

DESJUDICIALIZAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPARAÇÕES ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Clarissa Sampaio Silva¹

Resumo: Por meio do presente trabalho pretende-se analisar, de forma comparativa, os meios alternativos que têm sido desenvolvidos nas ordens jurídica brasileira e portuguesa para a resolução de conflitos com a Administração Pública. A pesquisa, de cunho exploratório e qualitativo, de base legislativa, documental e bibliográfica, observou, em ambos os Estados, a busca de ampliação dos espaços dialogais no sector público, bem como a necessidade de imprimir celeridade e incorporação de conhecimentos especializados às decisões. Tem ocorrido, assim, a gradual abertura de meios como arbitragem, mediação, autocomposição, com as devidas adaptações para utilização no âmbito do sector público, de modo a atender, também, às garantias inerentes ao exercício da jurisdição. Conclui-se pela não caracterização de completa privatização de tal atividade, preservando-se, assim, os postulados do Estado Garantia.

Palavras-Chave: Administração Pública. Conflitos. Desjudicialização

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Advogada da União.

I. INTRODUÇÃO



existência de elevado grau de litigiosidade contra a Administração Pública, revelado pelo crescente quantitativo de conflitos trazidos ao Poder Judiciário, nas realidades brasileira e portuguesa tem demandado, em ambas ordens jurídicas, o desenvolvimento de meios diferenciados de resolução daqueles.

Além do problema institucional sobre o número de processos envolvendo o setor público perante a Justiça brasileira e a Justiça Administrativa, em Portugal, com importante impacto sobre o tempo de tramitação daqueles, os tais meios alternativos pautam-se, também, pela busca de consensualidade, de importância cada vez mais acentuada na atuação administrativa de forma geral.

Assim, a resolução de conflitos para com a Administração Pública carece da abertura de novos espaços dialogais para com a sociedade, de modo a ensejar, com sua participação, a tomada de decisões mais legítimas e adequadas à natureza e complexidade das questões.

Como objetivo geral do presente artigo buscar-se-á analisar, pois, os fundamentos para a criação de outras instâncias de resolução de conflitos para com a Administração Pública e sua compatibilidade com os postulados de um “Estado garantia”, inclusive quanto à caracterização ou não do fenômeno da privatização da função jurisdicional.

E como objetivos específicos, pretende-se apresentar, de forma panorâmica, as soluções até então adotadas nos casos brasileiro e português para, em pó, realizar análise comparativa entre elas, apontando algumas consequências da adoção dos caminhos escolhidos, em especial no que diz respeito ao atendimento das garantias constitucionais que se fazem presentes a propósito do exercício da jurisdição, como imparcialidade do julgador, igualdade de tratamento entre as partes.

A pesquisa realizada, de natureza qualitativa e exploratória, tomou como base a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira e portuguesa; a doutrina existente sobre o tema, além da busca de dados junto ao Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, em Portugal.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONFLITUOSIDADE NO SÉCULO XXI

As transformações da Administração Pública ao longo das últimas duas décadas envolveram aspectos estruturais, funcionais e finalísticos proporcionadas pela diminuição do Estado social como Estado providência, com reflexos no seu tamanho e atividades desenvolvidas; pelo crescimento de importância de seu papel de regulador ou garante e por fim, pela necessidade de encontrar novas formas de se relacionar com a sociedade e com os cidadãos.

Há de se compreender, ainda, mover-se a Administração Pública em contextos submetidos a rápidas mutações, nos quais assomam riscos de várias ordens, cujo enfrentamento precisa ser compatibilizado com o respeito e realização dos direitos fundamentais, os quais devem direcionar a atuação administrativa, pautada, igualmente, pela principiologia constitucional.

Demais disso, o caráter pluralista de uma sociedade aberta², a qual alberga valores muitas conflitantes, traz múltiplos e diferenciados desafios para a Administração Pública, fazendo com que o seu tradicional viés unilateral e autoritário de atuação, marcado pelo exercício das prerrogativas públicas, não mais se revele suficiente para dar respostas e soluções mais adequadas para importantes questões surgidas no cenário jurídico

² HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

administrativo.

Surge, assim, ao lado de suas formas clássicas de agir, uma “atuação soberana consensual”, tal como descreve Maria João Estorninho³, até mesmo porque a Administração Pública não consegue mais definir, sozinha, o que seja, de fato, o “interesse público” em cada situação, o que é, também resultante das exigências do princípio democrático, que não mais se satisfaz, apenas, com a representatividade política.

O aprofundamento da democracia, com o reconhecimento da existência de uma “cidadania administrativa”, nas palavras de Paulo Otero⁴ tem, pois, como uma das consequências, o desenvolvimento de novas vertentes de atuação da Administração Pública, em que há a preferência a “procedimentos administrativos negociais e de concertação”, como forma de realizar a construção de consensos.

Também a doutrina brasileira⁵, atenta para a previsão do art. 37 & 3º da CF, que dispõe sobre as formas de participação do usuário na Administração Pública, tem se mostrado sensível ao tema, entendendo que a democracia substantiva e a busca pela eficiência levam à consensualidade administrativa, dentro da perspectiva de que as decisões concertadas possuem, naturalmente, maior legitimidade do que aquelas impostas, sendo, por

³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 44. Na doutrina espanhola, Parejo Alfonso também disserta sobre atividade administrativa consensual. Cf. ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y Administración*: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

⁴ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 323.

⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo, USP, 2010. 332p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Dentre outros autores, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003; ARAGÃO, Alexandre Santos. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005.

isso mesmo, mais fáceis de serem executadas. Trata-se, agora, não apenas de administrar para a sociedade, mas com ela, permitindo o desenvolvimento de uma Administração Pública dialógica.⁶

Tal mudança de paradigma atinge, também, os meios usuais de resolução de conflitos ente a Administração Pública e os cidadãos, entre ela e a sociedade, bem como aqueles travados nos domínios administrativos internos. Os conflitos, por sua vez, assumem graus e formas os mais diferenciados, uma vez que são manifestações dos contextos e desafios colocados, na quadra atual, para o setor público.

