa, o que vêm desburocratizando o direito público e possibilitando às partes, a obtenção de uma resposta mais rápida para os litígios envolvendo o Ente Público.

3.3 O objeto da arbitralidade administrativa no Brasil.

Há registros de controvérsias relativas a concessões que foram resolvidas por meio de procedimentos arbitrais que datam de meados do século XIX. Tanto no século XIX quanto no início do século XX, a arbitragem era utilizada com alguma frequência, especialmente em contratos de concessão de transporte ferroviário, diante da existência do Decreto Imperial nº 7.959 de 29.12.1880 previa que demandas decorrentes dessa relação contratual poderiam ser submetidas à apreciação de árbitros.⁴⁰

Com a promulgação da atual Constituição Federal em 1988, e a edição da Lei nº 8.666 em 1993, que trata sobre Licitações e Contratos Administrativos, não foram feitas qualquer previsão explícita à possibilidade de cláusulas de compromisso arbitral. Entretanto, há defensores de que a disposição prevista no Art. 55 da referida Lei, com a ressalva estabelecida pelo § 6º do Art.

⁴⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 135-163, jul./set. 2015.

32, autorize a escolha pela via arbitral. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁴¹ sustenta que, quando aplicáveis as ressalvas da necessidade de determinação do foro, que seja a sede da Administração, em casos específicos, como licitações internacionais e contratação com empresa estrangeira, por não estipular taxativamente que as demandas sejam dirimidas no Judiciário, prevendo-se apenas a eleição do foro. Considera o autor que a arbitragem não afasta absolutamente a via arbitral e conclui que a eleição do foro não é incompatível com a cláusula compromissária. Contudo, não foi esse o entendimento adotado inicialmente pelo Tribunal de Contas da União -TCU, que em consulta realizada em 1993, a pedido do Ministro de Minas e Energia estabeleceu:

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).⁴²

Na apreciação do caso concreto, uma representação ajuizada pela Federação Nacional dos Engenheiros-FNE contra a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial -CBEE, o TCU entendeu que⁴³, entre as irregularidades apontadas pela primeira nos contratos firmados pela segunda, não haveria cabimento da estipulação de cláusula de compromisso arbitral, pois, além de caracterizar o contrato como não sendo do tipo de “concessão”, o que atrairia a incidência da Lei nº 8.987/1995, a disposição deste normativo, cujo Art. 23, inciso XV, declara “o modo amigável de solução das divergências contratuais”.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015**: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 13, n.51, p. 59-79, out./dez. 2015.

⁴² TCU. Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993.

⁴³ Conforme LEMES (2007). Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitrais questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira, que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa. No que se refere à Lei nº 8.987/95, o responsável cita o art. 23 e o inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além do contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem. Já o § 2º do Art. 25 da mesma lei estabelece que os contratos celebrados entre as concessionárias e terceiros serão regidos pelo direito privado. Entretanto, esse dispositivo não se aplica à CBEE, uma vez que ela não é concessionária de serviços de energia elétrica”. TCU. Segunda Turma. Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de 28/04/2003. 2003.

Em relação ao julgamento do TCU, é válido destacar que a discussão se pautou com muito vigor no aspecto da arbitrabilidade objetiva, em especial, na disponibilidade de interesses da Administração Pública no caso. Conforme a decisão proferida pelo Órgão de controle externo, a demanda da FNE e da CBEE, por se tratar do fornecimento de energia elétrica – uma prerrogativa exclusiva do Estado, não seria disponível, nos termos da exigência do Art. 1º da Lei de Arbitragem.

Importante ressaltar, que mesmo a Lei de Arbitragem estando em pleno vigor, tendo sido considerada constitucional, as discussões acerca do cabimento da arbitragem passaram a ser consideravelmente mais sofisticadas e específicas em virtude mais uma vez acerca da arbitrabilidade objetiva, e no caso, por se tratar da Administração Pública, os aspectos sobre a indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos, têm relevância central no Brasil, gerando assim grande impasse para o legislador na criação da arbitragem necessária.

Ademais, os breves relatos históricos evidenciam, a evolução do compromisso arbitral: a arbitrabilidade objetiva. Tornando-se evidente, que as questões relacionadas ao tipo de demanda e o seu objeto passou a ter maior destaque para que se utilize o compromisso arbitral. Tal desenvolvimento, no que diz respeito ao ente público desempenha maior protagonismo, diante das discussões acerca de disponibilidade patrimonial e do interesse público. Principalmente após a reforma da Lei de Arbitragem, que autorizou a participação da Administração direta e indireta em procedimentos arbitrais.

Com a reforma da Lei nº 9.037/1996, a “Lei de Arbitragem” passou a vigorar como parágrafo 1º do Art. 1º, estabelecendo o seguinte: § 1º “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Diante dessa disposição, que ratificou na previsão definitiva da participação da Administração direta ou indireta no processo da arbitragem se faz necessário fazer específicas considerações acerca do cabimento ou não da arbitragem por entes da Fazenda Pública e os argumentos que sustentam cada uma das posições.

Foi com a edição da Lei nº 9.307/96 que o instituto da arbitragem passou a ter mais força no território brasileiro. Com a sua edição, os artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil que se dispunham a disciplinar a arbitragem foram revogados. Antes de entrar em vigor a referida Lei de Arbitragem, este era um instituto pouco utilizado, graças à falta de caráter definitivo e executivo de suas sentenças. Por essa razão, foi de grande importância a previsão

trazida pela Lei nº 9.307/96 de que a sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes, independentemente de sua homologação judicial, ou seja, constitui um título extrajudicial.

No entanto, apenas a edição dessa lei, à época da sua entrada em vigor, não foi suficiente para tornar a arbitragem um instituto confiável, tendo havido um intenso debate sobre a sua constitucionalidade. Os questionamentos acerca de sua constitucionalidade foram sanados em 2001 pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da lei no julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira.⁴⁴

Superada a questão da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 *sub examem*, em seu artigo 1ª estipula que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se de arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A Lei nº 9.307/96 trouxe disposições que tratam do funcionamento da arbitragem, dando força obrigatória e vinculante para a denominada cláusula arbitral, que antes do advento da lei dependia de um posterior compromisso arbitral. A diferença entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral está consubstanciada unicamente no momento em que as partes convencionam sobre o uso da arbitragem, sendo que no primeiro caso a utilização da arbitragem como meio de dirimir o conflito entre as partes é um dispositivo contratual, anterior ao surgimento da demanda. Já no segundo caso, o compromisso é firmado no momento do surgimento da controvérsia, podendo ser iniciado o processo arbitral até mesmo quando as partes já estejam litigando em juízo. Antes do advento da Lei da Arbitragem, a cláusula compromissória dependia de posterior compromisso arbitral, o que acabava inutilizando o efeito cláusula contratual e, conseqüentemente, dificultando a adoção da arbitragem. Ainda que não tenha havido mudança na nomenclatura dos institutos para que houvesse uma completa identificação entre a cláusula e o compromisso arbitral, como ocorreu na Espanha⁴⁵.

⁴⁴ LEMES. 2007. Op.cit. p. 135-163, jul./set. 2015 Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de de outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral." SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206).

⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 35

No Brasil, ambas têm a finalidade de afastar do judiciário a apreciação do litígio, mantendo natureza semelhante. Assim, seja através da cláusula ou do compromisso, trata-se basicamente de uma convenção arbitral.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO SUJEITO DE DIREITO CAPAZ DE CONTRATAR

No Estado Democrático de Direito, o Ente público exerce a função pública, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁶, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de atingir o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica. Para que essa função seja exercida com veemência, o ordenamento jurídico assegura certas prerrogativas às pessoas jurídicas que integram a administração pública, bem como impõe certos limites à sua atuação com o fito de efetivar os princípios regentes da atuação do Estado.

As entidades que fazem parte da administração podem adotar o regime jurídico de direito público tanto o regime jurídico de direito privado. A constituição ou a lei trarão especificamente qual será o regime necessário para cada tipo de pessoa jurídica, permitindo em determinadas situações que a mesma opte por um regime diferente. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.⁴⁷

Percebe-se, que a administração pública tem a faculdade de adotar, a depender da situação, o regime jurídico próprio de um ente privado para atingir seus objetivos. Todavia, deve ter cautela, respeitando-se sempre os princípios regentes da administração. Alguns desses princípios são de grande importância para o presente trabalho, tendo em vista que limitam ou amparam a adoção da arbitragem pela administração.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 29.

⁴⁷ DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

4.1 Breves Considerações sobre os contratos administrativos

No Brasil, quando os administradores de órgãos público necessitam comprar, locar ou contratar produtos, obras ou serviços, é necessária a realização de um processo chamado de Licitação Pública. Em uma análise geral, a licitação é um procedimento formal de concorrência entre empresas que desejam negociar seus bens ou serviços ao Ente Público, visando o menor preço e melhor serviço.

É um processo público, transparente que necessita respeitar alguns princípios básicos, como os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais correlatos. A obrigatoriedade desse procedimento se deve ao fato de que as instituições públicas não contam com fundos próprios, mas sim com recursos públicos, os quais devem ser devidamente aplicados e declarados. Devidamente regulamentado pela lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21, sancionada em abril de 2021, que substituiu a Lei nº 8.666/93, e consolidou o meio digital como regra nas contratações públicas, tornando assim um comando de obrigatoriedade para auxiliar na dinâmica, no relacionamento e na inovação das licitações e compras públicas.⁴⁸

Maria Helena Diniz (2008), define o contrato como sendo o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.⁴⁹ Este conceito é válido para todos os tipos de contratos, seja na esfera do Direito Civil ou, seja o contrato público regido pelo direito administrativo. Desta forma, qualquer contrato será considerado como um negócio jurídico bilateral e comutativo, que, como qualquer negócio jurídico, necessita apresentar objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

Em Portugal, a Administração pública para adquirir bens e serviços, utiliza o critério de “contrato público”, submetido às concorrências de mercado e seguindo as normas administrativas, se diferenciando do sistema brasileiro neste aspecto. Conforme o Código dos Contratos Públicos, no art. 16º os procedimentos para a contratação pública devem conter, ajuste direto, concurso público, procedimento de negociação.⁵⁰

⁴⁸ Brasil. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30

⁵⁰ Portugal. Decreto-Lei n.º 18/2008, Artigo 16º Procedimentos para a formação de contratos:1 - Para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimentos: a) Ajuste directo;

É importante ressaltar que, a conceção tradicional aponta para a diferença entre os Contratos Administrativos e os Contratos de Direito Privado. Já a nova conceção comprova não haver sentido a dicotomia entre Contrato de Direito Público e Direito Privado e que se deveria criar um regime comum a toda a contratação.

A União Europeia deixou de autonomizar essas categorias e decidiu criar um regime dos Contratos Públicos, estabelecendo uma realidade unitária. Nesse seguimento o legislador português criou o Código dos Contratos Públicos- CCP, mas em relação a uma espécie de contratos chamou-lhes “contratos administrativos”, mas todos os contratos públicos são regulados pelo CCP e são da competência dos Tribunais Administrativos. Conforme o Código dos Contratos Públicos, consagrados nos seus artigos nº 74º e 75º⁵¹. Encontramos os critérios

b) Consulta prévia; c) Concurso público; d) Concurso limitado por prévia qualificação; e) Procedimento de negociação; f) Diálogo concorrencial. g) Parceria para a inovação. 2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: a) Empreitada de obras públicas; b) Concessão de obras públicas; c) Concessão de serviços públicos; d) Locação ou aquisição de bens móveis; e) Aquisição de serviços; f) Sociedade. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis. Acesso em: 31/06/2023.

⁵¹ _____. DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro. CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP): Artigo 74.º

Critério de adjudicação:1 - A adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa, determinada através de uma das seguintes modalidades: a) Multifator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, correspondentes a diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;b) Monofator, de acordo com a qual o critério de adjudicação é densificado por um fator correspondente a um único aspeto da execução do contrato a celebrar, designadamente o preço. 2 - Quando seja adotada a modalidade multifator deve ser elaborado um modelo de avaliação das propostas nos termos do artigo 139.º, sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 115.º 3 - Quando seja adotada a modalidade monofator e o aspeto da execução do contrato a celebrar submetido à concorrência não possua natureza quantitativa, deve ser elaborada uma grelha de avaliação das propostas com base num conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos, sem prejuízo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 115.º 4 - O convite ou o programa do procedimento deve definir o critério de desempate na avaliação das propostas. 5 - Para efeitos do disposto no número anterior: a) É vedada a utilização do critério do momento de entrega das propostas; b) Quando seja adotada a modalidade multifator devem ser preferencialmente utilizados os respetivos fatores e subfatores densificadores, por ordem decrescente de ponderação relativa, sem prejuízo de outros que, nos termos do artigo seguinte, estejam ligados ao objeto do contrato a celebrar;c) Quando seja adotada a modalidade monofator, ou quando seja adotada a modalidade multifator e o critério previsto na alínea anterior não permita desempatar as propostas, pode recorrer-se ao sorteio.

Artigo 75.º Fatores e subfatores:1 - Os fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação e o critério de desempate devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar. 2 - Os fatores e os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes: a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras; c) Serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega, designadamente a data de entrega, o processo de entrega, o prazo de entrega ou de execução e o tempo de prestação de assistência; d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, à denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados, à eficiência energética, em especial no fornecimento de energia, e à utilização de produtos provenientes de produção em modo biológico. 3 - Sem prejuízo do disposto na alínea b) do número anterior, os fatores e subfatores não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes. 4 - Para os efeitos previstos no n.º 1, os

da adjudicação, tais quais: a) o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante; b) o do preço mais baixo. No art.75º trata-se da questão dos fatores e subfatores de densificação do critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Os contratos administrativos são todos os contratos que à luz do Direito Administrativo criem, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas. Os contratos públicos são contratos celebrados pela Administração Pública, quer sejam regulados pelo direito administrativo, quer pelo direito privado, que a lei submeta a um especial procedimento de formação, regulado por normas decorrentes do Directivas da União Europeia -DUE. Conforme explica, Pedro Costa Gonçalves, sobre a formação de contratos públicos:

[...] o procedimento de formação de contratos públicos, salvo em casos muito marginais, a conclusão de contratos públicos não constitui um ato isolado, não ocorre de uma forma repentina, nem resulta do encontro de uma espontânea proposta com uma imediata aceitação. Em vez do encontro de uma espontânea com uma imediata aceitação. Em vez disso, as declarações que se cruzam para dar origem ao contrato público surgem integradas numa série, mais ou menos longa e complexa, de atos prévios ou preparatórios- atos que preparam o encontro ou a fusão entre as duas declarações de vontade, ou seja, que preparam o acordo e, em muitos casos, são seguidas de outros atos e ocorrências, destinados a conferir eficácia jurídica ao contrato já celebrado. A figura dos contratos públicos concretiza o tópico geral de que os modos de ação pública se formam e exteriorizam através de procedimentos. Com isto, pretende-se, além do mais, significar que o contrato público surge com o “ato principal” de um conjunto ou de uma série de atos funcionalmente ligados, que se sucedem segundo uma certa ordem, com vista a produzir um certo resultado, um efeito principal e único O “procedimento de formação de contratos” resulta em uma series de atos sucessórios na fase pré-contratual, valendo-se dos princípios administrativos e constitucionais além das diretivas europeias, que concorrem pra sua formação até sua conclusão tornando-se assim sua eficiência e os seus efeitos jurídicos.⁵²

No universo autárquico, entidades adjudicantes são, em todos os casos, as próprias autarquias locais, as áreas metropolitanas e as comunidades intermunicipais de direito público e, em certos casos, as empresas públicas e os organismos de direito público que se movem naquele universo.

Isto posto, podemos entender que tanto no ordenamento português e no brasileiro, apesar de suas peculiaridades no ramo do Direito Administrativo, existem as similaridades em seus

fatores e subfatores consideram-se ligados ao objeto do contrato quando estiverem relacionados com as obras, bens ou serviços a executar ou fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida. 5 - Ainda que não façam parte da sua substância material, consideram-se relacionados com o objeto do contrato os fatores envolvidos no processo específico de produção ou fornecimento das obras, bens ou serviços ou num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida. 6 - Quando a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato tenham sido adotados como fatores de avaliação da relação qualidade-preço, o contrato deve garantir que o pessoal empregue cumpre efetivamente as especificações de qualidade especificadas no caderno de encargos e nos requisitos propostos, prevendo expressamente que o pessoal proposto pelo adjudicatário só pode ser substituído com o expresse e prévio consentimento da entidade adjudicante, após verificação de que essa substituição proporciona um nível de qualidade equivalente. Caso seja obrigatória, por força do Direito da União Europeia, a utilização de uma metodologia comum para o cálculo dos custos do ciclo de vida, a mesma deve ser aplicada. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis. Acesso em: 23/07/2023.

⁵² COSTA GONÇALVES, Pedro. Direito dos Contratos Públicos, 1. Ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A,2015, p.113.

objetivos, princípios e critérios de contratação pública, sendo, no entanto, a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público que deve eleger os bens e serviços cujas características atendam a especificações adequadas, tanto em termos de qualidade e funcionalidade, quanto dos princípios e deveres do Estado definidos na Constituição da República.

A contratação pública assume um peso significativo na economia, interferindo em vários setores, seja social, ambiental, jurídico ou executivo. Sendo de suma importância terem gestores públicos responsáveis e ciente de sua responsabilidade perante a sociedade

4.2 O objeto da arbitralidade administrativa em Portugal atualmente

Em Portugal o instituto da arbitragem administrativa não é um tema novo, podendo invocar o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984 no qual admitia tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil do ente público, em seu artigo 2º, nº 2, conforme já devidamente citado acima.

As notas de enquadramento da arbitragem administrativa sucederam em material contratual, em decorrência da natureza bilateral e “tendencialmente partidária” se tinha a percepção de que o domínio da contratação era o que mais se assemelhava com o Direito Privado, onde a arbitragem era mais admitida. A admissibilidade do uso da arbitragem para a resolução de conflito envolvendo o Ente público remota às primeiras décadas do século XX, presente nos contratos públicos de empreitada de obras públicas, em casos específicos em lei especial no âmbito da concessão pública. Sendo a partir da década de 50 do século XX, o entendimento do Superior Tribunal Administrativo- STA, foi favorável ao uso da arbitragem pela Administração Pública, com fundamento no Código de Processo Civil-CPC de 1939 que autorizava o uso da arbitragem para dirimir questões incidentes de relações jurídicas que não fossem “subtraídas ao domínio das partes”⁵³. Levantando questionamentos acerca do âmbito da arbitragem administrativa, com base na disponibilidade do direito sobre o objeto da lide, gerando alguns equívocos que até hoje não foram ultrapassados.

Ultrapassou também barreiras legislativas da arbitragem de direito tributário, sendo admitido no ordenamento jurídico português. É um instituto em evolução, assim como ocorrido no contencioso administrativo estadual que alcançou a sua autonomia face ao direito processual

⁵³ MOREIRA, Relvas Raul. **A arbitragem administrativa em debate**: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. Ed. AAFDL. Lisboa.2018. pp.222/223.

civil, o mesmo está acontecendo com a arbitragem administrativa, emancipando-se da arbitragem geral prevista na LAV⁵⁴.

Importante ressaltar, que no ordenamento jurídico portuguesa, os tribunais arbitrais se encontram postulados na Constituição da República Portuguesa- CRP, no art.209, nº 2⁵⁵, desta forma personificam órgãos dotados de competência jurisdicional. O procedimento arbitral está sujeito aos parâmetros do processo equitativo, ex vi art.20º, nº4, da CRP, parâmetros que limitam as liberdades das partes, princípios fundamentais que devem ser respeitados sob pena de a sentença arbitral ser anulada, não ser executada, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional.

Em suma, as soluções previstas no âmbito do da arbitragem pública decorrem da autonomia em face das soluções previstas na LAV. Percebemos que o direito ao devido processo legal, equitativo compreende todas as garantias processuais, incluindo o processo arbitral, cujos seus efeitos se estendem a todas as esferas da administração da justiça, necessitando, portanto, a garantia de justiça para de forma devida se alcançar a justa composição do litígio.

No artigo 1º, nº 5, da LAV dispõem que: “O estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei”. Notadamente o Código de Processos nos Tribunais Administrativos-CPTA foi o principal candidato para acomodar a referida autorização legal que prevê em seus artigos 180º a 187º., vários dispositivos legais que se destinam expressamente à arbitragem administrativa.

Passou-se a reconhecer a admissibilidade de apreciação da legalidade dos atos administrativos pelo Tribunal Arbitral, reconhecida pela revisão do CTPA, em 2015. Podendo se pronunciar-se sobre mérito e legalidade do ato administrativo. Alterações sob a epígrafe Tribunais arbitrais e centros de arbitragem. Antes da redação do art. 180, nº 1, alínea c), nos termos da qual poderiam ser apreciados pela arbitragem pública, questões relativas a atos administrativos que pudessem ser revogados sem fundamentos na sua invalidade, introduzindo assim no sistema jurídico uma arbitragem de mérito.

Como bem salienta Ricardo Pedro, “As alterações e evoluções do instituto da arbitragem (ainda) não terminou em Portugal, encontra-se uma proposta de alteração ao CPTA, apresentada pela

⁵⁴ PEDRO, Ricardo, **Estudo Sobre Arbitragem** (em especial, de Direito Público), AADFL, Lisboa, 2019, pp. 25/26.

⁵⁵ CRP. Artigo 209.º 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: nº2: Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15/07/2021.

Proposta de lei n.º 168/XXIII.”⁵⁶ Referente aos recursos à arbitragem que seguira os termos previstos no Código de Contratos Públicos, em conformidade também ao Código do contencioso Administrativo, dentre outras alterações na matéria tributária e no processo de execução tudo em conformidade com o princípio da efetividade das Diretivas Recursos ⁵⁷da União Europeia.

Ademais, como bem salienta Raul Relva Moreira, na ausência de uma preferência da jurisdição estadual sobre a jurisdição arbitral, tenha contribuído fortemente para o crescimento da arbitragem no Direito Administrativo e deste modo assegurando sua eficácia do instituto. Com tudo, a partir da entrada em vigor no artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais- ETAF de 1984 que versa sobre admissibilidade da arbitragem administrativa ao nível dos contratos administrativos e da responsabilidade civil, deixou de haver qualquer fundamento de que a arbitragem administrativa limitaria o domínio de disponibilidade para a Administração, bem como na medida que o legislador ampliou o âmbito na esfera pública da admissibilidade da arbitragem seja no controle de atos administrativos contratuais e posteriormente atos tributários⁵⁸.

A problemática da admissibilidade da arbitragem necessária já foi alvo de grandes discursões e questionamentos acerca da sua constitucionalidade, como por exemplo importantes constitucionalistas portugueses, argumentavam pela inconstitucionalidade por entender trata-se de lesão aos direitos fundamentais tais como: O direito de acesso aos Tribunais, artigos 20.º, n.º1, e 268.º, n.ºs 4 e 5, da Constituição Federal Portuguesa, do princípio da igualdade, conforme artigo 13.º, n.º1, CFP.⁵⁹

⁵⁶ idem, 2019, p.29.

⁵⁷ União Europeia. Cf. Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos e Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comutaria em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades de que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Ambas as Diretivas sofreram várias alterações, cuja última foi provocada pela Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contrato de concessão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023>. Acesso em: 20/06/2023.

⁵⁸ MOREIRA, Relvas Raul. **A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos**. Ed. AAFDL. Lisboa.2018. pp.220/226.

⁵⁹MEDEIROS, Rui. **Arbitragem Necessária e Constituição**. 2013, p.2 In: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf. Acesso em: 07/03/23 às 16:32.

O posicionamento do Tribunal Constitucional, foi pela admissibilidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, convalidando assim a sua natureza jurisdicional, conforme Medeiros e Fernandes (2007):

Neste sentido, “o tribunal arbitral é um órgão que (...) se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional” (Acórdão n.º 230/86). Ou seja, mesmo que se entenda que os tribunais arbitrais não se enquadram “na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (...), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (...). Com efeito, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o direito (jurisdictio) (...). As decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade»” (Acórdão n.º 52/92). Daí que se possa afirmar que, na nossa ordem constitucional, “não há apenas tribunais estatais” (Acórdão n.º 506/96), não havendo uma imposição constitucional no sentido de a jurisdictio dever ser necessariamente exercida pelos órgãos do Estado (Acórdão n.º 52/92).⁶⁰

Ademais, a arbitragem seja voluntária, ou seja, oriunda da vontade das partes, bilateralidade dos envolvidos no negócio jurídico, quanto a necessária, são instrumentos constitucionalmente e legalmente instituídos para dirimir litígios, havendo ainda a possibilidade em caso de enquadramento legal no reexame da matéria nos tribunais estatais, garantido assim um amplo acesso aos tribunais.

5. A ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA E A ARBITRAGEM NECESSÁRIA

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos extrajudicial, e por si só já é um instrumento baseado na voluntariedade, nesse sentido, a arbitragem administrativa voluntária como a arbitragem em geral é uma arbitragem que se assenta no critério de uma voluntariedade, de um querer conjunto, e a exceção é a que chamamos de arbitragem necessária.

A arbitragem é voluntária, quando as partes têm faculdade de escolher entre valer-se da via Judicial ou a extrajudicial. Essa escolha dependerá apenas da vontade das partes, desde que por lei especial não obrigatoriamente vinculado exclusivamente a via judicial ou a arbitragem necessária, ou seja, qualquer litígio que não verse sobre direitos indisponíveis, conforme estabelecido no art. 1º da LAV.

⁶⁰ RUI MEDEIROS / MARIA JOÃO FERNANDES, **Anotação ao artigo 202.º, in Constituição Portuguesa anotada** (Jorge Miranda / Rui Medeiros), III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 16 ss. *Apud*. MEDEIROS. 2013. p.14. In: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf. Acesso em: 07/03/23 às 16:32.

Nesse sentido uma vez que as partes optarem pela o procedimento arbitral para resolução de um determinado conflito, ficam obrigatoriamente limitadas àquela escolha, não podendo recorrer aos Tribunais Estaduais, sob pena de preterição do Tribunal arbitral⁶¹.

Tanto ordenamento jurídico brasileiro, quanto o ordenamento jurídico português, acerca da arbitragem voluntaria, preveem o compromisso arbitral através da cláusula compromissória, na negociação contratual, da qual as partes concordam mutuamente a submissão do procedimento arbitral na resolução de litígios que possam surgir em virtude da relação contratual.

No Brasil a previsão legal encontra-se respaldada no capítulo II da lei de arbitragem, que versa sobre a Convenção de Arbitragem e seus efeitos.⁶² Em Portugal o compromisso arbitral e convenção de arbitragem está previsto no artigo 2º da LAV, que reza sobre os requisitos da Convenção de arbitragem e Cláusulas Compromissórias⁶³.

A Lei n.º 36/86 de 29 de agosto, com a redação dada pelo DL n.º 38/2003 de 8 de março, foram os diplomas que regulamentaram a arbitragem voluntária em Portugal. Na arbitragem voluntária não há imposição legal que exija a análise da questão por via judicial como existe na arbitragem necessária.⁶⁴

⁶¹Pinheiro, Luís Lima, **Arbitragem Transnacional**: A determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 88 e ss.

⁶² LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Capítulo II. Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos. Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27/06/2023.

⁶³ Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. **ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA**. ARTIGO 2.º.(Requisitos da convenção; revogação) - [revogado - Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro].1 - A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito.2 - Considera-se reduzida a escrito a convenção de arbitragem constante ou de documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telex, telegramas ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, quer esses instrumentos contenham directamente a convenção, quer deles conste cláusula de remissão para algum documento em que uma convenção esteja contida. 3 - O compromisso arbitral deve determinar com precisão o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.4 - A convenção de arbitragem pode ser revogada, até à pronúncia da decisão arbitral, por escrito assinado pelas partes. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 25/06/2023.

⁶⁴ Portugal. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. **ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA**, define a arbitragem voluntária no n.º 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 a decisão de árbitros”. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 25/07/23.

Neste sentido, na arbitragem voluntária dependerá apenas da vontade das partes em escolher a arbitrariedade em detrimento do Tribunal de justiça para apreciar o litígio em questão, isto é, o legislador não impõe como instrumento único para dirimir a lide. Optando pelo Tribunal arbitral, as partes ficam obrigadas àquela escolha, já não sendo possível recorrer a via judicial, sob pena de preterição do Tribunal arbitral. Dentro do universo da arbitragem administrativa voluntária, a norma vigente apenas regula a arbitragem interna.⁶⁵

A arbitragem necessária é admissível em Portugal em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, bem como foi criado o Tribunal Arbitral do Desporto, regulado pela lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que ensejam várias discussões sobre sua admissibilidade constitucional no que tange ao princípio do acesso a jurisdição, do qual iremos abstrair de maneira superficial no presente trabalho.

É um tipo de arbitragem imposta por lei. As partes não possuem a possibilidade de escolha, entre a via judicial ou extrajudicial, pois, determinado litígio, por força da lei, deve obrigatoriamente ser submetido à jurisdição arbitral. Isto sucede nos casos em que o legislador entende, por razões de natureza especial, que o litígio será melhor julgado se for decidido por árbitros especialistas em determinada área com vasta experiência, e em razão disso, terá melhor capacidade técnica em dirimir a lide.

A natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como o único meio contencioso suscetível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem.⁶⁶

Ademais, para as partes não há a possibilidade de escolhas sobre a submissão do litígio a árbitros por si nomeados, nem as regras processuais, nem o próprio direito aplicável, nem tão pouco a regulação da sua relação com o árbitro como é próprio da arbitragem voluntária.

No Brasil a arbitragem voluntária encontra-se abrangida na convenção de arbitragem de forma genérica, quer na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, nem admitido a arbitragem necessária. A principal diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral encontra-se no momento de celebração entre as partes. Isto porque, a cláusula compromissória será necessariamente anterior ao litígio, enquanto o compromisso arbitral é em

⁶⁵ Nota: “As fontes- nacionais e internacionais- reguladoras da arbitragem voluntária admitem pacificamente que também as entidades portuguesas responsáveis pelo exercício da função administrativa possam participar em arbitragens internacionais.” - SERRÃO, Tiago. Arbitragem Administrativa: Uma proposta. Almedina.Coimbra.2013. p.29.

⁶⁶ BARROCAS, Manuel Pereira, **Manual de arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2013.págs. 90-92.

momento posterior.⁶⁷ Conforme a lei que regula a arbitragem voluntária brasileira, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes comprometem-se, através de um contrato a sujeição de futuros litígios à arbitragem, devendo ser escrito de forma expressiva e livre.

No diploma legal português o legislador optou por não consagrar um conceito legal de arbitragem voluntária. Na sua generalidade, somente retiramos algumas das principais características do mecanismo. Primeiro, o reconhecimento de que a arbitragem voluntária assenta na autonomia privada, ou seja, é nela que se funda a constituição e o funcionamento do Tribunal arbitral. Segundo, e ainda relacionado com o princípio da autonomia privada, limita-se a intervenção do Tribunal estadual ao estritamente necessário. Por último, a eficácia jurisdicional da intervenção é independente da intervenção do órgão estatal, embora, na falta de cumprimento voluntário da decisão arbitral, a execução tramita no Tribunal de primeira instância nos termos do Código de Processo Civil Português.⁶⁸

Sobre a execução da sentença arbitral, a sua execução está prevista no art. 30.º da LAV, “A execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1ª instância, nos termos da lei de processo civil.”⁶⁹

A arbitragem necessária é um tipo de arbitragem obrigada por lei, em que o legislador através de norma específica impõe um regime único como instrumento para dirimir litígios, não existindo assim a faculdade de escolha pelas partes, pois, determinado litígio, por força da lei, deve obrigatoriamente ser submetido à jurisdição arbitral, desta forma permitindo discursões referente aos princípios de acesso à justiça e igualdade de partes.

A norma jurídica, em concreto, organiza as arbitragens em causa, regula o processo arbitral e define o Estatuto dos árbitros, tudo de forma imposta, diferente do procedimento utilizado na arbitragem voluntária.

Manuel Pereira Barrocas, define arbitragem necessária por ser aquela que:

Por determinação legal, certos litígios devem ser resolvidos por tribunal arbitral, estando vedado o acesso a tribunais judiciais, pelo menos os tribunais de primeira instância. Isso sucede nos casos em que o legislador entende, por razões de especial

⁶⁷ ABREU, Miguel Cancell de e outros. **A arbitragem voluntária e a mediação de conflitos**. Almedina. Coimbra.2008. pp.69/70.

⁶⁸ PINHEIRO, Luís Lima, —Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)” in ROA, Vol. I e II, Ano 64, novembro 2004, texto disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos>, com último acesso em 08/03/2023, cit. da Introdução.

⁶⁹ Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em:25/06/2023.

tecnicidade ou de conveniências de outra natureza, que o litígio será melhor julgado se for decidido por árbitros.⁷⁰

No mesmo sentido define José Luís Esquível:

“Arbitragem voluntária é aquela cuja existência depende da vontade das partes. De forma diferente, a arbitragem necessária é aquela que é imposta por lei. No primeiro caso, as partes dispõem de uma alternativa jurisdicional, podendo optar por submeter a resolução do litígio aos tribunais arbitrais ou aos tribunais do Estado (...). No segundo caso, as partes ficam legalmente impedidas de recorrer aos tribunais que integram a justiça oficial e que seriam normalmente competentes para apreciar o litígio⁷¹.”

Em suma, entendemos que a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária se diferenciam na medida em que a arbitragem voluntária decorre da faculdade de escolhas das partes, podendo optar entre a jurisdição arbitral ou a jurisdição Estatal para a dirimir questões, enquanto, a necessária decorre de uma determinação legal restando apenas a jurisdição arbitral como meio de resolução da questão.

Ademais, os tribunais arbitrais exercem uma função jurisdicional e estão legitimados constitucionalmente, em Portugal no n.º 5 do artigo 20 CRP, devendo o regime legais de arbitragem seja voluntária ou necessária respeitarem as garantias constitucionais previstas⁷².

Considerando que as diferenças entre a arbitragem necessária e a voluntária, decorre de imposição legal da primeira, os tribunais arbitrais necessários não se assemelham aos Tribunais

⁷⁰BARROCAS, Manuel Pereira, 2013, op. cit., pág. 90.

⁷¹ ESQUIVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 114-115.