O caminho tradicionalmente procurado para solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública foi no caso brasileiro o Poder Judiciário brasileiro, em decorrência do princípio da unidade e inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5, XXXV).

De fato, após a redemocratização e a Constituição de 1988 assistiu-se, nas últimas décadas, a uma explosão de litigiosidade contra o Poder Público perante o Poder Judiciário. cujas causas são as mais variadas, a começar pelo próprio caráter abrangente do texto constitucional e os novos direitos por ele assegurados, a inauguração das tutelas coletivas, a espiral inflacionária verificada nas décadas de 80 e 90, responsáveis por sucessivos planos econômicos adotados pelo governo federal, com suas repercussões sobre todos os aspectos da economia. Já no século XXI, somam-se a tais fatores a continuidade de exigência de estabilização monetária, a abertura comercial, a revisão de monopólios, as questões envolvendo o funcionalismo, as privatizações, a responsabilidade fiscal. Assistiu-se, assim, a uma judicialização da política e da economia, incrementada, também, pela profusão legislativa, geradora de um sistema legal fragmentado.⁷

⁶ LIMA, Raimundo Márcio. *A Administração Pública Dialógica*. Curitiba: ed. Juruá, 2013.

⁷ FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI*. A crise da Justiça no Brasil. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI> > comunic > JoseEduarFaria

Ou seja, as transformações estruturais e finalísticas experimentadas pela Administração Pública acabam por virarem em conflitos judicializados, incumbindo o Poder Judiciário do dever de buscar-lhes soluções.

Diante de tais fatores, tem-se que o setor público aparece como o maior litigante perante o Poder Judiciário, conforme revela o relatório sobre os 100 (cem) maiores litigantes produzido pelo Conselho Nacional de Justiça.⁸ Com efeito, tomando por setor público não apenas as entidades de direito público mas, também, as empresas públicas e sociedades de economia mista tem-se que os dados consolidados da Justiça Federal, da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho, no período de 10 de janeiro a 31 de outubro de 2011 apontaram que o setor público federal responde por 12,14% dos processos; o setor público municipal por 6,88% e setor público estadual por 3,75% dos processos.

De acordo com os últimos dados do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, tramitaram perante o Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2017, 80,1 milhões de processos, dos quais 29,1 milhões tiveram ingresso no referido ano. A taxa de congestionamento ficou acima de 70%, sendo 74% representado pelas execuções fiscais, que respondem, ainda, por 39% dos casos pendentes. Em termos de tempo de tramitação processual, o período mais longo é representado por execuções perante a Justiça Federal (7 anos e 4 meses), enquanto que perante a Justiça Estadual a tramitação das execuções ocorre em 6 anos e nove meses.

No caso português, a Justiça Administrativa, representada pelos Tribunais Administrativos e Fiscais, exerce a jurisdição *comum* em matéria de relações jurídicas administrativas (CRP, art. 212 n.3). Por sua vez, a Revisão Constitucional de 1989, complementada pela de 1992, ao conferirem nova redação ao art. 268 da CRP, transformaram a Justiça Administrativa, a qual passa, além de fiscalizar a legalidade da atuação da

⁸ Disponível em www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias.

Administração Pública, a assegurar o “aperfeiçoamento das garantias das posições jurídicas substantivas dos cidadãos”, nas palavras de Vieira de Andrade.⁹ Ou seja, mesclam-se vertentes objetiva e subjetiva na Justiça Administrativa contemporânea, o que, por sua vez, é próprio do contencioso administrativo moderno, o qual não se limita a uma das duas tarefas, de acordo com Filipe Bastos.¹⁰

De acordo com relatório do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, para o ano de 2017, no âmbito da primeira instância, existia um total pendente de 71.337 processos pendentes, sendo 47.839 relativos à matéria fiscal e 25.498, relativos à matéria administrativa. Dentre os processos entrados, os números para matéria fiscal e administrativa foram de 14.707 e 10.384, enquanto que para os processos findos os números são, respectivamente para cada matéria, de 16.811 e 9.532.

Nos termos do referido relatório¹¹, tais pendências foram consideradas elevadas, o que justificaria o fato de, em 2017, o *disposition time*, indicador que o tempo para concluir todos os processos pendentes ao fim de um período, considerando as variáveis ritmo de trabalho (nº total de processos x365)/nº total de processos findos no ano ter ficado, para a área tributária em 1039 dias e, para a administrativa, 900 dias. Ainda assim, de acordo com o mencionado documento, os anos de 2016 e 2017 observou-se diminuição do número de processos entrados e findos, o

⁹ Segundo o autor passou a existir assim, um modelo subjetivista de Justiça Administrativa, embora seja possível apontar, ainda, “momentos objectivistas do regime”, presentes, por exemplo na legitimidade ativa para impugnação dos atos administrativos via ação popular, estendida a associações e aos membros da comunidade; na ação pública, de titularidade do Ministério Público, para a condenação na prática de ato devido, bem como na sua legitimidade para atuar como auxiliar da justiça, em defesa da legalidade. ANDRADE, José Carlos Vieira. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 39-47.

¹⁰ A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses. In *A Arbitragem em Direito Público*. Lisboa: AFDL, 2015, p.76.

¹¹ Disponível em http://www.cstaf.pt/pdf/Relatorio_Anuar_CSTAF_2017.pdf

que teria vindo acompanhado do aumento do número de juízes no exercício de funções, o que poderia vir a permitir a recuperação das pendências.

Tanto nas realidades brasileira e portuguesa observa-se a preocupação dos órgãos jurisdicionais em fazer face ao quantitativo de processos, bem como de proferir decisões em tempo hábil, como também, de dotá-las do maior grau possível de atualização, em termos de conhecimentos.