⁷²CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. N.º5 do Artigo 20.º(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). Sobre isso tem Jurisprudência: Ac. TEDH caso 4687/11: Condenação do Estado Português pelo TEDH por violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia (direito a um processo equitativo). Na queixa foram suscitadas cinco questões, todas no âmbito do direito a um processo equitativo: a duração do processo interno; a observância do contraditório, devida a não notificação de um despacho e de uma peça processual; a imparcialidade do tribunal, devido a intervenção, no Tribunal Constitucional, de um Conselheiro que interviera já na respetiva formação judicial no STJ; o acesso a um tribunal devido ao valor das custas judiciais no Tribunal Constitucional; e ainda a observância do contraditório em virtude de ter sido acolhido no acórdão proferido pelo STJ um fundamento jurídico que não tinha sido objecto de discussão entre as partes. O Tribunal Europeu considerou que não houve violação da norma citada, na parte referente a não notificação do referido despacho e peça processual e considerou também que não houve violação na parte referente ao valor das custas no Tribunal Constitucional, atendendo aos argumentos que aduzimos. Considerou, porém, violado o artigo 6.º, n.º 1, na parte referente a duração do processo (apesar de reconhecer que também houve contributo da requerente no ?arrastamento? do processo), bem como na parte referente a falta de imparcialidade do tribunal (evidenciando que o juiz Conselheiro em causa era o relator do processo no T.C. e que as questões que foram tratadas nos dois acórdãos estavam estritamente ligadas) e, por fim, na parte referente a não notificação prévia das partes para se poderem pronunciar acerca do fundamento jurídico que o STJ pretendia acolher oficiosamente (uma inconstitucionalidade orgânica que não estava especificamente suscitada, embora estivesse suscitada a inconstitucionalidade), o que considerou constituir uma decisão surpresa. O acórdão foi proferido por unanimidade relativamente a todas as decisões, exceto relativamente a última, ou seja aquela que respeita a não notificação prévia das partes acerca do fundamento de direito que o STJ acolheu oficiosamente, tendo havido dois votos de vencido.

arbitral resultante da tradição jurídica, visto que a sua formação não pressupõe uma convenção de arbitragem.

Embora a modalidade necessária seja aceita no ordenamento jurídico português, a condição de impedimento das partes puderem acederem, em primeira instância, aos tribunais estaduais em virtude de norma específica que cria um regime de arbitragem necessária, da irrecorribilidade ou recorribilidade com carácter excecional das decisões arbitrais para os tribunais estaduais, ocasionando assim discursões doutrinarias a respeito do direito do acesso aos tribunais estaduais, ou bem como a necessidade de reexame necessário das decisões arbitrais.

Acreditamos que a o reexame das decisões arbitrais aos tribunais estaduais estão condicionadas a violação de lei processual, questões formais ou nulidade de sentença, com os fundamentos previstos no artigo 46º da LAV, desta forma, a possibilidade de recurso para reapreciação de mérito das decisões arbitrais para os tribunais estaduais concede uma forma de acesso à justiça permitindo assim ultrapassar qualquer desigualdade ou limitação em virtude da sua limitação do seu direito de escolha do modo de acesso à justiça, até porque a arbitragem tem natureza de jurisdição.

Nesse contexto, verifica-se a admissibilidade da arbitragem tanto voluntária quanto necessária, garantindo às partes a mais ampla defesa e o devido processo legal, incluindo as garantias constitucionais, da igualdade de armas.

No entanto, necessária se faz a compreensão de que, ao que pese a igualdade das partes no processo arbitral, estando de um lado um ente público e do outro um ente privado, tem-se que observar a submissão do ente público aos princípios da administração pública e seus consequentes critérios e parâmetros na contratação, não acreditamos que na arbitragem necessária se efetive a igualdade de partes, bem como interfere de forma coercitiva na faculdade de escolha das em relação ao tribunal arbitral ou o tribunal judicial.

5.1 Arbitragem ad-hoc e arbitragem institucionalizada

No artigo 15º da lei n-º 31/86 de 29 de agosto, que regula a arbitragem voluntária, define como será o funcionamento da arbitragem ad hoc, dando poderes as partes de escolher os números de árbitros, o idioma, a legislação que será aplicada, bem como o local a ser apreciado futuro litígio

se houver, ou seja as partes podem constituir a forma do procedimento arbitral de acordo com sua vontade, respaldada na legalidade.⁷³

Na modalidade da arbitragem institucional, cabe as partes escolherem o Centro Arbitral ou Câmara Arbitral onde irá tramitar o processo arbitral, e a partir dessa escolha, o processo irá ser regulamentado pelo procedimento interno daquela instituição de arbitragem.

A arbitragem institucionalizada em Portugal foi regulamentada pelo DL n.º 425/86, de 27 de setembro, que determina, a necessidade de reconhecimento pelo Ministério da Justiça⁷⁴.

A legislação brasileira também autoriza a arbitragem ad hoc e a arbitragem institucional, devidamente regulamentado em seu artigo 21º da lei 9.307/96.⁷⁵

5.2 Arbitrabilidade Subjetiva

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio está sujeito exclusivamente a capacidade das partes envolvidas estarem em juízo arbitral, apenas permitindo a participação em arbitragem de pessoas capazes de contratar, como acontece em

⁷³ Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. Do funcionamento da arbitragem artigo 15.º. (Regras de processo) - [revogado - Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro].1 - Na convenção de arbitragem ou em escrito posterior, até à aceitação do primeiro árbitro, podem as partes acordar sobre as regras de processo a observar na arbitragem, bem como sobre o lugar onde funcionará o tribunal.2 - O acordo das partes sobre a matéria referida no número anterior pode resultar da escolha de um regulamento de arbitragem emanado de uma das entidades a que se reporta o artigo 38.º ou ainda da escolha de uma dessas entidades para a organização da arbitragem. 3 - Se as partes não tiverem acordado sobre as regras de processo a observar na arbitragem e sobre o lugar de funcionamento do tribunal, caberá aos árbitros essa escolha. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 10/06/2023.

⁷⁴ Portugal. DL n.º 425/86, de 27 de dezembro. AUTORIZAÇÃO CRIAÇÃO CENTROS ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. Artigo 1.º 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. 2 - No requerimento referido no número anterior as entidades interessadas devem expor circunstanciadamente as razões que justificam a sua pretensão, delimitando o objecto das arbitragens que pretendem levar a efeito. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1443&tabela=leis&so_miolo=- Acesso em: 20/07/2023.

⁷⁵ LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. 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. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 25/06/2023.

qualquer celebração de contrato entre particulares ou com administração pública. São os pressupostos contratuais que estabelece o artigo 1º da Lei de Arbitragem.⁷⁶

O primeiro desses pressupostos é a capacidade de contratar, consubstanciada na capacidade civil das partes - arbitrabilidade subjetiva. O segundo pressuposto é de que a arbitragem só poderá versar sobre matéria relativa a direitos patrimoniais disponíveis, arbitrabilidade objetiva. É, portanto, vedada a arbitragem sobre direitos indisponíveis.

A presente norma autoriza também a administração pública se valer do instituto da arbitragem para resolver questões de direitos patrimoniais disponíveis na relação contratual com o particular, sendo sempre a modalidade da arbitragem de direito e não admitindo por equidade, conforme art. 2ª da referida norma jurídica⁷⁷.

A capacidade civil no Direito brasileiro é determinada pela lei do lugar em que tenha domicílio, no caso de pessoas naturais. A Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro - LINDB, assim dispõe no seu art. 7º.⁷⁸

A mesma competência que autoriza os entes públicos a firmarem contratos para criar, modificar, ceder ou extinguir seus direitos e obrigações lhes permitiria também firmar uma convenção de arbitragem. Todavia, a presença do interesse público na gestão ou ainda nas funções dessas pessoas jurídicas demanda um aprofundamento adicional. O principal obstáculo, é o princípio da legalidade previsto na CRFB/1988, no seu art. 37, caput,⁷⁹ segundo o qual, na sua acepção tradicional, a Administração Pública não pode agir, senão com autorização legal.

⁷⁶ Lei nº 9.307/1996: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Na mesma linha, dispõe o Código Civil Brasileiro, em seu art. 851: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25/05/2023.

⁷⁷ Lei nº 9.307/1996. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27/05/2023.

⁷⁸ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

⁷⁹ _____. CRPB. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/03/2023.

O fundamento legal da norma em questão é que a opção pela arbitragem não se presume, nem pode ser imposta, necessitando ocorrer livremente da vontade das partes, devidamente formalizada por escrito.⁸⁰

Após o reconhecimento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, aliás, diversas leis, decretos e resoluções normativas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL previram a arbitragem como meio de solução de controvérsias entre os diversos atores do setor, referentes a distintas relações contratuais.⁸¹

A atuação do Estado na exploração direta de atividades econômicas é outro aspecto relevante quando se trata de adoção do método arbitral pela Administração Pública. Essa exploração ocorre através das Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, que, apesar de fazerem parte da chamada Administração Pública indireta, submetem-se, por força do art. 173, §1º, II da CRFB/88, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. O referido dispositivo constitucional, inserido pela EC nº 19/98, foi editado visando dar mais agilidade a essas entidades da Administração Pública.

Assim, o Estado pode atuar além do serviço público, adentrando em uma esfera tipicamente privada, nos casos autorizados pela constituição ou quando a exploração de atividade econômica for necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante ao interesse coletivo, conforme art. 173, caput, da CRFB/88. Nesses casos, torna-se ainda mais fácil vislumbrar a possibilidade de adoção da arbitragem, visto que, ter como objeto a atividade econômica propriamente dita, significa trabalhar constantemente com interesses patrimoniais disponíveis, o que, por si só, demonstra a existência da arbitrabilidade subjetiva das pessoas envolvidas em eventual lide. Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos sustentou que:

Urge distinguir atividade econômica e o serviço público desempenhado pelo Estado, independentemente da personalidade jurídica eleita pelo Poder Público, pois a empresa estatal que desenvolve atividade econômica em sentido estrito, possui regime

⁸⁰ _____. Lei nº 9.307/1996, arts. 3º, 4º e 9º: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. [...] Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 06/07/2023.

⁸¹ FERRAZ, Rafaella. Possibilidades e limites à aplicação da arbitragem no setor elétrico. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). Arbitragem doméstica e internacional, 2008, p. 331 e ss.

próprio das empresas privadas. Nesse caso, as empresas *sub oculis* possuem direitos patrimoniais disponíveis, condição *sine qua non* para a utilização da lei de arbitragem.⁸²

Sendo, portanto, um pressuposto do procedimento arbitral as garantias processuais consagradas constitucionalmente, respeitando os princípios do devido processo legal, contraditório, igualdade das partes e imparcialidade, respeitando também os Pactos e Convenções internacionais.

Entretanto, atualmente a jurisprudência brasileira vem se mostrando cada vez mais favorável à participação de entidades públicas em arbitragens. O Superior Tribunal de Justiça nas suas decisões, tem adotado uma tendência favorável a utilização da arbitragem, se baseando no art. 173, § 1º, da Constituição⁸³, o STJ vem admitindo a participação em arbitragens não só de sociedades de economia mista, mas também de empresas públicas, inclusive prestadoras de serviços públicos, sendo dispensável autorização legislativa para tanto⁸⁴.

5.3 Arbitrabilidade Objetiva

A previsão da arbitrabilidade objetiva também está consagrada na lei nº 9.307 de setembro de 1996, na parte final do art. 1º, a qual apenas admite a arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁸⁵

⁸² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contrato administrativo e a lei de arbitragem**. Revista de Direito Administrativo, v. 223, janeiro/março de 2001, p. 120.

⁸³ CRFB. 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. § 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/06/2023.

⁸⁴ Sobre isso há jurisprudência: STJ, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006: “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”; STJ, REsp 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006; STJ, AgRg-MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.08.2006: “Nestes termos, as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres”; STJ, REsp 904.813/PR, Relª Min. Nancy Andrighi, DJe 28.02.2012: “[...] não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo Poder Público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos [...]”

⁸⁵ Brasil. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Art. 1º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 20/04/2023.

Desse modo, as partes somente podem utilizar-se do juízo arbitral quando o litígio envolver questões de direitos sobre os quais possuam o pleno poder de disposição, uma vez que, se podem até cedê-los ou renunciar a eles, podendo, portanto, submetê-los à decisão de um árbitro.

Apesar de, no direito privado a regra seja a disponibilidade dos direitos e, com isso, existe a possibilidade de as lides serem ajuizadas no juízo arbitral, já no âmbito do direito público é diferente. Na seara administrativa, em que vigora a indisponibilidade do interesse público, a questão apresenta nuances e contornos especiais: por não serem titulares dos direitos em jogo, os administradores públicos não têm poder de disposição direta sobre eles. Dessa forma, quando se trata de arbitragem envolvendo a Administração Pública ou suas subdivisões, entes públicos: empresas públicas, órgãos públicos ou sociedade de economia mista, faz-se necessário analisar não só a capacidade do ente de direito público firmar compromisso arbitral, ou seja, capacidade de contratar, mas também a matéria que será submetida a esse procedimento⁸⁶.

A lei 9.307/1996, permite expressamente o uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta desde que a demanda envolva direitos patrimoniais disponíveis. Ponto que já foi objetos de muitas discursões no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, acerca da arbitrabilidade objetiva, em torno da interpretação acerca destes direitos disponíveis.

Podemos destacar o julgamento do Tribunal de Contas da União- TCU realizado em 2003, a partir de questão examinada pela 2ª Câmara do TCU, no processo administrativo TC 005.250/2002-2, instaurado por força de representação apresentada pela Federação Nacional dos Engenheiros – FNE contra a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública integrante da Administração Pública da União. Orientou-se o Tribunal de Contas da União no sentido de que o fornecimento de energia elétrica, para lidar com o problema de racionamento de energia, envolveria direito indisponível.

Concluiu o TCU pela inadmissibilidade de utilização da via arbitral no âmbito da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da legalidade, tendo em vista a ausência de expressa previsão legal que autorizasse a administração pública a levar a demanda à arbitragem.⁸⁷

No entanto, conforme observou Wald (2016), o desenvolvimento da arbitragem no Brasil pode ser creditado principalmente a (i) declaração de constitucionalidade, *incidenter tantum*, da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2001, em decisão proferida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7/EP-Espanha; (ii) ratificação pelo Brasil da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova York em 1958, internalizada pelo Decreto 4.311/2002, a qual concede aos países signatários regras

⁸⁶ A limitação da utilização do instituto é quanto ao tipo de litígio, pois ele é inaplicável a dissídios que não tenham natureza patrimonial, no que é seguido pela previsão do artigo 852 do CC que estabelece:– v. Código Civil Brasileiro: “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-852>. Acesso em: 08/05/2023.

⁸⁷BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-TCU, Segunda Turma, Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de28/04/2003^{Apud}. CARMEN TIBURCIO. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Estado Atual no Direito Brasileiro. DPU Nº 58 – Jul-Ago/2014 – PARTE GERAL – DOCTRINA.

próprias para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no país; bem como (iii) o assentamento de jurisprudência favorável à arbitragem por parte de alguns tribunais judiciais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade e eficácia de cláusulas compromissórias inseridas em contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, com a submissão de eventuais litígios decorrentes dos respectivos ajustes ao juízo arbitral⁸⁸. Segundo a jurisprudência da Corte, a inserção de cláusula compromissória nos contratos com a Administração Pública seria perfeitamente possível, desde que:

(i) a relação contratual tenha como parte sociedade de economia mista; (ii) a empresa estatal explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, na forma do art. 173, § 1o, da Constituição Federal; e (iii) a disputa envolva direitos patrimoniais, de natureza disponível, ficando excluídos do procedimento arbitral os atos praticados no exercício do poder de império estatal. Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão prolatado pela 2ª Turma do STJ, no Recurso Especial 612.439/RS, da relatoria do Ministro João Otávio Noronha:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREP ARA TÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Clausula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São validos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1o) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. Recurso especial parcialmente provido⁸⁹.

Oliveira (2010), nesse contexto, aponta que o ponto crucial da problemática que envolve o tema do uso da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública não é dizer se a arbitragem é ou não possível, mas quais interesses, bens e direitos são passíveis de ser objeto de uma negociação, de um contrato firmado pela Administração.⁹⁰

⁸⁸BRASIL. ENAP.2019. *Apud*. RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA. Arbitrabilidade Objetiva no Âmbito da Administração Pública- Um discurso com foco no setor portuário brasileiro. (*VERIFICAR SITE OU EDITORA*)

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 612439 RS 2003/0212460-3. Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA- Publicação. DJ 14/09/2006 p. 299 Julgamento: 25 de outubro de 2005. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7143033/relatorio-e-voto-12856828>. Acesso em: 07/07/2023.

⁹⁰BEZERRA, Rafael Lapa Santos. *Arbitrabilidade Objetiva no Âmbito da Administração Pública*- Uma discussão com foco no setor portuário brasileiro. ENAP.2019. *Apud*. TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 343.

Eduardo Talamini aponta que cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível.

Em relação à submissão dos direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, o STJ pacificou definitivamente o tema, em sucessivos julgados, merecendo especial destaque o julgamento, pela 1ª Seção, do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308/DF18. Ali, em voto lapidar da relatoria do Ministro Luiz Fux, mais do que reafirmar a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guardaria qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Na dicção do Ministro:

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação ente disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo⁹¹.

O problema hoje, dessa forma, se pauta muito mais no que se entende por direito patrimonial disponível, e sim na aplicabilidade e eficácia do princípio da igualdade de partes.

5.4 O acordo das partes

O acordo das partes ocorre na fase pré-arbitral, se iniciando com a assinatura da convenção de arbitragem, mas se mantém dormente até o surgimento do conflito. Ela se prolonga até a aceitação da nomeação dos árbitros. Esse acordo pode ter por objeto um conflito já existente, caso em que se chama compromisso arbitral ou um litígio que possa surgir posteriormente, caso em que se chama cláusula compromissória.

⁹¹ STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/2006, DJ de 14/08/2006.

Nesta fase as partes não poderão ter acesso à jurisdição estatal, vez que caberá ao painel de árbitros a análise e o julgamento das matérias controvertidas, de todas as questões conflituosas, exceto as de natureza indisponível. Exemplificando, embora não se possa considerar violação da convenção de arbitragem a busca de uma medida de urgência junto à justiça pública antes da instituição da arbitragem. Tal afirmação já não é mais aceita a partir do momento em que os árbitros foram confirmados pelas partes ou, se for o caso, pela instituição arbitral.

Antes da confirmação dos árbitros não restará outra alternativa às partes do que a busca da justiça comum para fazer valer seus direitos a um provimento de urgência, em virtude que não há arbitragem constituída e, desse modo, não poderá se valer a interesse da jurisdição arbitral. E, sendo uma medida de urgência, será perante o Poder Judiciário Estatal que a pedido deverá ser formulado, sob pena de se ver a parte necessitada impedida do acesso à justiça.