Coloca-se, assim, a questão sobre a verificação de outros espaços dialogais entre a Administração Pública e os cidadãos que se apresentem com legitimidade para a solução mais adequada de conflitos surgidos entre eles, os quais podem, além de possuir elevado grau de especialização, demandar soluções que não possam ser implementadas por uma decisão judicial, o que pode levar, inclusive, a um descrédito do próprio Poder Judiciário.

No que diz respeito à perspectiva de resolução alternativa dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, a compreensão dos motivos que levam à insuficiência/inadequação das respostas tradicionais constitui condição importante para que os meios a serem buscados revelem-se aptos para a resolução mais apropriada daqueles. Importante indagar, pois, quais os objetivos a serem atingidos com o recurso a tais meios, se apenas a desobstrução do Poder Judiciário, contribuindo para a celeridade dos julgamentos, ou se há outros também, como a busca de especialização das decisões, mediante a abertura de espaços para juízos de natureza mais técnica, em domínios que demandam a apropriação e a utilização de conhecimentos significativamente diferenciados, como seria o caso da propriedade industrial envolvendo medicamentos.¹²

A seguir, atentando para a ordem constitucional de cada

¹² Em Portugal, por exemplo, tal questão recebeu, com a edição da Lei n. 62/2011, um regime especial de composição de litigios, os quais são remetidos à arbitragem necessária, institucionalizada ou não.

Estado, passa-se a examinar as alternativas de resolução de conflitos para com a Administração Pública propostas para uma e outra realidade.

2. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Dentro da atual realidade constitucional brasileira, conforme acima referido, há o geral reconhecimento do direito à tutela jurisdicional, nos termos do art. 5, XXXV da CF¹³, tratado como direito à inafastabilidade da jurisdição, excepcionando-se, apenas, a Justiça Desportiva, nos termos do art.217, § 1º da CF. Complementar a tal previsão tem-se a exclusividade da força da coisa julgada(imutabilidade das decisões) constitui qualidade, apenas, daquelas proferidas pelo Poder Judiciário, delas não se beneficiando nem os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Contas, órgão que auxilia o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração Pública.

Tal não impediu, contudo, o desenvolvimento de outras formas de resolução de litígios sem curso obrigatório, todavia, como é o caso da arbitragem, disciplinada pela Lei n. 9.307, de 23/09/1996, em que as pessoas, capazes, podem, para resolução de questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, eleger árbitros de sua confiança, podendo ser aplicadas regras tanto de Direito quanto de equidade.

A utilização da arbitragem por parte do Poder Público já havia sido admitida no período imperial, por meio do Decreto n. 7.959, de 29 de dezembro de 1880, em sua cláusula XXXV, exatamente para a solução de conflitos envolvendo concessões públicas para construção de estradas de ferro, transporte fluvial e marítimo, serviços de iluminação pública.¹⁴

Já no período republicano, embora anteriormente à

¹³ “Nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

¹⁴ LEMES, Selma. Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro. *Arbitragem em Direito Público*. Disponível em www.fgv.br/fgv/projetos

Constituição de 1988, O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a utilização da arbitragem pela Administração Pública, ao julgar o conhecido caso Lage (AI. 52.181),¹⁵ ocasião em que pontuou não ser recorrível a decisão proferida pelo juízo arbitral.

Ainda em termos de Administração Pública, o art. 2º da já citada Lei n.9.307/1996 admitiu a utilização da arbitragem para litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, não tendo tido, todavia, larga aplicação. Há também a possibilidade de utilização de tal via para dirimir conflitos nas parcerias público privadas, nos termos do art.11, III da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, desde que a minuta do contrato constante do instrumento convocatório contenha tal previsão. O âmbito de apreciação da arbitragem limita-se a questões relacionadas ao contrato, havendo, ainda a exigência de dela ocorre no Brasil e em vernáculo. Em ambas as situações trata-se de possibilidade de arbitragem *ad hoc*, de fundamento convencional.

Mais recentemente, a Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, que regulou o Regime Diferenciado das Contratações Públicas-RDC, contemplou, em seu art.44-A, a possibilidade de resolução dos conflitos decorrentes dos contratos mediante mecanismos privados, tais como a mediação e a arbitragem. Semelhante previsão veio a permitir a utilização dos *dispute boards*, comitês compostos por três membros (Presidente e demais indicados pelas partes) em importantes situações,¹⁶ como nas

¹⁵ Julgamento realizado pelo Pleno do STF, publicado no DJ de 13/02/1974, com a seguinte ementa: “Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária. Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.”

¹⁶ Sobre o tema, conferir Barreto, Júlia d ‘Alge Mont’ Alverne. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional. Fortaleza, 2018.

licitações e contratos celebrados pela Administração Pública para realização das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, ocorridas na cidade do Rio de Janeiro; na ampliação do metro da cidade de São Paulo e na expansão da Usina Hidroelétrica de Itaipu, com custos bastante inferiores do que a arbitragem e menor tempo.¹⁷

Ainda dentro do campo das contratações públicas, a Lei n. 13.448/2017 veio estabelecer, para contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, a definição do que seriam direitos patrimoniais disponíveis, fazendo-o não em termos de valores, mas de temas. E, para a relicitação de tais atividades, a previsão da utilização de meios alternativos para resolução de conflitos veio a ser tratada como obrigatória, nos termos do seu art.15.

Por fim, a Lei n.13.867, de 26 de agosto de 2019, possibilitou a utilização da mediação e da arbitragem para fins de definir os valores de indenização em desapropriação por utilidade pública.

Para a Administração Pública brasileira a indisponibilidade do interesse público, colocada como um dos pilares do regime jurídico administrativo,¹⁸ tradicionalmente tem sido invocada como impeditivo de realização de acordos e transações, o que veio certamente a se refletir nos níveis de judicialização anteriormente apontados.

Todavia, a crescente busca pela consensualidade, com os claros benefícios por ela trazidos, tem levado à necessária releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual não significa, de forma alguma, quer a necessidade de

¹⁷ De acordo com a autora acima mencionada, estudos demonstram que os *dispute boards* podem solucionar controvérsias entre 90 a 180 dias, com custo inferior a 2% do valor do contrato, enquanto que a arbitragem pode durar de um ano e meio a cinco, implicando, em termos financeiros, até 5% do valor do contrato.

¹⁸ Como referência sobre o tema, no direito brasileiro, BANDEIRA MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

utilização, em todas as situações, das prerrogativas públicas; quer a proibição à possibilidade de celebração de acordos para colocar fim a litígios, ou para evita-los dentro, certamente, da ordem jurídica e dos princípios constitucionais da Administração Pública.

No tocante à possibilidade de submissão de dado litígio à arbitragem o art.2º da Lei 9.307/96 admite apenas, conforme visto, para direitos patrimoniais disponíveis, cabendo à lei a definição do marco a partir do qual se situa a disponibilidade, podendo fazê-lo diretamente ou mediante remissão regulamentar, como o fez a União ao editar a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, com suas alterações.¹⁹

Ou seja, se a União admite a celebração de acordo até determinado valor, fixado em lei ou regulamento, razoável afigura-se que abaixo dele situam-se direitos patrimoniais disponíveis, para os fins do art. 2º da Lei n. . 9.307/96, sem prejuízo, certamente, de que sejam estabelecidos valores mais elevados para fins de arbitragem.

De forma mais abrangente do que as legislações anteriormente mencionadas (as quais admitiram os meios alternativos para questões patrimoniais) a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015)²⁰ regulou, em seu art.32, a possibilidade de

¹⁹ De acordo com seu art. 2º-O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco” Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.” Ou seja, cabe a ato administrativo a fixação dos valores limites para realização de acordos por parte da União. Na redação anterior do referido artigo havia a fixação do valor (R\$ 100.000,00- cem mil reais) como limite para a realização de acordos pelo ente público.

²⁰ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

prevenção e solução de litígios entre a Administração Pública e os cidadãos no âmbito das câmaras²¹ de negociação a serem criadas no âmbito das Advocacias Públicas de União, Estados e Municípios.

Considerando a forma federativa de Estado brasileira, insere-se na competência de cada ente federativo a criação de suas próprias câmaras; a edição do regulamento de seu funcionamento, bem como a eleição de quais assuntos podem ser encaminhados para tal âmbito. Não há obrigatoriedade de utilização de tal via, mas acaso as partes consigam chegar a acordo, quedarão vinculadas a ele, o qual terá valor de título executivo extrajudicial.

Importante destacar encontrar-se a Administração Pública, no exercício da atividade de autocomposição de conflitos, vinculada à ordem jurídica, ao princípio da legalidade, de modo não se admitir que acordos celebrados no âmbito das câmaras, violem a lei ou tratem originalmente de matéria que dela seja própria, conforme resta claro do parágrafo 4º do art.32 da Lei 13.140/2016.

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

²¹ No âmbito da Advocacia-Geral da União, com base no art. 4, VI da Lei Complementar n.73/93, já havia sido criada, por meio do Ato Regimental n. 05, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem na Administração Federal, cujas estrutura e competências foram definidas pelo Decreto n.7.389, de 13 de dezembro de 2010.

No tocante a contratos administrativos, por sua vez, a autorização para resolução de conflitos deles decorrentes, no âmbito das câmara diz respeito, expressamente, aqueles relativos ao equilíbrio econômico financeiro, os quais podem ser compreendidos como “direitos patrimoniais disponíveis.” Isso sugere, à partida, que temas relacionados aos poderes do contratante, à incidência das cláusulas exorbitantes resem excluídos da possibilidade de autocomposição, muito embora interpretação sistemática possa permitir que, desde que não haja violação à lei, sejam também trazidos para as câmaras assuntos não patrimoniais do contrato.

Esses são, na ordem jurídico administrativa brasileira, as vias que se apresentam como alternativas à resolução dos diversos conflitos dos quais a Administração Pública seja parte.

3. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

A previsão da possibilidade de recurso à arbitragem como forma de solução de conflitos nas áreas penal e civil já constava tanto da Constituição de 1822, em seu art.194º, bem como da de 1839, em seu art. 123º, § 3º. Tratava-se de arbitragem voluntária.

Na Constituição de 1976 há o reconhecimento dos Tribunais Arbitrais como órgãos do Poder Judiciário (CRP, art. 209./2), ainda que não necessariamente tomados como órgãos de soberania, referidos pelo art. 202º /1 CRP, muito embora seja-lhes admitida, por exemplo, a desaplicação incidental de normas legislativas, por declaração de inconstitucionalidade, bem como o recurso de suas sentenças para o Tribunal Constitucional.²² A previsão constitucional, por sua vez, consoante tendências

²² A propósito do tema, ver Filipe Bastos Brito. A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses. . In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015.p.89.. Cita o autor, como exemplos, o Ac. TC nº 230/86, bem como o AC. Tc nº 181/2007.

doutrinária e jurisprudencial, abrange tanto a arbitragem voluntária quanto a necessária, ou seja, determinada por lei, embora os desafios de sua compatibilização com o direito de acesso aos tribunais estaduais, previsto no ar.20º/ 1 da CRP, sejam maiores.

Isso porque fatores como os seus custos, maiores do que os da Justiça Estadual, podem inviabilizar o acesso aos tribunais arbitrais. Coloca-se em questão a necessidade de preservação do princípio da igualdade, além da imparcialidade dos árbitros, no caso de a escolha deles ser feita pela Administração Pública, consoante relata Filipe Bastos²³, a partir de decisões do Tribunal Constitucional.

A propósito da evolução da arbitragem na realidade portuguesa, há de se chamar a atenção para a arbitragem *ad hoc* e para institucional, feita no âmbito de centros de arbitragem, já prevista na Lei de Arbitragem Voluntária e que ganha importância para a resolução de conflitos de direito público.