Nesse contexto, a convenção de arbitragem não perde sua eficácia, mas, entretanto, seus efeitos ainda não atingiram a completude jurídica que somente se concretiza com a confirmação dos árbitros.

De qualquer forma, podemos dizer que existem atos jurídicos que se concluem antes da instituição da arbitragem. São providências que não demandam a jurisdição do árbitro e que, pode-se dizer, dependem exclusivamente da vontade das partes. São atos de natureza potestativa.

Através do acordo e aceitação e confirmação dos árbitros, as partes podem conformar os poderes de decisão arbitral. Com efeito, as partes podem atribuir aos tribunais arbitrais o poder de decidir de acordo com a equidade. Se assim não for, os tribunais arbitrais devem aplicar o direito como o fariam os tribunais comuns, garantido assim um devido processo legal.

Esgotada a jurisdição arbitral, com a prolação da sentença final e eventual decisão em sede de embargos arbitrais, cabe à parte que perdeu cumprir a decisão, exceto se a sentença for passível de ação de nulidade por infração a uma das hipóteses contempladas nos dispositivos legais que caberá apreciação pela justiça comum.

A arbitrabilidade no âmbito da atividade administrativa unilateral já era admitida em Portugal com certa liberalidade, mas foi com renovação do Processo nos Tribunais Administrativos - CPTA no art. 180 que avançou definitivamente nesta via.⁹² O CPTA, desse modo, veio

⁹²PORTUGAL. Código de Processo nos Tribunais Administrativos-CTPA. ÍTULO VIII - Tribunais arbitrais e centros de arbitragem. 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

consolidar as inovações e práticas já existentes, ao tempo em que respaldou a perspectiva de atuação dos tribunais arbitrais especialmente no âmbito do direito público.

Já no Brasil, cabe aqui, uma consideração acerca da possibilidade de escolha de um arbitramento institucional ou *Ad hoc*, conforme o art. 5º da Lei 9.307/96, sendo o primeiro um processo que tramita administrativamente, sem a interferência de uma instituição no arbitramento em questão, e a segunda, seja escolhida uma câmara arbitral para resolução do litígio. Cabe ao particular e ente público, de forma discricionária, escolher a convencionalmente, o arbitramento que melhor se adequa à situação fática em questão.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.⁹³

No entanto, o mesmo não ocorre sobre a escolha entre a arbitragem de direito ou de equidade, uma vez que no seu Art. 2º § 3º fica expresso que a Administração pública apenas poderá optar pela arbitragem de direito com forma de garantia da manutenção dos princípios da administração pública, neste caso específico, ao princípio da publicidade: “§ 3º *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*”, ou seja, exclui a possibilidade de utilização da arbitragem por equidade, no entanto, em Portugal a arbitragem por equidade é normalmente utilizada nos arbitramentos envolvendo o ente público e a iniciativa privada igualando os institutos de direito privado e direito público, isso porque os legisladores portugueses entendem que o direito administrativo e o direito civil tem o mesmo grau de importância podendo portanto ser utilizado a arbitragem por equidade.

responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indenizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2 - Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral. 3 - A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos pode ser objeto de arbitragem, mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=2034210. Acesso em: 18/03/2023.

⁹³ Brasil. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Art. 6º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 06/07/2023.

O princípio geral a este respeito é o da assimilação entre o regime jurídico dos tribunais comuns e o dos tribunais arbitrais, em especial o princípio da igualdade e o princípio do contraditório.⁹⁴

Insta esclarecer que, apesar do acordo entre as partes interessadas a arbitragem tem natureza jurisdicional e não contratual. O acordo não passa de um pressuposto para a obtenção do exercício pelos particulares de uma função jurisdicional cuja origem o transcende.

5.5 As escolhas de arbitro

A celeridade, a eficiência e a flexibilidade procedimental logo se destacam quando se compara o procedimento arbitral e a jurisdição estatal. A possibilidade de as partes poderem instituir um procedimento próprio, que se adequa ao caso concreto, com prazos predeterminados até mesmo para a prolação da sentença arbitral, como dispõe o art. 23 da LArb⁹⁵, o que torna o procedimento mais dinâmico e eficiente. Tais características concretizam o princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo, previstos no art. 5º, inc. LXXVIII da CRFB/88. Contudo, é relevante destacar que, apesar da liberdade de escolha do procedimento a ser adotado, há certos limites que devem ser respeitados pelas partes para que se alcance o objetivo final almejado, quais sejam aqueles elencados pelo §2º do art. 21 da LArb, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Uma das vantagens da utilização da arbitragem é a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes, levando em consideração que é possível que se escolha os árbitros com base nos critérios que mais interessam às partes. Dessa forma, pode-se levar em consideração a sua área de atuação e especialidade, dando maior eficácia ao julgamento da questão em análise. Quando se trata da jurisdição estatal, torna-se difícil e em certos casos até mesmo impossível, encontrar magistrados com um alto grau de especialização nas mais diversas matérias do direito.

⁹⁴Portugal. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. ARTIGO 16.º. (Princípios fundamentais a observar no processo) - [revogado - Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro] Em qualquer caso, os trâmites processuais da arbitragem deverão respeitar os seguintes princípios fundamentais: a) As partes serão tratadas com absoluta igualdade; b) O demandado será citado para se defender; c) Em todas as fases do processo será garantida a estreita observância do princípio do contraditório; d) Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em 18/03/2023.

⁹⁵Brasil. (Lei Federal 9.307/96). 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. § 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18/07/2023.

Vagner Fabrício Vieira Flausino (2015) ratifica a importância da experiência técnica do árbitro na matéria posta em discussão, visto que através dela é possível que se alcance uma sentença arbitral mais precisa garantindo maior eficácia à decisão e, conseqüentemente, segurança quanto ao resultado. Vale destacar que as partes podem optar entre um árbitro único e o colégio arbitral, desde que este seja constituído por um número ímpar, medida tomada com o intuito de prevenir empate entre os árbitros no momento da decisão.⁹⁶

Diante disso, a possibilidade de um julgamento por equidade também é indicada como mais vantajosa nos julgamentos que se utilizam do instituto da arbitragem, porém, esse critério de julgamento não é admissível quando o conflito objeto da arbitragem envolva a administração pública nas suas relações contratuais, sendo vedado que o árbitro ou o colégio arbitral se afaste das normas trazidas pelo ordenamento jurídico nesses casos, por motivos que serão abordados mais adiante.

Percebe-se, que a administração pública pode adotar, em certos casos, o regime jurídico próprio de uma entidade privada para atingir seus objetivos. Contudo, isso deve ser feito com cautela, respeitando-se sempre os princípios regentes da administração e os limites impostos pela lei, uma vez que a administração pública está vinculada ao princípio da legalidade.

5.6 A jurisdição da arbitragem

Após instituída a arbitragem, a jurisdição é dos árbitros, e somente deles, para apreciar e decidir toda a disputa definida no Termo de Arbitragem. O procedimento arbitral escolhido pelas partes deverá ser seguido e a sentença pronunciada no prazo pré-fixado.

Segundo a norma arbitral, a intervenção do Judiciário se acomoda em momento que antecede a confirmação dos árbitros ou após a prolação da decisão pelos árbitros. Apenas sendo aceito a atuação da justiça estadual, durante o decorrer da arbitragem, em decorrência de solicitação do painel arbitral com a finalidade de cooperar no cumprimento das medidas de direito.

Por exemplo, havendo uma determinação pelo árbitro um provimento cautelar, se este não for cumprido de forma voluntária, atuará o juízo togado no sentido de fazer cumprir de forma coercitiva à parte devedora. Daí o entendimento da *communis opinio doctorum* de que, durante

⁹⁶ FLAUSINO, Vagner Fabrício Vieira. Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 68.

a fase arbitral, a justiça estadual torna-se órgão de apoio e de cooperação com o tribunal arbitral, com a finalidade comum de realização adequada da justiça.

Em casos de arguição de nulidade, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória deverá ser levada de forma preliminar ao crivo do árbitro. É do árbitro a competência para apreciar sua própria competência, legitimando assim sua autonomia, e capacidade de proferir decisões arbitrais, somente após sua apreciação é que o caso poderá ser levado à apreciação da justiça estadual.

Isto está previsto nos artigos 8º, 9º e 20 da lei de arbitragem brasileira. Que versa acerca da cláusula compromissória, o princípio da autonomia e o princípio da competência).⁹⁷

Encerrada a jurisdição arbitral, com a prolação da decisão final e eventual decisão em sede de embargos arbitrais, cabe à parte que perdeu cumprir o julgado de forma voluntária, exceto se a decisão proferida for passível de ação de nulidade ou anulabilidade por infração a uma das hipóteses contempladas no art. 32, Lei n. 9.307/96.⁹⁸

Nesse sentido, não se anula as questões de mérito e sim os procedimentos ofendidos, conforme a previsão dos incisos do art. 32, o que impacta apenas no procedimento questionado pela parte ofendida. Sobre isso a jurisprudência brasileira consolidou através do RESP Nº 693.219, da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL Nº 693.219 - PR (2004/0124717-5) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: CONSÓRCIO CARIOCA PASSARELLI ADVOGADO : CÉSAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA E OUTROS RECORRIDO : COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS - COMPAGÁS ADVOGADO : ALEXANDRE HELLENDER DE QUADROS E OUTROSEMENTA Direito processual civil. Recurso especial. Litispendência. Embargos do devedor. Ação de nulidade de compromisso arbitral. - Não há

⁹⁷ BRASIL. Lei Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. 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; Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial; § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á pôr termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda; § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. Art. 20. A parte que pretender argüir 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 25/04/2023.

⁹⁸ _____. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 20/08/2023.

litispendência entre ação declaratória de compromisso arbitral e embargos do devedor objetivando a desconstituição da sentença arbitral. - Embora exista coincidência entre alguns fundamentos jurídicos apresentados em ambas as ações, é inviável reconhecer a litispendência, pois seria necessária não apenas semelhança, mas identidade entre as causas de pedir. - Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral. - O Tribunal de origem, na hipótese, apenas deferiu a produção de provas para que pudesse analisar a ocorrência ou não de nulidade no procedimento arbitral. Recurso especial não conhecido⁹⁹.

Os efeitos dessa declaração de nulidade estão previstos no Art. 33 “*A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei*” que deverá seguir as regras do Código civil brasileiro e ser proposta no prazo de 90 dias, conforme art. 33, sendo esse prazo de natureza decadencial¹⁰⁰

RECURSO ESPECIAL Nº 693.219 - PR (2004/0124717-5) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: CONSÓRCIO CARIOCA PASSARELLI ADVOGADO: CÉSAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA E OUTROSRECORRIDO : COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS - COMPAGÁS ADVOGADO : ALEXANDRE HELLENDER DE QUADROS E OUTROSEMENTA Direito processual civil. Recurso especial. Litispendência. Embargos do devedor. Ação de nulidade de compromisso arbitral. - Não há litispendência entre ação declaratória de compromisso arbitral e embargos do devedor objetivando a desconstituição da sentença arbitral. - Embora exista coincidência entre alguns fundamentos jurídicos apresentados em ambas as ações, é inviável reconhecer a litispendência, pois seria necessária não apenas semelhança, mas identidade entre as causas de pedir. - Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral. - O Tribunal de origem, na hipótese, apenas deferiu a produção de provas para que pudesse analisar a ocorrência ou não de nulidade no procedimento arbitral. Recurso especial não conhecido¹⁰¹.

Portanto, não resta dúvida que o procedimento arbitral tem sua natureza jurisdicional, baseado nos princípios jurídicos garantido assim um devido processo legal, podendo também contar com o apoio da Justiça Estadual para atuar na fase pré-arbitral ou pós arbitral, nomeadamente, no que diz respeito ao controle dos vícios de nulidade da sentença proferida em sede de arbitragem. Apesar disso, é fundamental que essa atividade seja exercida com cautela e de modo que não busque apenas preservar a decisão do árbitro, mas, acima de tudo, conter as pretensões infundadas e protelatórias que acabam causando a perda das vantagens do instituto da arbitragem e restam por prolongar, de forma desnecessária e abusivamente, a resolução dos conflitos. A boa-fé deve respaldar todos os pedidos judiciais de nulidade de sentença arbitral,

⁹⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ. RESP Nº 693.219 - PR (2004/0124717-5) IN STJ<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=541769&tipo=0&nreg=200401247175&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050606&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 08/09/2023.

¹⁰¹BRASIL SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 693.219. <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=541769&tipo=0&nreg=200401247175&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050606&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 09/09/2021.

assim como acontece na justiça comum, sob pena de condenação à má fé, sanando assim quaisquer dúvidas referente à segurança jurídica deste meio alternativo de resolução de conflito.

Em virtude da teoria da garantia do procedimento arbitral que acolhe os princípios da tutela jurisdicional e do devido processo legal vigente em nosso ordenamento jurídico, exsurtem seus corolários, que devem estar presentes para que se obtenha a efetivação da tutela jurisdicional. Todavia, para que isso aconteça é necessário que se atenha, entre outros, a três princípios fundamentais: o da imparcialidade do árbitro; o do contraditório e igualdade das partes; da livre convicção do árbitro.

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

Na Administração pública existem limitações impostas pelo legislador acerca da contratação pública, como forma de proteção ao erário e ao interesse público. Para criar uma uniformização de critérios seja nas contratações ou resoluções de litígios, existe a submissão aos princípios constitucionais do qual a administração pública está vinculada, que conseqüentemente deverá estar presente na jurisdição arbitral, tornando-se um possível entrave na utilização do instituto e na igualdade de partes, conseqüentemente no tocante às cláusulas compromissórias ao arbitramento. Percebe-se que a matéria proposta é ampla, não comportando especificações detalhadas por não ser objeto deste estudo.

6.1 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um dos princípios fundamentais da administração pública. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma *que esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.*¹⁰²

Ao analisar esse princípio, a maioria dos doutrinadores destaca a persecução do interesse de toda a coletividade em detrimento de alguns interesses particulares. Na realidade, definir o que é o “interesse público” e, conseqüentemente, sua finalidade é uma tarefa difícil até mesmo para os grandes doutrinadores do Direito Administrativo, o que o leva a ser identificado,

¹⁰² DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

constantemente, como um conceito jurídico indeterminado. Humberto Ávila (1998), aludiu que: “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.”¹⁰³

Nesse sentido a administração pública, poderá contratar livremente em igualdade com o particular desde que essa contratação não venha transgredir os princípios constitucionais da administração pública, conforme bem salienta:

Apesar disso, importa dizer que a administração, com todas as suas peculiaridades, continua sendo uma pessoa jurídica, que, assim como um particular, tem interesses próprios a serem alcançados. A diferença encontrada entre o interesse próprio de um particular e o interesse próprio da administração pública é explicada claramente por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015).

[...] A generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses público (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.¹⁰⁴

Certamente que na atuação estatal a busca pela efetivação do interesse público, tanto primário quando secundário deva estar presente. Além de que, importante dizer que o Princípio da Supremacia do Interesse Público surgiu para assegurar o estado democrático de direito na gestão dos bens e interesses públicos.

6.2 Princípio da Indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade do interesse e dos bens públicos está atrelado ao princípio da supremacia do interesse público abordado acima, os dois são tidos como princípios basilares do Direito Administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello elucida que “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”.¹⁰⁵ Salientando assim que nem mesmo o ente público que representa esse

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, p.159-180, out. 1998.

¹⁰⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 66.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 76.

interesse tem o poder de dispor sobre o mesmo, sendo seu dever apenas curá-lo na medida em que predispuer a *intentio legis*, uma vez que a administra não é a titular do interesse público.

Marçal Justen Filho ¹⁰⁶ assinala que a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado. Tendo uma visão diferente da maioria da doutrina, o autor destaca o dever do Estado de concretizar os Direitos Fundamentais e, diante da pluralidade desses direitos, também salienta a impossibilidade de que se adote uma solução predeterminada e abstrata para eventuais conflitos, afirmando, por fim, que o:

[...] processos de concretização do direito conduzirá à prevalência de interesses, mas sem que a constituição autorize a solução pura e simples de prevalência de um “interesse público” indeterminado e incerto. Poderá ser escolhido o interesse do Estado ou da maioria ou da minoria das pessoas. Mas isso será determinado em face das circunstâncias, desde que essa seja a solução mais compatível com o ordenamento jurídico e represente o modo mais adequado e satisfatório da realização dos direitos fundamentais protegido constitucionalmente.¹⁰⁷

Verifica-se, apesar de os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade continuarem sendo reconhecidos como os princípios basilares da atuação estatal, não há mais rigidez na sua aplicação como já houve no passado, ocorrendo, diversas vezes, a flexibilização na atuação administrativa, descobrindo-se assim novos caminhos para alcançar o interesse público. Esse entendimento influencia diretamente a aceitação da utilização da arbitragem pela Administração, como será visto adiante.

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, ligada à disponibilidade dos bens envolvidos na lide, envolve questões mais controversa que a da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública.

Mesmo com as alterações trazidas pela lei nº 13.129/2015 são capazes de explicar todos os questionamentos quanto aos casos em que a administração poderá se valer da arbitragem para dirimir conflitos. A respeito de alguns outros fatores, atribui-se principalmente ao princípio da indisponibilidade do interesse público a origem desses questionamentos. Os limites em que a administração poderá atuar como parte de um procedimento arbitral passa a ser questão central da discussão sobre a adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos que

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158-159.

¹⁰⁷ *ibidem*, p. 159.

envolvem a entidade pública, talvez por essa razão no Brasil ainda se encontra em um processo lento de evolução da arbitragem administrativa, em especial a arbitragem necessária.