Em se tratando, pois, da resolução de conflitos de direito público com recurso à arbitragem, Ricardo Pedro²⁴ refere-se à existência de uma primeira fase, representada pela sua própria admissibilidade em tal setor (ainda não completamente concluída, segundo o autor), e uma segunda, na qual são criados os centros de arbitragem, nos quais há, tanto uma estrutura orgânica, apoiada pelo Estado, quanto há a previsão de procedimentos que acabam por conferir maior segurança e estabilidade a tal forma de resolução de conflitos.

Dentre as vantagens da arbitragem institucionalizada, compreendida, pela doutrina, como a “forma mais evoluída da arbitragem”²⁵ tem-se a segurança, tendo em vista a presença de

²³ BASTOS, Filipe. A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015.

²⁴ Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. In *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p101.

²⁵ PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público... p.108

uma organização profissional, com o necessário domínio temático, e cuja atividade, além de ser parametrizada por regulamento, pode ser controlada pelo centro de arbitragem, não que diz respeito às atividades *in judicando*, mas, nomeadamente, pelo exercício de atividades *in procedendo*, como disponibilização do regulamento, publicação de listagem de árbitros e sua designação, organização dos serviços administrativos.

Em Portugal, o regime da arbitragem institucionalizada, em matéria fiscal, veio a ser feita, com a edição do Decreto-lei n.10/2011, de 20 de janeiro, antecipando-se, portanto, o Direito Fiscal ao Direito Administrativo²⁶, consoante pontua Mário Aroso de Almeida²⁷ no que diz respeito ao estabelecimento de um “novo paradigma”, pela amplitude de matérias suscetíveis de serem levadas para apreciação em tal âmbito, inclusivamente relacionadas ao exercício de poderes de autoridade pela Administração Pública.

De acordo com mencionado decreto, compete aos tribunais arbitrais, que funcionam sob a organização do Centro de Arbitragem Administrativa-CAAD, único centro de arbitragem a operar sob os auspícios do Conselho Superior” dos “Tribunais Administrativos e Fiscais,” a competência para proferir a decisão arbitral. contando, para assegurar as garantias de independência, imparcialidade e competência dos árbitros,²⁸ com um Comitê de Ética a atuar tanto em seu recrutamento como no inteiro procedimento da arbitragem.²⁹

²⁶ Muito embora, desde 2009, no âmbito do CAAD, já fossem submetidos à arbitragem questões de contratos e relações jurídicas de emprego público.

²⁷ Apresentação. In *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p.9.

²⁸ Tratando como imperativo de ordem pública a questão da necessidade de os tribunais arbitrais em matéria de legalidade administrativa serem constituídos por especialistas devidamente reconhecido como tal, cf. ALMEIDA, Mário Aroso. Apresentação. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 101. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 14.

²⁹ Sobre o tema, cf. SERRA, Manuel Fernando dos Santos. Administrative and Tax arbitration-grounds and ethical perspective. In: PEREIRA, Tânia Carvalhais; VILLA-LOBOS, Nuno. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coimbra: Almedina,

A arbitragem institucional coordenada por tal centro conta, pois, nos termos do Decreto-Lei n.10/2011, com regras bem definidas sobre composição dos tribunais arbitrais (art. 5º); designação de árbitros, com seus respectivos requisitos, impedimentos e deveres (arts. 6º, 7º, 8º, 9º); sobre o procedimento arbitral (arts. 10º ,11º, 12º, 17º, 18º, 19º, 20º); sobre os seus princípios informadores (art. 16º), a saber: a) o contraditório, b) a igualdade das partes, c) a Autonomia do Tribunal Arbitral, d) a oralidade e a imediação, e) a livre apreciação dos fatos, bem como de determinação de diligências e provas e do convencimento dos árbitros; f) a cooperação e a boa fé processual, exigida de todos os participantes; g) a publicidade, com a divulgação das decisões arbitrais, embora sem designação quer das partes, quer de elementos que levem à sua identificação³⁰.

Importante mencionar, também, a possibilidade de recurso da decisão arbitral quer em matéria de constitucionalidade, para o Tribunal Constitucional (por recusa em aplicação de norma, com fundamento em sua inconstitucionalidade, ou aplicação de norma com inconstitucionalidade suscitada), nos termos do art.25, e recentemente, com a nova redação ao art.17 do Decreto-Lei n. 10/2011 pela Lei n.118/2019, de 17 de outubro, a previsão da a necessidade de, na hipótese de ser recusada, pelo Tribunal Arbitral, a aplicação de norma “por inconstitucionalidade ou ilegalidade constante de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar” haver a notificação do Ministério Público junto ao tribunal competente para julgamento da impugnação, para oferecimento do recurso previsto n. 3 do art.17 da Lei 28/82.

Merecem, pois, especial destaque os critérios utilizados pela arbitragem no tocante a tal tema. Assim, a arbitragem em

2015, p.15

³⁰ Com a recente edição da Lei n. 118/2019, de 17 de setembro, tal dispositivo restou alterado para constar que a publicidade, expurgada de elementos que levem à identificação de pessoas ou pessoas a que dizem respeito, será feita nos termos do art. 185 do CPTA.

matéria fiscal não pode ser realizada com base na equidade, mas apenas na legalidade, nos termos do art. 2º – 2 do Decreto-lei n. 10/2011³¹, sendo importante chamar a atenção para o fato de que a própria natureza da relação administrativa envolvendo tal tema exige forte vinculação dos procedimentos de arbitragem para com o Estado,³² com especial consideração para a indisponibilidade do crédito tributário e que, embora não se encontre expresso na Constituição, é “corolário da igualdade e da legalidade que vinculam o legislador e toda a atividade da Administração Tributária (artigos 3º, n. 2, 13º e 266º, n. 2 da CRP).³³

Assim, o recurso à arbitragem não pode jamais servir de meio para realizar a desvinculação da Administração Pública do bloco da constitucionalidade ou de renúncia, no caso de matéria fiscal, do princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

Por fim, o decreto referido traz disposições sobre a decisão arbitral quanto ao prazo de sua prolação (art.21º), o respectivo quórum, conteúdo e forma (art. 22º), seus efeitos (art.23º).