6.3 Princípio da Legalidade Administrativa

O princípio da legalidade é um dos chamados princípios explícitos da Administração Pública, estando ambos previstos no caput do art. 37 da CRFB/88. No tocante à legalidade, o entendimento é que seja a condição fundamental a ser observada na atuação estatal, visto que esta deve ser conduzida diretamente de acordo com a lei. Portanto, o agente público tem o dever de agir em conformidade com as leis, sob pena de responsabilização caso não o faça. Por conta deste princípio é que se diz que a vontade da administração depende da lei. Hely Lopes de Meirelles diz que *na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*¹⁰⁸. Sendo assim podemos concluir que não autonomia da vontade na atuação pública como na atuação privada.

Insta esclarecer, que há situações em que a lei determina a finalidade a ser alcançada pela administração, mas não impõe os meios exatos a serem adotados para o alcance daquele objetivo, ou seja, quando há uma margem na atuação da administração, que deve buscar o melhor caminho a ser adotado em determinada situação. No entanto, nas situações em que a legislação define tanto os fins a serem atingidos, quanto os meios que a administração deve utilizar para que isso ocorra, não há liberdade na atuação da administração, que deve atuar estritamente de acordo com o que prevê a lei. A faculdade da administração atuar com certa liberdade em situações específicas é o que chamamos de discricionariedade administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a discricionariedade não surge da ausência da lei, afirmando *que no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa*.¹⁰⁹ Deste modo, a utilização da arbitragem pela administração Pública é validada no âmbito de sua discricionariedade respaldada pela norma legislativa vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2015, p. 91.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 989.

6.4 O princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público

O princípio da indisponibilidade, que é visto por grande parte da doutrina como um dos basilares do Direito Administrativo, passou a ser um do maior causador de discussões do uso da arbitragem pela Administração Pública. O critério objetivo imposto pela lei de arbitragem de que apenas poderiam ser submetidos à arbitragem os conflitos que tratassem de “direitos patrimoniais disponíveis” gera estranheza àqueles que entendem o princípio da indisponibilidade como absoluto. O advogado da União Erico Ferrari Nogueira ressalta a dificuldade da questão sustentando que:

Delicado, nesse contexto, é desvendar o real sentido da expressão jurídica “direitos patrimoniais disponíveis”, a qual se alinha ao que se convencionou denominar “conceito jurídico indeterminado”. Não bastasse a dificuldade conceitual de “direitos patrimoniais disponíveis”, cabe enfrentar a questão acerca da existência desses direitos na atuação da Administração Pública.¹¹⁰

A administração Pública, ao contratar pode, conseqüentemente, deliberar de certos direitos patrimoniais com a finalidade de alcançar o interesse público. Como já foi dito, esse interesse público, por influência da doutrina italiana, passou a ser propagado na doutrina brasileira em interesse público primário e interesse público secundário, também chamado de interesse da administração, diferenciação que também se mostra pertinente para a identificação das questões que envolvem a administração passíveis de serem submetidos à arbitragem, visto que é comum que se afirme que a Administração Pública poderá submeter-se à arbitragem nos casos em que aja com base no interesse público secundário. Destaca-se que os que defendem ser possível a Administração agir com base no interesse público secundário não abrem mão de que esses interesses sejam concretizados na medida em que coincidam com o interesse primário.

Hely Lopes de Meirelles¹¹¹, define o que os atos de gestão são aqueles que a Administração pratica sem utilizar sua supremacia sobre seus destinatários. O autor salienta que não há, nos atos de gestão da Administração Pública, a coerção sobre os administrados e que eles, quando bilaterais, se igualam aos atos de Direito Privado, sendo apenas antecedidos de necessárias formalidades administrativas para sua concretização, tais como: a autorização legislativa, a licitação, a avaliação, dentre outras.

Sucedem, apesar dos princípios basilares do direito administrativo na atuação estatal, nos atos de gestão pública, em especial na utilização da arbitragem não deva existir nenhum tipo de coerção

¹¹⁰ NOGUEIRA, Erico Ferrari. A Arbitragem e sua Utilização na Administração Pública. Revista da AGU, Brasília, ano VIII, número 21, julho/setembro de 2009, p. 130.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 184-185.

sobre os administrados, assim como supremacia, devendo ambos estarem em um patamar de igualdade como ocorre no Direito Privado.

Não há mais rigidez em um estado democrático, devendo ocorrer a flexibilização na atuação administrativa, descobrindo-se assim novos caminhos para alcançar o interesse pública e a igualdade de partes na utilização da arbitragem.

6.5 A Arbitragem e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

Os princípios constitucionais e seus reflexos no procedimento arbitral, tanto nas arbitragens privadas quanto na arbitragem administrativa voluntária e a necessária, para alcançar sua validade tem que ser eficaz, devendo garantir a tutela jurisdicional de forma efetiva com todas as garantias inerentes a um devido processo legal, abrangido assim todos os princípios constitucionais e os princípios processuais.

Tais princípios estão presentes, tanto no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico português consagrados em seus textos constitucionais.

No Brasil o princípio do acesso a justiça encontra-se consagrado no artigo 5º XXXV da CRFB¹¹² e em Portugal, é devidamente consagrado na CRP, nº 1, do art. 20º.¹¹³

Nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, estão devidamente assegurados a todos os indivíduos o direito, ao acesso à justiça, com todas as garantias constitucionais de igualdade, equidade e eficiência, sem discriminação. Podemos considerar que o acesso à justiça, a que se refere as constituições mencionada acima incluem, o direito de acesso à justiça tanto por via

¹¹² Brasil. CRFB. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/06/2023.

¹¹³ PORTUGAL.CRP. Artigo 20.º(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). 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. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0020&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&nversao=%23artigo. Acesso: 20/07/2023.

extrajudicial quanto por via judicial, tais direitos estão assegurados como garantias constitucionais fundamentais.

Desta forma, a liberdade do legislador na conformação na concreta estruturação do processo, deve-se assegurar que esteja conforme os princípios e tratados constitucionais vigentes. E de igual modo, a lei de arbitragem deve ser voluntária ou necessária em casos especiais, de modo a garantir a todos um devido processo legal respaldados nas garantias processuais existentes.

Percebe-se que o ordenamento jurídico português está alinhado ao que prescreve na Comissão Europeia do Direitos do Homem- CEDH no seu art. 6º¹¹⁴, ao tempo em que dá acesso à justiça de forma equitativa, não se opõe à criação de tribunais arbitrais. O entendimento é de que o direito a acesso aos Tribunais (justiça), garantido no item 1 do artigo 6º, não exige que o Tribunal a que se refere tenha que ser sempre um tribunal estadual. O direito ao Tribunal Estadual pode, assim ser denunciado a favor da arbitragem.

Ademais, o que se pode perceber é que o direito ao acesso à justiça de maneira equitativa pode-se dar através de tribunais estaduais quanto nos tribunais arbitrais sem qualquer prejuízo aos direitos das partes, desde que seja assegurado um devido processo legal respaldado nos princípios constitucionais e processuais em especial o princípio de igualdade de partes.

Importante ressaltar, que no ordenamento jurídico português, os tribunais arbitrais se encontram postulados na CRP, no nº 2 do art. 209.¹¹⁵ Desta forma, personificam órgãos dotados de competência jurisdicional, convalidando assim a natureza jurídica do procedimento arbitral.

¹¹⁴Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Artigo 6º Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. 2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf. Acesso em: 20/07/2023.

¹¹⁵PORTUGAL.CRP. Organização dos tribunais. Artigo 209.º (Categorias de tribunais). 1. 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. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. 3. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunais de conflitos. 4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0020&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&nversao=%23artigo. Acesso: 20/07/2023.

Insta salientar ainda, que o processo arbitral está sujeito aos parâmetros do processo equitativo, *ex vi* art.20º, nº 4, da CRP, parâmetros que limitam as liberdades das partes, princípios fundamentais que devem ser respeitados sob pena de a sentença arbitral ser anulada, não ser executada¹¹⁶, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentar uma queixa junto do TEDH.

Desse modo, o direito ao devido processo legal equitativo, compreende todas as garantias processuais existente no ordenamento jurídicos português e brasileiro, incluindo no procedimento do juízo arbitral, cujos seus efeitos se estendem a todas as esferas da administração da justiça, necessitando, portanto, a garantia de justiça para de forma devida se alcançar a justa composição do litígio.

É importante a independência e imparcialidade do tribunal, pois tais princípios consagrados são fundamentais, quais sejam: juiz natural, devido processo legal, igualdade das partes, a fundamentação da decisão e o seu proferimento em prazo razoável, o direito à prova (e à licitude deste), e o princípio do contraditório), inclui-se a publicidade do processo. Estes princípios e normais fundamentais que garantem um processo equitativo, devem ser preservados na arbitragem, embora sua matriz centralizada se origine da autonomia privada.

Dito isto, é de suma importância ressaltar que, os Tribunais Constitucionais da Europa e o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em decorrência da celeridade processual ou até mesmo da própria justiça tem aceitado a arbitragem como meio legítimo para dirimir questões tanto na esfera do direito pública quanto do direito privada, bem como conceituam sua natureza como jurisdicional, uma vez que, respeitam e seguem os princípios constitucionais e processuais existentes, e vem cada vez mais evoluindo nos países globalizados, no âmbito das negociações internacionais, bem como na contratação pública.

¹¹⁶ _____. CRP. art. 20º, nº 4, Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0020&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&nversao=%23artigo. Acesso: 20/07/2023.

Em Portugal, o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, está previsto nos artigos 20.º e 268.º, n.ºs 4 e 5¹¹⁷, e do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º.¹¹⁸ No Brasil tal princípio encontra-se consagrado no artigo 5º XXXV da CRFB.¹¹⁹

A introdução legislativa portuguesa a respeito da arbitragem necessária em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro¹²⁰, bem como a criação do Tribunal Arbitral do Desporto, regulado pela Lei 74/2013, de 6 de setembro¹²¹, ensejaram várias discursões sobre a admissibilidade constitucional de tribunais arbitrais.

¹¹⁷ Portugal. (Direitos e garantias dos administrados). CRP.ARTIGO 268.º 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os actos administrativos de eficácia externa estão sujeitos a notificação aos interessados, quando não tenham de ser oficialmente publicados, e carecem de fundamentação expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 3. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0268&nid=4&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=S&nverso=2. Acesso em: 20/07/2023.

¹¹⁸ _____. (Princípio da Igualdade). CRP. Artigo 13.º. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50453575>. Acesso em: 20/07/2023.

¹¹⁹ Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CRFB. Artigo 5º. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/07/2023.

¹²⁰ Portugal. Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro. **Artigo 1.º Objecto:** A presente lei cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, procedendo à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.os 182/2009, de 7 de Agosto, 64/2010, de 9 de Junho, e 106-A/2010, de 1 de Outubro, e pela Lei n.º 25/2011, de 16 de Junho, e à segunda alteração ao regime geral das participações do Estado no preço dos medicamentos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 48-A/2010, de 13 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 106-A/2010, de 1 de Outubro. **Artigo 2.º Arbitragem necessária:** Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na acepção 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. **Jurisprudência:** Ac. Tribunal Constitucional n.º 251/2017, de 7/7: Julga inconstitucional a norma interpretativamente extraível do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e artigos 35.º, n.º 1, e 101.º, n.º 2, do Código da Propriedade Industrial, ao estabelecer que, em sede de arbitragem necessária instaurada ao abrigo daquela Lei, a parte não se pode defender, por exceção, mediante invocação da invalidade de patente, com meros efeitos interpartes. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1988&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 21/07/2023.

¹²¹ PORTUGAL. Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro. TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO. Artigo 1.º Objeto: 1 - A presente lei cria o Tribunal Arbitral do Desporto (TAD), com competência específica para administrar a justiça relativamente a litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto. 2 - A presente lei aprova, ainda, a lei do TAD. Artigo 2.º Aprovação da lei do Tribunal

A criação do TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO DESPORTO- TAD, entretanto, não foi tranquila, sendo marcada por diversos adversidade. Desde o início apareceu diversas críticas doutrinárias relativamente ao regime da arbitragem necessária, que impõe que certos conflitos sejam objeto de litigância no Tribunal Arbitral do Desporto, afastando a jurisdição dos Tribunais Administrativos e, conseqüentemente, a impossibilidade de recorrer dessas decisões para tribunais estaduais, pondo em causa a sua compatibilização com a Constituição da República Portuguesa, no que tange ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Com efeito, houve questionamento pela doutrina, levando a discursão ao Tribunal Constitucional do qual proferindo acórdãos que se encontraram algumas respostas.

Assim, a partir da construção desta Jurisprudência- que impunha como condição de admissibilidade da arbitragem necessária a existência de recurso para tribunais estaduais- o legislador foi aperfeiçoando, ao longo do tempo, um regime cada vez mais alargado de recursos para o Tribunal Estadual, sendo que hoje este se encontra previsto no artigo 8º 2 nº1 da LTAD¹²². Todavia, a formulação atual deste artigo, apesar de prever a existência de recurso para o Tribunal Central Administrativo, salvaguarda, de igual forma, a possibilidade de

Arbitral do Desporto: É aprovada, em anexo à presente lei, da qual faz parte integrante, a lei do TAD que estabelece: a) A natureza, a competência, a organização e os serviços do TAD; e

b) As regras dos processos de arbitragem e de mediação a submeter ao TAD. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1988&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 21/07/2023.

¹²² PORTUGAL. Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro. TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO. Artigo 8.º Recurso das decisões arbitrais. 1 - As decisões dos colégios arbitrais são passíveis de recurso para o Tribunal Central Administrativo, salvo se as partes acordarem recorrer para a câmara de recurso, renunciando expressamente ao recurso da decisão que vier a ser proferida. 2 - Ao recurso para o Tribunal Central Administrativo mencionado no número anterior é aplicável o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos quanto aos processos urgentes, tendo o mesmo efeito meramente devolutivo e devendo ser decidido no prazo de 45 dias. 3 - No caso de arbitragem voluntária, a submissão do litígio ao TAD implica a renúncia aos recursos referidos nos números anteriores. 4 - Fica salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional e de impugnação da decisão com os fundamentos e nos termos previstos na LAV.

5 - São competentes para conhecer do recurso e impugnação referidos nos n. os 1 e 4 o Tribunal Central Administrativo Sul, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral necessária, ou o Tribunal da Relação do lugar do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral voluntária, previstas nesta lei. 6 - A impugnação da decisão arbitral por força de qualquer dos meios previstos nos n. os 1 e 4 não afeta os efeitos desportivos determinados por tal decisão e executados pelos órgãos competentes das federações desportivas, ligas profissionais e quaisquer outras entidades desportivas. 7 - A decisão da câmara de recurso referida no n.º 1 é suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em contradição, quanto à mesma questão fundamental de direito, no domínio da mesma legislação ou regulamentação, com acórdão proferido por Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. 8 - Ao recurso previsto no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, contando-se o respetivo prazo a partir da notificação da decisão arbitral e devendo o mesmo ser acompanhado de cópia do processo arbitral. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1988&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 18/60/2023.

renúncia deste mesmo direito. Assim, a questão é se esta renúncia é legítima e se está de acordo com as diretrizes levadas a cabo pelo Tribunal Constitucional.

Dois renomados constitucionalistas portugueses, Gomes Canotilho e Paulo Otero, defendem a tese da inconstitucionalidade da imposição legal da arbitragem necessária.

Em parecer, respeito da arbitragem imposta para a resolução dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial referentes a medicamentos de referência e medicamentos genéricos, prevista norma citada acima, Gomes Canotilho, quanto ao direito de acesso aos tribunais, considera que a *“sujeição, por lei ordinária, da resolução desses litígios a um sistema de arbitragem “forçada” ou “necessária”, apenas pode significar uma subtração inconstitucional dos titulares dos direitos fundamentais invocados ao exercício do “direito” fundamental de acesso aos tribunais para defesa desses direitos.”*¹²³

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Otero, embora privilegiando *“uma postura intervencionista do Estado, segundo os postulados decorrentes da cláusula de bem-estar social”*, se posicionando no sentido que *“a tutela constitucional do direito de exclusivo de exploração comercial resultante da patente sobre medicamentos de referência (...) tem de conviver com a concorrência de outros direitos fundamentais acolhidos pela Constituição, num quadro próprio de um Estado social ou de bem-estar que reconhece uma função social à propriedade privada”*¹²⁴ - considera, igualmente, que a instituição de mecanismos de arbitragem necessária, por via legislativa, se revela inconstitucional, visto que ¹²⁵*“(a) o estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; (c) o Estado não pode desresponsabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais; (d) o princípio da igualdade no acesso à justiça e aos tribunais encontra-se lesado”*.¹²⁶

Tais renomados constitucionalistas, entendem que a imposição imposta pela lei fere garantias fundamentais qual seja o acesso ao Tribunal, não acreditando na natureza jurisdicional da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflito, além de se opor também ao princípio da igualdade, acreditando haver diferença de tratamento entre as partes.

¹²³ J. J. Gomes Canotilho, Parecer de 15.03.2012, policopiado, pág. 4, Apud Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO*. pág.2.

¹²⁴ PAULO OTERO, Parecer, 1 de junho de 2012 policopiado, pp. 12 e 18, Apud Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO*. pág.3.

¹²⁵ PAULO OTERO, Parecer, cit., pp. 63 e 84, Apud Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO*. pág.3.

¹²⁶ PAULO OTERO, Parecer, cit., pp. 63 e 84, Apud Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO*. pág.3.