Em termos de matéria tributária a arbitragem realiza-se exclusivamente no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), podendo-se observar clara preocupação com a *accountability* da atividade por ele realizada e da compatibilidade de suas decisões com o ordenamento jurídico estadual, tanto no plano da Constituição quanto no legal.

Além da arbitragem em matéria tributária há a arbitragem em matéria administrativa, que não apenas pode ocorrer em centros de arbitragem diversos do CAAD como, também, rege-se por outros diplomas legais. Há, na realidade, uma pluralidade de arbitragens administrativas.

³¹ Com a seguinte redação: “Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade”.

³² Sobre o tema, cf. VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tania Carvalhais. The special nature of tax arbitration courts. In: PEREIRA, Tânia Carvalhais; VILLA-LOBOS, Nuno. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 83.

³³ SOUSA, Jorge Lopes de. Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária. *Guia da Arbitragem Tributária*. Coimbra: Almedina, 2017., p.76.

Com efeito, a revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais realizada pelo Decreto-lei n. 214-G/2015 abriu a possibilidade de utilização da arbitragem para fiscalização da legalidade dos atos administrativos ; o art. n. 180, n. 03 do CPTA contemplou a possibilidade de impugnação de atos relativos a contratos administrativos pela via arbitral³⁴ e o art.187º previu a possibilidade de o Estado autorizar centros de arbitragem institucionalizada “destinados à composição de litígios passíveis de arbitragem, nos termos do art.180º”, em especial para as relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo (alíneas c), d) e e), respectivamente.

Nos termos do art. 187º do CPTA insere-se na competência de cada ministério a sua vinculação aos centros de arbitragem, feita mediante a expedição de portaria dos membros de Governo, tanto da área da justiça quanto da matéria respectiva. Tal ato estatal também define a natureza dos litígios passíveis de serem encaminhados para a via arbitral, inclusive quanto ao valor máximo.

Quanto à recorribilidade das decisões arbitrais, recente alteração do art. 185º do CPTA, realizada pela Lei 118/2019, de 17 de setembro assegurou recurso ao Tribunal Constitucional (por recusa em aplicação de norma, com fundamento em sua inconstitucionalidade, ou aplicação de norma com inconstitucionalidade suscitada), tal como na arbitragem tributária, bem como para o Supremo Tribunal Administrativo, nas hipóteses em que mérito da pretensão deduzida na decisão arbitral esteja em oposição a acórdão do Tribunal Administrativo de Círculo ou ao

³⁴ Em Portugal há outros diplomas normativos que favorecem o recurso à arbitragem, como o Código de Contratos Públicos, o Estatuto da Carreira Docente Universitária, o Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Politécnico, o Código de Propriedade Industrial, mencionando-se, ainda, a arbitragem laboral. PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 101.

Supremo Tribunal Administrativo ou questão cuja relevância jurídica ou social, ou para melhor aplicação do direito.

Dentre os conflitos em matéria administrativa reputa-se relevante mirar para importante tema da contratação pública, na qual a litigiosidade é crescente, assim como as dificuldades dos Tribunais Administrativos de dar respostas em tempo adequado aos litigantes,³⁵ de modo que o art. 476º do Código de Contratos Públicos (Decreto-Lei n.18/2008), de 20 de janeiro, passou a contemplar a possibilidade de recurso à arbitragem nesse sector. Tal previsão representou a transposição, para ordem jurídica nacional, das Diretivas n.s 2014//23//UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014,³⁶ como necessidade de alinhamento das práticas nacionais em relação àquelas vem sendo adotadas na União Europeia.

Do capítulo atual da arbitragem na contratação pública faz parte a discussão sobre as vantagens ou não de sua utilização na fase pré- contratual, na qual há, evidentemente, algum grau de oposição e tensão entre os contra-interessados, o que pode prejudicar a celebração do compromisso arbitral, bem como a própria efetividade da decisão arbitral diante da possibilidade de recurso para algum tribunal judicial,³⁷ preocupação que vem a ser reforçada pela hipótese, agora legislada, de recurso da decisão arbitral ao tribunal competente quando a possibilidade “tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respectivas propostas

³⁵ CALDEIRA, MARCO e SERRÃO, TIAGO. As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade.. In: GÓMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 289.

³⁶ MIRANDA, João. Arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos. *A arbitragem administrative em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Cobtratos Públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p.323.

³⁷ Sobre o tema, CALDEIRA MARCO e SERRÃO TIAGO. As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco da inefectividade... pgs.303, 325.

ou candidaturas”, nos termos da redação dada ao art.180, b) do CPTA pela Lei 118/2019, de 17 de setembro.

Ou seja, em Portugal observa-se acentuada preocupação em assegurar a revisão judicial das decisões arbitrais, à partida considerando os aspectos da constitucionalidade e recentemente, de harmonização daquelas com as decisões da Justiça Administrativa nas instâncias superiores, ampliada, no setor das contratações, da forma acima mencionada.

Verifica-se, na realidade, diplomas legais instituindo regimes diversos sobre a arbitragem administrativa, restando reconhecida “a necessidade de uma abordagem legislativa unificada da temática da arbitragem administrativa voluntária”,³⁸ o que inspirou a elaboração, por parte de um Grupo de Trabalho instituído pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, de proposta de projeto de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária.³⁹

Eis, portanto, visão panorâmica do atual estado da arbitragem em matéria de direito público em Portugal.