O ilustre Paulo Otero, em parecer referente à arbitragem necessária em matéria de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, ressalta que a arbitragem consubstancia “uma forma de privatização da função jurisdicional” no qual “o Estado abandona, a favor dos sujeitos privados que se encontram em litígio, num processo de verdadeira autorregulação dos conflitos, o seu monopólio no âmbito da administração da justiça.”¹²⁷

Ora, “O Estado não pode renunciar a ser Estado em domínios que justificam a sua própria existência, sob pena de deixar de ter razão de existir: a administração da justiça, enquanto função típica de soberania, integrante do núcleo “sagrado” de funções exclusivas do Estado, não pode estar na disponibilidade do legislador ordinário”¹²⁸

Relativamente ao princípio da igualdade, aqueles a quem se impõe a arbitragem estão em desvantagem em relação aos restantes, que podem optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária: “A criação pelo legislador de arbitragens necessárias retira, visto deste último ângulo, esse direito de escolha do modo de acesso à justiça que todos os restantes particulares têm em áreas ou matérias suscetíveis de arbitragem”¹²⁹

Também ofendem o princípio da igualdade, os custos decorrentes da arbitragem, porquanto um “mecanismo de arbitragem necessária cria um desequilíbrio no acesso à justiça, pois os custos do seu funcionamento são, por via de regra, muito superiores aos custos processuais nos tribunais do Estado. Neste último entendimento, a imposição da arbitragem necessária conduz, imediata e inevitavelmente, a um privilégio a favor dos intervenientes particulares que possuem mais recursos financeiros, enquanto, em sentido contrário, uma solução envolvendo a intervenção dos tribunais do Estado garante, à partida, uma justiça economicamente mais acessível a todos”¹³⁰

A inconstitucionalidade da arbitragem necessária ocorre porque “a) o Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional; b) o Estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; c) o Estado não pode desresponsabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais; d) o

¹²⁷ Paulo Otero, Parecer de 01.06.2012, policopiado, págs. 63-64, Apud Rui Medeiros, Arbitragem necessária e Constituição, in Estudos em Memória ao Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 7.

¹²⁸ idem, págs. 7 e 8.

¹²⁹ Ibidem, pág. 9.

¹³⁰ Ibidem, págs. 10.

princípio da igualdade no acesso à justiça e aos tribunais encontra-se lesado”.¹³¹ Pelo que, a arbitragem só é admissível «sempre a título excepcional»¹³².

Entretanto, o aludido artigo 202.º, não consagra um monopólio jurisdicional do Estado e a função jurisdicional, podendo a jurisdição ser exercida por tribunais estaduais e por tribunais não estaduais, garantido sempre o acesso ao recurso para sanar qualquer irregularidade processual, assim como acontece no julgado de paz, embora, o que não pode ocorrer é a coercitividade oriunda de uma norma legislativa que retira das partes o direito de escolher entre o Tribunal da Justiça Comum ou o Tribunal Arbitral, devendo ser os princípios constitucionais em especial o da igualdade resguardado.

Todavia, “O parâmetro constitucional relevante nesta matéria não é a norma contida no artigo 202.º/1 – os tribunais arbitrais, mesmo os necessários, não infringem a reserva de jurisdição aí consagrada –, mas a do artigo 20.º/1, na parte em que assegura o acesso aos tribunais: está em causa um direito fundamental que opera no âmbito das relações entre cidadãos e Estado, de modo que os tribunais a que a disposição se refere não podem deixar de ser apenas os que se enquadram na organização do Estado”¹³³

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial consagrado, pelo Tribunal Constitucional nos citados acórdãos n.ºs 230/2013 e 781/2013, pode e deve concluir-se, em linha com o afirmado no Acórdão n.º 250/96, que “o tribunal arbitral como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais.”¹³⁴

O Acórdão n.º 230/2013, estabeleceu o entendimento de que as decisões arbitrais de única ou última instância com os fundamentos e termos previsto na LAV, pelo Tribunal Arbitral do Desporto devem ser suscetíveis de recurso em virtude do direito de acesso aos tribunais, a irrecorribilidade das decisões para o Tribunal comum viola direitos constitucional fundamental.

Deste modo, o direito fundamental de acesso aos tribunais pode ser assegurado em via recursal, em casa de decisões arbitrais passíveis de anulação em decorrência de alguma ilegalidade. Insta esclarecer que, a possibilidade de recurso da decisão arbitral para o Tribunal não representa um mecanismo de reexame do mérito e sim uma garantia de um devido processo legal como é assegurado na justiça comum.

¹³¹ Ibidem, pág. 12.

¹³² Ibidem, pág. 13 e 14.

¹³³ Ibidem, pag. 16.

¹³⁴ Ibidem, pág. 21.

Desta forma, o entendimento jurisprudencial é pela admissão a arbitragem necessária é admitida desde que esteja garantido que a decisão arbitral não seja definitiva, possibilitando a parte vencida recorrer da decisão proferida pelos tribunais arbitrais necessários para os tribunais estaduais quando houver cabimento devidamente fundamentado juridicamente, desta forma não existindo um monopólio da jurisdição.

Outrossim, relativamente ao princípio da igualdade, entendemos que a arbitragem necessária gera uma desigualdade e prejudica a eficácia do princípio para aqueles que se impõe em relação aos restantes que concordam com a utilização do instituto, o justo e legal seria ser resguardado a faculdade de escolha entre a jurisdição arbitral ou a jurisdição estadual.

7. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE PARTES

Como afirma o ilustre Jorge Miranda, para se compreender o princípio da igualdade das partes, é necessário uma breve análise da *ideia de igualdade*, ideia de que, está fortemente ligada aos “grandes temas da Ciência e da Filosofia Do Direito e do Estado.”¹³⁵

O princípio da igualdade das partes bastante extensivo e equívoco tanto na filosofia, quanto na ciência política e ciência jurídica, ensejando assim grandes reflexões, desde a Antiguidade até os dias atuais. Na tentativa de interpretá-lo com uma melhor clareza principalmente em um estado democrático de direito na tentativa de combater a parcialidade de juízos passionais, sem tentar conceituar uma vez que é um conceito aberto.

O mencionado princípio não é um direito natural, é um direito oriundo da sociedade e dos padrões que ela estabelece em cada momento histórico e os padrões que ela estabelece, sendo desta forma mutável no tempo e no espaço, considerado, portanto, um direito positivado pela sociedade.

Sobre isso considera Carmen Lúcia Antunes Rocha (1990), que além de não ser de direito natural porque não advém do acaso nem de obra divina é, portanto, ¹³⁶decorrente das relações sociais.

O princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja.
Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de força

¹³⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV (Direito Fundamentais), 6ª ed., Coimbra. Editora, Coimbra, 2015, p.310. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 45.

¹³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, O Princípio Constitucional da Igualdade, Belo Horizonte, Lê S/A, 1990, P.28.

exógenas que se impõem a uma sociedade com explicação mística e mistificada. O ser humano iguala-se em sua contingência humana e em sua contingência social. O direito é o que a sociedade – a muita vez, o eventual detentor da capacidade de ditar normas- diz que ele é.

Conforme MONTEIRO (2017), para melhor entendimento do princípio da igualdade das partes é importante distinguir duas épocas distintas: a época pré-constitucional e a outra constitucional, quando fora consagrado os princípios constitucionais dentre eles o princípio da igualdade.

Ainda assim, a igualdade não é apenas associada a justiça, o mesmo se acontece em relação à dignidade da pessoa humana¹³⁷. Nesse sentido, o entendimento é que a igualdade surge com a ideia focada no homem e que ao longo da história, se traduziu na luta pela afirmação da dignidade deste.¹³⁸

Esta máxima, é até hoje fortemente seguida e reiterada pela doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira, revestindo e respaldando os ordenamentos jurídicos, dentre elas a lei da

¹³⁷ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, cit., pp. 101 e 110, e Ana Maria Guerra Martins, *A igualdade e a Não Discriminação...*, cit., pp.499, 515 e ss., e 563. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 46.

¹³⁸ (Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p.17). *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 47.

arbitragem voluntária dos dois países, consagrada na LAV no artigo nº 30¹³⁹ e na lei brasileira nº 9.307/1996.¹⁴⁰

Insta esclarecer que, nosso intuito não é conceituar a igualdade uma vez que, é um tema de controverso, que se assume uma multiplicidade de conteúdos, sendo bastante difícil, nosso objetivo é analisar o princípio da igualdade no universo jurídico sobretudo no procedimento arbitral, como meio de efetivação e validação do procedimento arbitral.

A época constitucional se consagra com três grandes Revoluções Liberais que, no mundo ocidental, marcaram a evolução do absolutismo para o liberalismo¹⁴¹.

¹³⁹ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. CAPÍTULO V Da condução do processo arbitral. Artigo 30.º Princípios e regras do processo arbitral: “1 - O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:
a) O demandado é citado para se defender;
b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;
c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as exceções previstas na presente lei.
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.
4 - Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.
5 - Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei.
6 - O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser.” Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

¹⁴⁰ BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Capítulo IV Do Procedimento Arbitral. 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. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso: 20/07/2023.

¹⁴¹ Diogo Freitas do Amaral, uma introdução à Política, cit., p. 245, e Maria da Glória Garcia Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação..., cit., p.8. Basta recordar o Lema da Revolução Francesa, onde a igualdade tem um lugar de destaque: “liberdade, igualdade, fraternidade” (liberte, égalité, fraternité). *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. pp. 50 a 52.

Considerando assim a igualdade como princípio jurídico-político, coube a França a universalização deste princípio, consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26/08/1799.¹⁴²

Provém no paradigma do Estado Social os direitos sociais, juntamente com os direitos económicos, merecendo importância a positivação dos mesmos, ocorrendo também neste paradigma a releitura e redefinição dos direitos consagrados no Estado Liberal. A igualdade e a liberdade tomam novas formas neste paradigma, ou seja, aqui, não se é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe, mas a liberdade está intrínseca e umbilicalmente ligada ao conceito de igualdade¹⁴³.

Esse pensamento de igualdade e liberdade foi se desenvolvendo e aprimorando com o tempo, com as ideias iluministas, revoluções liberais, principalmente com a implementação de um estado democrático de direito voltado para as questões sociais, que tem por essência resguardar os direitos do homem consagrados na Constituição enquadrados como os direitos fundamentais.

Assim como, as adesões aos acordos internacionais e as declarações de direitos, na finalidade de garantir esses direitos fundamentais. Não se aceitando no estado moderno e democrático a escravatura, a desigualdade social e de gênero bem buscando uma reparação social através de políticas públicas em combate a desigualdade estrutural.

7.1 O princípio da igualdade na Constituição da República Portuguesa

A igualdade, como já visto, é um elemento muito importante do conceito de Justiça, é na verdade um dos princípios formadores da própria ideia do sistema jurídico, sem a qual o sistema não poderia existir nem alcançar sua eficácia.¹⁴⁴

A legislação portuguesa historicamente, veio se preocupando em manter em lugar de destaque nas suas bases constitucionais o princípio da igualdade. Desde a promulgação da constituição

¹⁴² Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. pp. 53.

¹⁴³ O Professor José Adércio Leite Sampaio (2005) inclui nos direitos advindos com o Estado Social os direitos culturais que seriam aqueles que “dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.” SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 263.

¹⁴⁴ Jorge Barcelar Gouveia, Manual de Direito Constitucional, vol.II, cit., p. 741. *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p.59.

de 1822, em seu artigo nº 9º, na carta Constitucional de 1826 em seu (artigo 145º), §12º, na Constituição de 1933 (artigo 10º), na Constituição de 1911 (artigo 3º, nº2) e na Constituição de 1933 (artigo 5º).¹⁴⁵

Na atual CRP o princípio da igualdade está consagrado como princípio geral, no artigo 13º, nº1, assumindo um sentido predominantemente material ou substancial (em consonância com a celebre máxima *tratar igualdade o que é igual e desigualmente o que é desigual*). Existindo também duas proibições e obrigações em que a igualdade se desdobra: proibição de arbítrio, proibição de discriminação positivas, embora sujeitas aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade).¹⁴⁶

Por estar consagrado na CRP na parte de direitos e deveres fundamentais como já mencionado acima no artigo 13º, nº1¹⁴⁷, estando também interligado o direito ao processo equitativo, presente no artigo 20º, nº4, da CRP).¹⁴⁸

Tendo, portanto, relevância em outros ramos do direito, como no Direito Processual Civil estando consagrado no artigo 4º do Código de Processo Civil-CPC¹⁴⁹, devendo assim os tribunais seja judicial ou arbitral assegurar, durante a duração de todo o processo, a igualdade substancial (ou material) das partes.

¹⁴⁵ JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, cit., p.220. *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p.60.

¹⁴⁶ MONTEIRO, Antonio Pedro. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem. Ed. Almedina, S.A., p. cit. 97. Coimbra. 2017.

¹⁴⁷ CRP. Artigo 13.º - (Princípio da igualdade): 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0013&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 21/08-2023.

¹⁴⁸ _____. Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva): 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. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0013&nid=4&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 21/08-2023.

¹⁴⁹Portugal. CPC. Artigo 4. Igualdade das partes. O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso.25/07/2023.

Conforme bem salienta António Pedro Pinto Monteiro, do mencionado artigo 13º da CRP, percebe-se o legislador consagrou uma igualdade formal (no sentido da aplicação da lei de forma igualitária para todos os indivíduos) bem como se alçando a igualdade material ou substancial em virtude do estado social que vivemos.¹⁵⁰

Por consequente, a grande importância e preponderância da igualdade material na CRP, e em consonância com tal concepção de igualdade, poder-se-á afirmar que o princípio da igualdade tem uma dupla expressão: *tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual*.¹⁵¹ Desta forma, assumindo duas dimensões distintas, mas completamente: (1) uma *dimensão igualizadora*, que consiste no tratamento igual daquilo que é igual: e (2) uma *dimensão diferenciadora*, em que o desigual é tratado direnciadamente.¹⁵²

7.2 O princípio da igualdade na Constituição da República Brasileira

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada, em 05 de outubro, trouxe pela primeira vez a possibilidade de punição em virtude de preconceito, o que já implica um reconhecimento pelo próprio Estado da existência de discriminação, embora a lei que regule os crimes resultantes de preconceito tenha surgido somente em 1989.

A interpretação constitucional, principalmente no que tange à igualdade, deve pautar-se pelos princípios e características do paradigma do Estado Democrático de Direito, embora as teorias acerca deste estejam em constante evolução.¹⁵³

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o princípio da igualdade é fundamental para a alcance da dignidade de pessoa humana e consequentemente a efetividade do Estado Democrático de Direito, por isso, é amplamente tratado ao longo de todo o texto constitucional brasileiro. A todo o cidadão deve ser proporcionada a oportunidade de serem autônomos de maneira de que consiga alcançar uma igualdade diante de cada peculiaridade existente em um mundo desigual, desta forma estaria se aproximando de uma possível efetividade do princípio

¹⁵⁰ MONTEIRO, António Pedro Pinto. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral**. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 64.

¹⁵¹ MACHADO, João Baptista, “Iniciação ao mundo do Direito”, cit., p.498. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral**. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 65.

¹⁵² GOUVEIA, Jorge Barcelar, Manual de Direito Constitucional, vol.II, cit., pp- 741 e 742. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral**. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 65.

¹⁵³ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. PP. 383.

da igualdade, em uma sociedade democrática de direito e deveres. Uma sociedade em que há exclusão social não pode se reconhecer como democrática.¹⁵⁴

O Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, partilha do mesmo entendimento dos ministros Joaquim Barbosa Gomes (2001) e Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996), interpretando a igualdade prevista no texto constitucional como a possibilidade de intervenção estatal, no sentido de realização da igualdade substancial, defendendo, assim, a adoção de ações afirmativas. Ao estudar a evolução do princípio da igualdade nas constituições brasileiras, Mello interpreta a atual Constituição da República, fundamentando-se nos artigos 1º, III e 3º, III, da seguinte forma:

Passou-se, assim, de uma igualização estática, negativa – no que se proibia a discriminação -, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” denotam ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar as mesmas oportunidades. Há de ter-se como ultrapassado o sistema simplesmente principiológico. A postura, mormente dos legisladores, deve ser, sobretudo, afirmativa. O fim almejado por esses dois artigos da Carta é a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza – uma das formas de discriminação – visando-se, acima de tudo, ao bem de todos. (MELLO, 2003, p.161).¹⁵⁵

A igualdade está prevista expressamente na Constituição brasileira entre os direitos e garantias fundamentais, 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.¹⁵⁶

O Princípio da Igualdade é o mais importante dentre todos os princípios fundamentais previstos no art. 5º CRFB, levando-se em consideração a necessidade serem reconhecidos indistintamente e em igualdade de condições. O Princípio da igualdade de partes não pode ser apenas considerado na ideia formal contida na lei, mas também nos costumes socialmente construído no Estado Democrático de Direito.

A todos são garantidos indistintamente o direito de ser julgado por um juízo imparcial, essa estrutura se faz presente no modelo de um estado democrático dos países que seguem o direito românico- germânico.

¹⁵⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Cidadania e Constituição: “as cores da revolução constitucional do cidadão”**. Belo Horizonte, 1999. p.21.

¹⁵⁵ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, p. 158-163, n. 1, jan./jun. 2003.

¹⁵⁶ BRASIL. CRFB. Artigo 5º. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24/08/2023.

Isto está previsto no CPC, nas normas fundamentais e da aplicação das normais processuais em seu artigo 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”¹⁵⁷

Aqui, são previstas a igualdade formal e a igualdade substancial, o que nos permite concluir que no Estado Democrático de Direito tanto uma quanto a outra recebem a mesma importância¹⁵⁸. Porém, acompanhando as ideias do paradigma do Estado Democrático de Direito, a interpretação tanto de uma quanto de outra deve ser influenciada pela releitura dos principais direitos garantidos nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, levando-se em conta, principalmente, que a nova interpretação da igualdade privilegia o respeito às diferenças.¹⁵⁹

Considerando a ideia de igualdade distributiva prevista na Constituição da República de 1988, levando-se em conta o pluralismo da sociedade brasileira, devem-se encontrar formas de realizar esta igualdade, tendo em vista, conforme afirma Oscar Vilhena Vieira (2006), que os mecanismos até agora utilizados para distribuição dos recursos têm se mostrado insuficientes, dado o grau de desigualdade da nossa sociedade.

O ilustre professor Celso Antônio diz que a lei não pode ser fonte de privilégios e sim justiça:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”¹⁶⁰
 “Sabe-se que entre pessoas há diferenças óbvias perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, erigidas, validamente em critérios distintos justificadores de tratamentos jurídicos dispare. Assim exempli gratia, são nitidamente diferenciáveis os homens altos dos homens de baixa estatura. Poderia a lei estabelecer – em função desta desigualdade evidente – que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo que defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho?”¹⁶¹

¹⁵⁷ Brasil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS CAPÍTULO I DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL. Artigo 7º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/07/2023.

¹⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.P.287.

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p- 196.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Ed. Malheiros, p. 10. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Igualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Ed. Malheiros, pp. 11-12. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Igualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

Nos parece obvio que a resposta para essa pergunta qualquer pessoa sem conhecimento jurídico responderia que não seria possível tal atitude. Seja entre particulares ou seja entre o particular e o Ente Público especialmente na atualidade.

Considerando o estudo realizado acima acerca da evolução do princípio da igualdade em Portugal e no Brasil, permite concluir que a evolução constitucional caminhou no sentido evolutivo dos paradigmas do direito, modificando, assim, a concepção da igualdade nas diversas fases do constitucionalismo: de uma visão simplesmente formal ao reconhecimento e empenho para a concretização da igualdade substancial, tendo como ponto elementar a observância das diferenças dos indivíduos para alcançar assim a efetividade da igualdade. Levando em consideração também os princípios do Estado Democrático do Direito, a nova concepção de igualdade, baseada pelo respeito às diferenças, analisar-se-á a constitucionalidade das ações afirmativas do Estado em especial na figura do legislador ao criar sistemas normativos que sejam compatíveis com os princípios constitucionais ora estudados, bem como a necessidade de implantação das mesmas com vistas à concretização do princípio da igualdade.

Sendo assim, o legislador não pode criar normas abusivas, ilícitas, arbitrárias, que afaste o princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. O particular não pode praticar condutas consideradas discriminatórias, tais como: preconceituosa, racista, xenofóbica ou sexista, a autoridade Pública por sua vez, também está condicionada ao ditame da isonomia sendo obrigado a respeitar da igualdade.

7.3 Os privilégios do ente público em juízo e seus reflexos no princípio da igualdade

No ordenamento jurídico brasileiro os Entes Públicos acabam gozando de certos privilégios quando estão em juízo litigando com um particular no âmbito da justiça comum, gerando assim uma desigualdade no tratamento processual quando uma ação é ajuizada em face da mesma.

Levando-se em conta este procedimento, podemos questionar a efetividade do cumprimento do princípio do devido processo legal e dos demais princípios constitucionais e processuais quando a pessoa jurídica de direito público está figurando como demandando em uma ação.

Não seria apenas a parte procedimental, questiona-se em face da desigualdade de tratamento criando privilégios ao Ente Público em detrimento ao particular na relação processual que deveria assegurar a igualdade das partes.

Salienta Celso Antônio de Bandeira Mello a respeito do princípio da igualdade de partes potenciais ofensas constitucionais em sua aplicação:

" Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I. A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II. A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” — que não descansa no objeto — como critério diferencial. III. A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV. A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V. A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita."¹⁶²

Não obstante o Ente Público vale-se também da prerrogativa dos prazos em dobro Conforme, o artigo 183 do CPC¹⁶³, bem como a citação pessoal estabelecido no artigo 247 do CPC¹⁶⁴

Percebe-se que tais prerrogativas fere o princípio da igualdade gerando uma desigualdade de armas em juízo em virtude de tais prerrogativas, sendo ao contrário à ideia de igualdade consagrada com a inclusão do inciso LXVIII no art. 5º da Constituição Federal.

Não existindo assim, uma verdade igualdade entre as partes nas lides do processo no âmbito da justiça comum, quando envolvam a administração pública. O legislador parece ter esquecido da importância da necessidade da efetivação do princípio fundamental da igualdade.

Essa diferenciação de tratamento na relação processual, que alguns justificam como decorrência natural do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não tem sido bem

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Edição, 2000, Editora Malheiros, p. 25. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Iguualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

¹⁶³ Brasil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CPC. 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. § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/08/2023.

¹⁶⁴ Brasil. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CPC. Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto: I - nas ações de estado, observado o disposto no art. 695, § 3º; II - quando o citando for incapaz; III - quando o citando for pessoa de direito público; IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; V - quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/08/2023.

aceita, sendo objeto de críticas em razão de, aparentemente, ferir os princípios fundamentais no estado democrático de direito: o princípio da igualdade, gerando reflexos no demais ramos da ciência do Direito. Conforme a sua concepção inicial, para atender a tal princípio, o Estado deveria tratar a todos de maneira indistinta, sem perseguições ou favorecimentos que prejudique a ideia de igualdade consagrada na Constituição, e principalmente não consagrar privilégio para si próprios em detrimentos de outros.

Diante do todo exposto, poderíamos concluir que o instituto da arbitragem administrativa voluntaria tais privilégios da fazenda pública não prevalecem, conseqüentemente garantindo assim uma maior efetivação do princípio da igualdade onde o particular consegue se igualar em direitos e deveres e estabelecer regras através de compromissos arbitrais de maneira igualitária ao litigar com o Ente Público, desta forma possibilitando que o particular consiga estar em juízo em igualdade de condições.

8. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE PARTES NA ARBITRAGEM

Os princípios estabelecem os alicerces e as pilastras dos quais se sustentam o sistema judiciário, daí a importância de suas interpretações corretas especialmente aqueles princípios constitucionais fundamentais dos quais estão presente em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Processual Civil, que abrange o princípio do contraditório, ampla defesa, o devido processo legal e do princípio da igualdade.

O centro de nosso problema é o princípio da igualdade de partes, não sendo possível sua relevante importância ser subestima especialmente quando falamos em arbitragem voluntaria.

Dito isto, podemos afirmar que a ideia de igualdade é elemento essencial do conceito de Justiça em um estado democrático de direito, conforme devidamente demonstrado, no âmbito das constituições brasileira e portuguesa, existindo a igualdade formal oriunda do próprio liberalismo, e à igualdade material, oriunda do Estado Social.

Insta esclarecer, que o princípio da igualdade não se abrange apenas ao âmbito constitucional, essa mesma relevância se verifica em outros ramos do ordenamento jurídico, tais como: Direito do Processo Civil, Direito Processual do Trabalho, surgindo assim o princípio da igualdade das partes, na busca da efetivação de um processo equitativo, conforme podemos verificar dos

dispositivos legais: artigo 20º, nº4 da CRP¹⁶⁵, devidamente representado no artigo 4º do CPC, da qual estipula que o Tribunal deve assegurar a todos ao longo de todo o processo um estatuto de *igualdade substancial ou material das partes*¹⁶⁶.

Dito isto, a questão que queremos analisar é se terá a igualdade na arbitragem a mesma importância eficácia dos outros ramos do direito?

Na legislação portuguesa em seu artigo 30º, nº1, alínea b, da LAV¹⁶⁷, está consagrado o princípio da igualdade de partes, reconhecendo, portanto, a importância do mencionado princípio no procedimento arbitral. Na legislação brasileira tal princípio está consagrado na Lei nº 9.307/96 em seu artigo 21, §2º.¹⁶⁸ Restando evidente de que qualquer meio alternativo de

¹⁶⁵ Portugal. CRP. Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). 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. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=4A0020&nid=4&tabela=leis&pagina=1&fica=1&nversao=%23artigo. Acesso em: 20/07/2023.

¹⁶⁶ Portugal. CPC. Artigo 4.º (art.º 3.º-A CPC 1961). Igualdade das partes. O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais. **Jurisprudência:** 1. Ac. TRP de 21.03.2018. Atos da secretaria. Omissão. Irregularidade. A omissão de acto de secretaria, traduzida na falta de notificação de um despacho convite ao complemento de requerimento da parte, constitui uma irregularidade de conhecimento oficioso, porque impede a parte de praticar o acto, e a parte não pode ser prejudicada (artº 157º nº6 CPC ex vi artº 4º CPC). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

¹⁶⁷ Portugal. Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. LAV: Da condução do processo arbitral Artigo 30.º. Princípios e regras do processo arbitral 1 - O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais: a) O demandado é citado para se defender; b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final; c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as excepções previstas na presente lei. 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. 4 - Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir.

5 - Os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei. 6 - O disposto no número anterior não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas a isso se opuser. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

¹⁶⁸ Brasil. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Do Procedimento Arbitral. Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras

resolução de litígio tais como a arbitragem, julgado de paz, devem respeitar os princípios fundamentais constitucionais e processuais civis.

Nesse sentido, fica claro que a intenção do legislador brasileiro ao inserir o princípio da igualdade, foi estabelecer que as partes consigam alcançar oportunidade iguais, no que seja estabelecer a conversão de arbitragem, indicar árbitros, produzir provas, de serem ouvidos de forma igualitária sem privilégios, especialmente para o Ente público que no Brasil acaba tendo algumas regalias e gerando grandes desigualdade no âmbito da justiça Estadual.

Não podemos deixar de citar dois princípios fundamentais do instituto arbitral, a garantia processual e autonomia da vontade, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro que não se permite a arbitragem necessária como existe no ordenamento jurídico português.

Ainda sobre os princípios da Arbitragem, Monteiro, António Pedro Pinto (2017), faz uma crítica bastante pertinente a norma legislativa portuguesa, a LAV, em seu artigo 30º, nº1: obrigatoriedade de citação, princípio da igualdade das partes e o princípio do contraditório (alíneas a), b) e c), acabam sendo uma disposição incompleta e até mesmo inócua. *Incompleta*, na medida em que não contempla todos os princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. *Inócua*, uma vez que os princípios elencados no nº1 do artigo 30º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV.¹⁶⁹

Nesse sentido fazendo referência a lei de arbitragem brasileira (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1966, em seu artigo 21, §2º já citando anteriormente, do qual o legislador chama a atenção a importância para a necessidade de respeito de alguns dos mais elementares princípios fundamentais que qualquer processo arbitral terá de observar. Desta forma o legislador português faltou, assim acrescentar a referência “entre outros” ou “designadamente” ao nº1 do artigo 30º da LAV, quando se enunciam os princípios fundamentais a serem respeitados, assim como foi realizado na legislação brasileira.¹⁷⁰

de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento; § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo; § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral; § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 25/07/2023.

¹⁶⁹ MONTEIRO, António Pedro Pinto. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. pp. 99 e 100.

¹⁷⁰ MONTEIRO, António Pedro Pinto. Op. Cit. pp. 99 e 100.

Partindo dessa primícia, podemos afirmar podemos afirmar que o direito ao processo equitativo é inequivocamente um princípio fundamental nos dois ordenamentos jurídicos brasileiros e português, normas internacionais fazendo parte do conceito de ordem pública e por essa razão não dever ser subestimando na arbitram sob pena de nulidade, através de procedimentos recursais perante os Tribunais Constitucionais ou até mesmo uma queixa junto ao TEDH.¹⁷¹

Nesse sentido, podemos citar como exemplo de decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que apreciou o acórdão de 16/09/2008 (Relator João Aveiro Pereira, processo 423/2008.

Nessa situação estava em causa um litígio em que, em sede de primeira instância – centro de arbitragem institucionalizada CIMASA (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis), actual CIMPAS (Centro de Informação, Mediação, Provedora e Arbitragem de Seguros) -, haviam sido violados certos princípios fundamentais. Concretamente, estávamos perante uma situação na qual o julgamento teve lugar sem a intervenção do mandatário do autor e sem a possibilidade de este, portanto, contraditar a prova produzida e de ser ouvido antes da decisão tomada, não obstante o mesmo ter atempadamente comunicado e justificado a sua impossibilidade em estar presente na data marcada para audiência. Na verdade, o tribunal arbitral havia -se mostrado insensível face à referida comunicação, salientando que o seu regulamento da arbitragem não estabelecia nada a este respeito. O julgamento acabou, assim, por se realizar na ausência do advogado do autor, tendo a parte contrária obtido ganho de causa. O autor recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, pois a sentença arbitral era susceptível de recurso.

A relação de Lisboa julgou (e bem) procedente o recurso, tendo considerado que a audiência de julgamento deveria ter sido adiada e que o despacho do tribunal arbitral, que não atendeu o pedido de alteração da data de audiência, estava ferido de nulidade, pois uma decisão tomada com sabe num regulamento de arbitragem “não se pode contrariar princípios fundamentais como o de acesso ao direito e aos tribunais e o do contraditório, nos termos dos arts. 16º, als. C) e d), da Lei nº 31/86, de 29 de Agosto “(correspondente ao actual artigo 30, nº 1, alínea b) e c), da LAV). Segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, estávamos perante uma situação algo KAFKIANA, que revelava uma falta de sensibilidade um excesso de formalismo do tribunal arbitral. Assim, além da nulidade do mencionado despacho, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que a sentença proferida pelo tribunal arbitral era nula, designadamente (i) por não ter sido respeitado o princípio do acesso ao direito e à tutela judicial efectiva (sendo que “o direito ao patrocínio judiciário não se satisfaz com a mera formalidade de constituição de mandatário no processo, têm de se proporcionarada, em concreto, condições processuais para que este possa exercer efectivamente esse patrocínio”); e por inobservância do princípio do contraditório, uma vez que a presença do mandatário “é indispensável ao equilíbrio dos pratos da balança e à consecução de uma justiça não apenas formal”. Mais reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa que, independentemente do recurso, a decisão arbitral era sempre anulável. In <http://www.dgsi.pt/>.¹⁷²

Diante do exposto, conseguimos perceber que o direito fundamental ao processo equitativo deve ser respeitado e efetivado no procedimento arbitral, funcionando como um limite à

¹⁷¹ OLIVEIRA, Mário Esteves coordenação) Lei de Arbitragem Voluntária Comentada, cit., pp. 81 e 82; a este propósito, veja-se também ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, A impugnação da sentença arbitral, cit., p.38. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. pp. 100 e 102.

¹⁷² *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. Pp. 107 e 108. Nota de dorapé.

autonomia das partes, além de garantia de um devido processo legal, sob pena de anulação da decisão arbitral como vimos no exemplo acima.

O prestigioso princípio da igualdade das partes é consagrado em vários normativos nacionais e internacionais nos regulamentos das arbitragens estrangeiras, como Espanha, Alemanha, França... sendo evidente na própria Lei- Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 18, no qual estabelece: “as partes devem ser tratadas com igualdade e de ser dada a cada uma delas toda a oportunidade de apresentar seu caso”¹⁷³.

A legislação em matéria de arbitragem voluntária, devidamente regulamentada pela atual Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro -LAV, tornou-se uma das leis e experiências estrangeiras mais seguidas, conduzindo-se também com as exigências das principais convenções internacionais: Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985 (Alterada em 2006)¹⁷⁴ e à Convenção de Nova Iorque de 1958¹⁷⁵, sendo de suma importância ao tema das arbitragens internacionais que tem lugar em Portugal, servindo também como uma referência para a legislação brasileira.

¹⁷³ LEI MODELO DA UNCITRAL SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL 1985. Com as alterações adoptadas em 2006. Condução do processo arbitral: Artigo 18.º Igualdade de tratamento das partes. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%C3%A7%C3%B5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf?ver=BNXecmWCrRQkw6nwQRHOYQ%3D%3D. Acesso em: 25/08/2023.

¹⁷⁴ Lei-Modelo da Uncitral de 1985 (Alterada em 2006). Versão portuguesa. Conceito: A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do enquadramento jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos sobre a modernização do direito comercial internacional, para uso dos Estados e através da elaboração de textos não legislativos sobre transacções comerciais, para uso das partes. Os textos legislativos da UNCITRAL visam a venda internacional de bens, a resolução de disputas comerciais internacionais, incluindo a arbitragem e a conciliação, o comércio electrónico; a insolvência, incluindo a insolvência transfronteiriça, o transporte internacional de bens; os pagamentos internacionais, a aquisição e o desenvolvimento de infraestruturas; e os títulos de crédito. Os textos de carácter não legislativo incluem as regras de conduta nos processos de arbitragem e de conciliação; notas sobre a organização e condução de processos arbitrais; e guias jurídicos sobre contratos de construção industrial e de trocas comerciais. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf. Acesso em: 10/02/2023.

¹⁷⁵ A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS DE 1958 NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA: a Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1958 (Convenção de Nova York) é um instrumento fundamental na eficiência da arbitragem comercial internacional. a Convenção de Nova York requer todas as partes contratantes, sobre 160 estados em 2016, reconhecer e fazer cumprir acordos de arbitragem internacionais, por um lado, e arbitragem internacional, por outro lado, sujeito a ressalvas muito limitadas.

O requisito fundamental da validade presuntiva dos acordos internacionais de arbitragem está contido no Artigo 2(1) do Convenção de Nova York que estabelece que os estados contratantes devem reconhecer acordos escritos para arbitrar disputas passadas ou futuras quando o objeto puder ser resolvido por arbitragem.

Mais longe, nos termos do artigo 2(3), quando as Partes tiverem previsto tal acordo de arbitragem, os tribunais nacionais devem submeter as Partes à arbitragem e não ouvir a disputa. Artigo 3 do Convenção de Nova York prevê a finalização presuntiva de sentenças arbitrais estrangeiras exigindo obrigatoriamente que os estados contratantes reconheçam sentenças arbitrais estrangeiras como vinculativas e as cumpram, sujeita às excepções muito limitadas contidas no artigo 5 do Convenção de Nova York (p. excessos de jurisdição, violações de direitos processuais fundamentais e políticas públicas).