4. COMPARAÇÕES ENTRE AS REALIDADES BRASILEIRA E PORTUGUESA SOBRE AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na realidade portuguesa, consoante visto, a arbitragem, nomeadamente a institucionalizada, vem ocupando papel importante na resolução de conflitos de direito público, possuindo as decisões arbitrais, por força de previsão na Constituição (CRP, art. 209 2), natureza jurisdicional, dela advindo, portanto, sua

³⁸ SERRÃO TIAGO. *Arbitragem Administrativa: uma proposta*. Apresentação. Coimbra: Almedina, 2019, p.5.

³⁹ CARVALHO, Ana Cristina Celeste, MONTEIRO, António Pedro Pinto, Brito, David Pratas, Coimbra, José Duarte, Caldeira, Marco, Pedro, Ricardo, SERRÃO TIAGO (coordenação). *Arbitragem Administrativa: uma proposta*. Apresentação. Coimbra: Almedina,

legitimidade. Nada obstante, no tocante à arbitragem necessária, há exigências acrescidas para que seja ela compatível com o direito de acesso aos tribunais estaduais.

No Brasil não há previsão expressa na Constituição sobre a possibilidade do recurso a vias alternativas para resolução de conflitos dos quais faça parte a Administração Pública. Há de se encontrar, todavia, fundamento constitucional para sua admissibilidade, o qual pode residir no princípio democrático e suas densificações, representando a consensualidade expressão da-quele.

Há, conforme visto, na legislação infraconstitucional, a previsão tanto da arbitragem quanto, recentemente, da mediação e da autocomposição (Lei 13.140/2015) para resolução de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, a ser realizada no âmbito das advocacias públicas. de modo que a força vinculante delas necessita ser retirada de outro fundamento como, por exemplo, a legitimidade dos consensos, como expressão do próprio princípio democrático, consoante referido acima.

De toda forma, no caso brasileiro, o garante último do cumprimento das disposições tanto de acordos celebrados nas câmaras de negociação da Administração Pública quanto de convenções de arbitragem, acaso não sejam voluntariamente observados pelas partes, é o Poder Judiciário. Os termos de ajustamento de conduta são considerados, por lei, títulos executivos extrajudiciais,⁴⁰ enquanto que a sentença arbitral possui natureza, de acordo com o art.515, VII Código de Processo Civil, de título executivo judicial. Diferentemente, contudo, da realidade portuguesa, não há tribunais arbitrais como tribunais do Estado, de modo poder-se falar em decisões *materialmente jurisdicionais*.

Além de ser necessário definir o que seriam “direitos patrimoniais disponíveis” para fins de arbitragem, estabelecendo, tal como no caso português, a devida regulamentação sobre o

⁴⁰ Nos termos do art. 32 # 3o da Lei 13.140/2015, já transcrito anteriormente.

procedimento e escolha dos árbitros, importante apartá-la dos casos a serem encaminhados para a autocomposição e para a mediação, a serem realizadas no domínio das advocacias públicas e para as quais não há assuntos previamente definidos,⁴¹ considerando, inclusivamente, a natureza remunerada da arbitragem.

Também devem ser desenvolvidas, mormente para as relações de natureza contratual, a sistemática dos *dispute boards*, em que há acompanhamento permanente da sua execução contratual por especialistas na área, componentes do comitê, o qual possui, ainda, competência para expedição de recomendações, vinculativas ou não.

No caso português, para a resolução de conflitos de direito público houve, conforme visto acima, nítida preferência pela arbitragem institucionalizada, coordenada pelos centros de arbitragem, o que representa reconhecimento à importância dos aspectos procedimental e de organização para realização dos direitos fundamentais⁴², no caso, o direito de acesso à Justiça e aos tribunais estaduais.

A ênfase na arbitragem institucionalizada para resolução de conflitos de direito público indica, portanto, que em tal modalidade, em que há regras sobre a composição dos tribunais arbitrais, bem como um procedimento previamente estabelecido, com os princípios que o informam, os direitos e deveres das partes, os requisitos da decisão arbitral e seus efeitos, tendencialmente a garantia da imparcialidade, paridade de armas, segurança e estabilidade nas decisões estarão mais presentes.

Igualmente, os centros de arbitragem possuem natureza privada, os quais podem ser constituídos por qualquer interessado, havendo entendimento no sentido de que a pluralidade de existência de centros de arbitragem, para o exercício da

⁴¹ Há, todavia, a seguinte delimitação negativa: “não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.”

⁴² Sobre o tema, ANDRADE, José Carlos Vieira. *A Justiça Administrativa...*p.150

arbitragem administrativa, atende de forma melhor ao princípio da igualdade.⁴³

Faz-se necessário atentar, contudo, para a circunstância de que a insuficiência de recursos não pode constituir empecilho para afastamento da proteção jurisdicional, no caso da arbitragem necessária, sob pena de comprometimento do direito fundamental de acesso à Justiça. Assim, alternativa como a dispensa de taxa de justiça e encargos processuais, conforme já admitido pelo Tribunal Constitucional para superveniência de insuficiência econômica em se tratando de arbitragem voluntária,⁴⁴ pode ser incorporada ao caso daquela de natureza necessária.

Em tais hipóteses poderia causar espécie o fato de o Estado custear tal forma de resolução de conflitos, feita por árbitros privados, sendo pertinente a indagação sobre a adequação de encaminhamento de tais casos para os tribunais estaduais.

No caso português, em que as decisões arbitrais são consideradas, pela Constituição, como de natureza jurisdicional (CRP art.209. 2); onde há a progressiva consolidação da arbitragem institucionalizada, cujos centros respectivos são autorizados pelo Estado, havendo, por fim, significativa preocupação do controle da legalidade e constitucionalidade das decisões arbitrais, pela via recursal ao Supremo Tribunal Administrativo e ao Tribunal Constitucional, não se pode perceber a arbitragem como via totalmente privada ou como uma completa despublicização na resolução de conflitos de direito público. Tais considerações podem superar suposto paradoxo no tocante à dispensa da taxa de arbitragem em razão da insuficiência de recursos por uma das partes.