Em termos práticos, um prêmio é "estrangeiro" quando foi emitido em uma jurisdição que não seja a jurisdição em que uma Parte procura aplicá-la, e será aplicada quando ambas as jurisdições estiverem contratando estados para o Convenção de Nova York.

Todavia, para se concretizar a aplicabilidade do princípio da igualdade é necessário entender as particularidades de cada parte e na medida necessária encontrar uma forma de equalizar as desproporcionalidades para se aproximar ao máximo de uma igualdade.

Mais uma vez, portanto, também aqui poderemos formular a regra de que quando a situação em que as partes se encontram for igual, em princípio estas deverão ser tratadas de forma diferentes (no fundo, repete-se, em consonância com o conhecido adágio, imputado a Aristóteles, de *tratar igualmente o que é igual e desigualmente o desigual*)¹⁷⁶.

Portanto, a Convenção de Nova York não afeta a autoridade de um tribunal nacional de anular ou anular uma sentença proferida na mesma jurisdição, porque não é considerado um prêmio estrangeiro, mas um prêmio nacional. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/new-york-convention/>. Acesso em: 23/12/2022.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves (coordenação), Lei da Arbitragem Voluntária Comentada, cit., pp. 371 e 372. *Apud*. MONTEIRO, António Pedro Pinto, O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 124.

CONCLUSÃO

No presente trabalho procurou-se demonstrar como a arbitragem vem se consolidando e tornando-se cada vez mais uma alternativa extrajudicial confiável de resolução de conflitos no mundo globalizado, mesmo estando como parte um Ente Público. Trazendo respostas as demandas administrativas em um prazo razoável de tempo, com escolhas de árbitros especialistas nas áreas específicas de cada demanda.

A administração Pública, com o passar do tempo, se viu obrigada a se adaptar as novas necessidades da sociedade, que se encontra em constante mutação. Assim, passou-se do Estado Liberal para o Estado Social, culminando no atual Estado Democrático de Direito. Mas, com o seu advento, o Estado sozinho não é capaz de atender a todas as necessidades que surgiam no seio social e, por isso, e por essa razão foi obrigado a se juntar ao particular para uma obtenção de melhores resultados, não sendo assim mais aceito um monopólio estatal. Além disso, o papel do Estado na economia também mudou, uma vez que a Administração Pública agora possui chancela constitucional para explorar atividades econômicas próprias da esfera privada com a finalidade de alcançar o melhor interesse público.

Demonstrou-se também que o interesse público ainda deve estar presente em qualquer atuação do Estado, entretanto, para se concretizar a aplicabilidade do princípio da igualdade é necessário entender as particularidades de cada parte e na medida necessária encontrar uma forma de equalizar as desproporcionalidades para se aproximar ao máximo de uma igualdade, não sendo possível na arbitragem o Ente Pública ter certos privilégios em Juízo como acontece na Justiça como no ordenamento brasileiro.

Outrossim, ainda sobre o renomado princípio da igualdade, entendemos que a arbitragem necessária no ordenamento jurídico português gera uma desigualdade e prejudica a eficácia do princípio para aqueles que se impõe em relação aos restantes que concordam com a utilização do instituto, o justo e legal seria ser resguardado a faculdade de escolha entre a jurisdição arbitral ou a jurisdição estadual.

A doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, se posicionam a favor da utilização da arbitragem para os casos em que a atuação do poder público esteja orientada pelo interesse, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis, como acontece na contratação pública. A superação da ideia de que a relação da Pública com o particular constitui necessariamente uma relação vertical, onde o Estado fará sempre uso do seu poder de coerção, também influi na aceitação da utilização da arbitragem pela Administração Pública, no qual possibilita ao particular alcançar uma igualdade

de partes ao estabelecer cláusulas compromissórias, bem como o poder de escolha do arbitro que irá analisar a situação com maior técnica e imparcialidade.

O apreço pela via negocial e pela busca do consenso aproxima os particulares do Estado, dando mais confiança àqueles que desejem contratar com a Administração, vez que a relação será, além de vertical, mais paritária, o que poderá trazer benefício para ambas as partes. Não restando dúvida, então, que o procedimento arbitral é um meio capaz de resolver controvérsias entre o Poder Público e o particular, se pautando nos princípios constitucionais e processuais é uma forma de acompanhar as mudanças do mundo Globalizado, na atual realidade do mundo moderno que se impõe.

O combate a desigualdade e uma maior eficiência na prestação da jurisdição que restou comprovado não ser um monopólio estatal, vem se tornando uma constante, fenômeno que deve atingir o Estado em diversos aspectos, sendo sempre necessário a compatibilização com os princípios administrativos que direciona o Poder Público, como acontece na lei de arbitragem voluntária.

Assim, os contratos administrativos que possuem cláusulas arbitrais são legais, desde que versem de “direitos patrimoniais disponíveis” que pertençam à Administração. Fato que aproxima as partes contratantes, flexibiliza a sua relação e se amolda aos novos paradigmas trazidos pelo mundo contemporâneo e sobre tudo consegue alcançar em uma grande uma maior efetividade do princípio da igualdade de partes.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Miguel Cancellata de e outros. **A arbitragem voluntária e a mediação de conflitos**. Almedina. Coimbra.2008. pp.69/70.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**, Almedina, Coimbra, 1982, p.17). *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 47.
- ALMEIDA, João Alberto de. **Processo Arbitral**. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002., p. 6.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. PP. 383.
- AMARAL Diogo Freitas do. **Uma introdução à Política**, cit., p. 245, e Maria da Glória Garcia Princípio da igualdade: da uniformidade à diferenciação...”, cit., p.8. Coimbra, 2017. pp. 50 a 52.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, p.159-180, out. 1998.
- BARROCAS, Manuel Pereira, **Manual de Arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 51 a 57.
- _____. **Manual de arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2013. pág. 53.
- _____. **Manual de arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2013.págs. 90-92.
- _____.BARROCAS, Manuel Pereira, 2013, op. cit., pág. 90.
- BEZERRA, Rafael Lapa Santos. **Arbitrabilidade Objetiva no Âmbito da Administração Pública**- Uma discussão com foco no setor portuário brasileiro. ENAP.2019. *Apud*. TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, **Parecer de 15.03.2012, policopiado**, pág. 4, Apud Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO*. pág.2.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.
- COSTA, Bruno Andrade; MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. **Arbitragem exercida por entes públicos**: uma proposta de regulamentação. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 36-43, abr. 2011.
- COSTA GONÇALVES, Pedro. **Direito dos Contratos Públicos**, 1. Ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A,2015, p.113.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33-34.
- DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6- 65.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**, 2003, p. 213.

ESQUIVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 114-115.

FERRAZ, Rafaella. **Possibilidades e limites à aplicação da arbitragem no setor elétrico**. In: FERRAZ, Rafaella;

FLAUSINO, Vagner Fabrício Vieira. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 68.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. **Manual de Direito Constitucional**, vol.II, cit., p. 741. *Apud*. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p.59 - 65

HIGA, Alberto Shinji. **Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 13, n. 50.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158-159.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 135-163, jul./set. 2015.

LEMES. 2007. Op.cit. p. 135-163, jul./set. 2015 SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206).

MACHADO, João Baptista, “Iniciação ao mundo do Direito”, cit., p.498.*Apud*. MONTEIRO, António Pedro Pinto. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral**. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 65.

MAGALHÃES Bravo, Bárbara, Estudo de Conciliação, **Mediação e Arbitragem- O Estado da Arte**, Braga, 2019, p.33.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32905-41006-1-PB.pdf>> Acesso 20/02/23.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contrato administrativo e a lei de arbitragem**. Revista de Direito Administrativo, v. 223, janeiro/março de 2001, p. 120.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 29.

_____.**Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 76.

_____.**Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015, p. 989.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015., p. 66.

MELLO, Celso António Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. Ed. Malheiros, p. 10. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Igualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

MELLO, Celso António Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. Ed. Malheiros, pp. 11-12. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Igualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª Edição, 2000, Editora Malheiros, p. 25. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367569/mod_resource/content/2/MELLO_Princ%C3%ADpio%20da%20Igualdade.pdf. Acesso em: 25/08/2023.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **A igualdade e as ações afirmativas**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, p. 158-163, n. 1, jan./jun. 2003.

MEDEIROS, Rui Jorge Miranda. **Constituição Portuguesa Anotada**, tomo I, cit., p.220. *Apud.* Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p.60.

MEDEIROS. Rui / Maria João FERNANDES, **Anotação ao artigo 202.º, in Constituição Portuguesa anotada** (Jorge Miranda / Rui Medeiros), III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 16 ss. *Apud.* MEDEIROS. 2013. p.14. In: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf. Acesso em: 07/03/23 às 16:32.

MEDEIROS, Rui. **Arbitragem Necessária e Constituição**. 2013, p.2 In: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_22901.pdf. Acesso em: 07/03/23 às 16:32.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2015, p. 91. p. 184-185.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV (Direito Fundamentais), 6ª ed., Coimbra. Editora, Coimbra, 2015, p.310. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitram: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 45.

MONTEIRO, Antonio Pedro. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem**. Ed. Almedina, S.A., p. Coimbra. 2017. cit. 97. . P. 64.

_____. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem**. Ed. Almedina, S.A., p. Coimbra. 2017. 2017. pp. 53.

_____. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem**. Ed. Almedina, S.A., p. Coimbra. 2017. pp. 99 e 100.

_____. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem.** Ed. Almedina, S.A., p. Coimbra. 2017. pp. 99 e 100.

_____. **O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem.** Ed. Almedina, S.A., p. Coimbra. 2017. Pp. 107 e 108. Nota de dorapé.

MOREIRA, Relvas Raul. **A arbitragem administrativa em debate:** problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. Ed. AAFDL. Lisboa.2018. pp.222/223.

_____. **A arbitragem administrativa em debate:** problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. Ed. AAFDL. Lisboa.2018. pp.220/226.

MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). **Arbitragem doméstica e internacional,** 2008, p. 331 e ss.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante,** 13. ed., São Paulo:RT, 2013, p. 1.758.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A Arbitragem e sua Utilização na Administração Pública. Revista da AGU, Brasília, ano VIII, número 21, julho/setembro de 2009, p. 130.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa,** cit., pp. 101 e 110, e Ana Maria Guerra Martins, A igualdade e a Não Discriminação..., cit., pp.499, 515 e ss., e 563. Monteiro, António Pedro Pinto. Almedina editora. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Coimbra, 2017. p. 46.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015:** novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 13, n.51, p. 59-79, out./dez. 2015.

OLIVEIRA, Mário Esteves (coordenação) **Lei de Arbitragem Voluntária Comentada,** cit., pp. 81 e 82; a este propósito, veja-se também ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, A impugnação da sentença arbitral, cit., p.38. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto. O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. pp. 100 e 102.

OLIVEIRA, Mário Esteves (coordenação), **Lei da Arbitragem Voluntária Comentada,** cit., pp. 371 e 372. *Apud.* MONTEIRO, António Pedro Pinto, O princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: Os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral. Editora Almedina. Coimbra. 2017. P. 124.

PAULO OTERO, Parecer de 01.06.2012 de junho de 2012 policopiado, pp. 12 e 18, *Apud* Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO.* pág.3.

PAULO OTERO, Parecer de 01.06.2012 cit., pp. 63 e 84, *Apud* Rui Medeiros. *ARBITRAGEM NECESSÁRIA E CONSTITUIÇÃO.* pág.3.

PAULO Otero, Parecer de 01.06.2012, policopiado, págs. 63-64, *Apud* Rui Medeiros, Arbitragem necessária e Constituição, in Estudos em Memória ao Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág.7 - 21

PEDRO, Ricardo, **Estudo Sobre Arbitragem** (em especial, de Direito Público), AADFL, Lisboa, 2019, pp. 25/26.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p- 196.

PINHEIRO, Luís Lima, **Arbitragem Transnacional: A determinação do Estatuto da Arbitragem**, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 88 e ss.

PINHEIRO, Luís Lima, —**Convenção de arbitragem** (aspectos internos e transnacionais)” in ROA, Vol. I e II, Ano 64, novembro 2004, texto disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos>, com último acesso em 08/03/2023, cit. da Introdução.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, **O Princípio Constitucional da Igualdade**, Belo Horizonte, Lê S/A, 1990, P.28.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Cidadania e Constituição: “as cores da revolução constitucional do cidadão”**. Belo Horizonte, 1999. p.21.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 263.

TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo, **A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro**, in “A Arbitragem na Era da Globalização”, 2ª ed., ed. Forense, 1999, pág. 29.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.P.287.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: (31 de julho de 2023).

PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Nº5 Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 10/06/2023.

BRASIL.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CPC. Artigo 4. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso.25/07/2023.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Artigo 6º Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf. Acesso em: 20/07/2023.

BRASIL. Lei nº 9.307/1996: “Art. 31. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm- . Acesso em: 10/02/2023.

PORTUGAL. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. (Convenção de arbitragem) Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em:
30/03/2023.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996). Art. 18. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18/20/2023.

BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Art. 1º Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18/02/2023.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem no Brasil: Art. 8º Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 08/10/2022.

PORTUGAL. Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro. CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=439&tabela=leis. Acesso em: 18/05/22.

BRASIL. LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Art. 25. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25/03/2023.

BRASIL. Lei nº 9.307/1996 Art. 31. - Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 25/03/2023.

BRASIL. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. “Art. 1º: § 1º Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em:
25/06/23.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 18/2008, Artigo 16º Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis. Acesso em:
31/06/2023.

_____. DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro. CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP): Artigo 74. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis. Acesso em:
23/07/2023.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Capítulo II. Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27/06/2023.

PORTUGAL. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. ARTIGO 2.º.(Requisitos da convenção; revogação) - Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em: 25/06/2023.

PORTUGAL. DL n.º 425/86, de 27 de dezembro. AUTORIZAÇÃO CRIAÇÃO CENTROS ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1443&tabela=leis&so_miolo=-
Acesso em: 20/07/2023.

BRASIL. LEI Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.Art. 21. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942)

Lei do Código de Processo nos Tribunais Administrativos-CTPA. ÍTULO VIII - Tribunais arbitrais e centros de arbitragem. Disponível em:
http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=2034210. Acesso em: 18/03/2023.

BRASIL. Lei n.º 31/86, de 29 de agosto. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. ARTIGO 16.ºDisponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=721&tabela=leis. Acesso em_18/03/2023.

PORTUAL. Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro. **Artigo 1.º** Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1988&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 21/07/2023.

PORTUAL.Lei n.º 74/2013, de 06 de setembro. TRIBUNAL ARBITRAL DO DESPORTO. Artigo 1.º Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1988&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 21/07/2023.

PORTUAL. Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA. CAPÍTULO V Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS CAPÍTULO I DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL. Artigo 7º. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25/07/2023.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CPC. Art. 183. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em:25/08/2023.

PORTUGAL. CPC. Artigo 4.º (art.º 3.º-A CPC 1961). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

PORTUGAL. Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. LAV Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis. Acesso em: 20/07/2023.

LEI MODELO DA UNCITRAL SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL 1985. Com as alterações adoptadas em 2006. Condução do processo arbitral: Artigo 18.º Igualdade de tratamento das partes. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%C3%A7%C3%B5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf?ver=BNXecmWCrRQkw6nwQRHOYQ%3D%3D. Acesso em: 25/08/2023.

Lei-Modelo da Uncitral de 1985 (Alterada em 2006). Versão portuguesa. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Lei-modelo_uncitral.pdf. Acesso em: 10/02/2023.

_____. DECRETO-LEI N.º 129/84 de 27 de abril. ARTIGO 2.º (Órgãos da jurisdição). Disponível em: https://www.stadministrativo.pt/ficheiros/2018/08/DecretoLei_129_84.pdf. Acesso em: 18/05/22.

JURISPRUDENNCIA

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional 230/1986, 8/julho de 1986. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acesso em 10/06/2021. Este diploma foi fortemente criticado pela Doutrina. Neste sentido Ventura, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, in revista ROA, Lisboa, setembro 1986, págs. 286 a 413.

BRASIL. Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. Artigo 7: 1. Disponível em: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/brasil/pbrasilText_p.asp. Acesso em: 30/03/2023

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-TCU. Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023>. Acesso em: 20/06/2023.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 343.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/2006, DJ de 14/08/2006.

SUPREMO TRIBUNAL JUSTIÇA. JULGADO: CONFLITO CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo CC 0051390-25.2018.3.00.0000 RJ 2018/0051390-6. Ministra relatora NANCY ANDRIGHI DJe 30/10/2018. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5734699/mod_resource/content/0/CC15709920181030%20nancy%20andri%20arbitragem.pdf. Acesso em: 25/06/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ. RESP Nº 693.219 - PR (2004/0124717-5) in STJ <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=541769&tipo=0&nreg=200401247175&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050606&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 08/09/2023.

SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA- STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 693.219. <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=541769&tipo=0&nreg=200401247175&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050606&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 09/09/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 612439 RS 2003/0212460-3. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA- Publicação. DJ 14/09/2006 p. 299 Julgamento: 25 de outubro de 2005. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7143033/relatorio-e-voto-12856828>. Acesso em: 07/07/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-TCU, Segunda Turma, Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de 28/04/2003 *Apud*. CARMEN TIBURCIO. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Estado Atual no Direito Brasileiro. DPU Nº 58 – Jul-Ago/2014 – PARTE GERAL – DOCTRINA.

BRASIL. ENAP. 2019. *Apud*. RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA. **Arbitrabilidade Objetiva no Âmbito da Administração Pública**: Um discurso com foco no setor portuário brasileiro. (*VERIFICAR SITE OU EDITORA*)

PORTUGAL. A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS DE 1958 NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA: Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/new-york-convention/>. Acesso em: 23/12/2022.