⁴³ Pedro, Ricardo. Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or *something different?*. In, *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Administrativos*. Lisboa: AAFDL, 2018, p.24.

⁴⁴ Como exemplos tem-se o AC. TC n. 311/2008. BASTOS, Filipe. A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses...pgs.97 e 98.

A despublicização ocorre, consoante visto, no tocante aos árbitros, os quais não são juízes de carreira, mas leigos, não estando submetidos ao estatuto constitucional e legal dos juízes funcionários, extinguindo-se o poder deles uma vez solucionado o conflito do qual estavam encarregados.⁴⁵ Importante destacar que, por exemplo, na arbitragem tributária institucionalizada há exigências legais para o exercício da função de árbitro, bem como a previsão da forma de organização da listagem que irão compor, não existindo, assim, total liberdade para as partes elegerem pessoa que seja de confiança de ambas para arbitrar o litígio. O regime de deveres e impedimentos dos árbitros em matéria tributária, por sua vez, veio recentemente a ser estendido para a arbitragem administrativa, nos termos do art.181. n4 do CPTA, na redação dada pela Lei 118/2019.

Por todas as razões acima, tem-se que, na realidade portuguesa, há uma parcial despublicização na resolução alternativa de conflitos para com a Administração Pública sem que haja desjudicialização (em se considerando serem os tribunais arbitrais órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 209.2 da CRP), reconhecendo-se, todavia, as diferenças entre aqueles e os tribunais judiciais.

5. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: FORMAS DE PRIVATIZAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL?

Merecem, ainda, as formas alternativas de resolução de conflitos ser perspectivadas sob a ótica da privatização, no sentido de se afirmar estar-se ou não diante de tal realidade bem como, em que medida, tal ocorreria.

Fenômeno relacionado à Administração Pública, privatização significa, de forma geral, “remeter para o Direito Privado,

⁴⁵ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra:Almedina,2005, p.566

transferir para entidades privadas ou confiar ao setor privado matérias ou bens, até então excluídos ou mais limitadamente sujeitos a uma influência dominante privada,⁴⁶ podendo ocorrer sob diversas modalidades, existindo, dentre elas, “a privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas”, e que implica a transferência, para pessoas privadas, da execução de atividades administrativas de uma forma geral. Mas também pode ser compreendida com privatização a desregulação estatal, ou despublicização de determinado tema, com a sua “devolução ou transferência para a sociedade civil.”⁴⁷ O movimento inverso, logicamente, implica publicização.

Análise sobre a configuração ou não, na realidade portuguesa, da arbitragem como privatização da função jurisdicional do Estado é feita por Pedro Gonçalves,⁴⁸ o qual entende tratar-se aquela, pelo menos em sua modalidade voluntária, de “jurisdição inteiramente privada e consensual”, cujo fundamento de validade seria a autonomia da vontade das partes. Não haveria exercício privado da função pública jurisdicional, desenvolvendo os árbitros, na realidade, “função materialmente jurisdicional.”

Já no tocante à arbitragem necessária, segue o autor entendendo residir, na vontade das partes, seu poder de resolução do litígio, muito embora, nesse caso, “já se descortina uma certa estratégia de privatização no domínio da função jurisdicional estadual”⁴⁹.

Tratando a questão, especificamente, em relação à Administração Pública, separa Gonçalves as esferas de sua atuação em paritária (contratos e responsabilidade civil) e regulação do direito administrativo de autoridade, correspondente ao “contencioso administrativo por natureza.” No primeiro caso, a presença

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, v. I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 465.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p.466.

⁴⁸ *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, pgs.564,568, 569

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p.570

da Administração Pública não mudaria o estado das coisas, devendo-se considerar ser poder arbitral oriundo não da autonomia privada, mas de uma competência legal conferida por lei. Já no segundo, em se tratando da arbitragem relativamente a atos administrativos, tratando-se daqueles que possam ser revogados “sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade, estaria o tribunal arbitral a exercer não a função jurisdicional, mas um poder administrativo. Mas, acaso estivesse a ser apreciada a legalidade dos atos administrativos, ter-se-ia, então, o exercício da função jurisdicional pelos tribunais arbitrais.⁵⁰

No caso da arbitragem portuguesa em matéria tributária e de apreciação da legalidade dos atos administrativos os tribunais arbitrais necessitam observar a legalidade, não há possibilidade, pois, de aplicação de outras normas jurídicas que não sejam aquelas editadas pelo Estado.

Por outro lado, consoante visto, além de a escolha dos árbitros, na forma institucionalizada, não ficar a critério das partes, há a fixação, em norma estadual (como é o caso do Decreto-lei n.10/2011), do procedimento da arbitragem, nomeadamente para assegurar a igualdade e a imparcialidade. A despublicização, consoante já ressaltado, é apenas parcial. O aspecto privado, nestes casos, reside na figura dos árbitros, que, não são juízes estatais, ainda que necessitem preencher determinados requisitos legais para exercício da função e estejam submetidos a dado regime de impedimentos.

Na realidade brasileira, acaso seja adotada a arbitragem para resolução de conflitos para com a Administração Pública pode-se falar de uma forma de privatização quanto à execução de determinada atividade que, em princípio cabe ao Estado, sendo importante definir o estatuto jurídico do árbitro, como a forma de sua escolha (será necessário realizar licitação para

⁵⁰ Idem, idibem, pgs.576-578

escolha de dado árbitro ou câmara arbitral?)⁵¹ as exigências para o desempenho da função, os impedimentos, tal como ocorre no caso português.

Já no tocante à autocomposição de conflitos no âmbito das câmaras de negociação que passarem a ser criadas nas advocacias públicas, não há que se falar em privatização, uma vez que além de se ter presente a estrutura da Administração Pública, não há atribuição, a nenhum sujeito privado, do poder de decidir, com carácter vinculativo para as partes, determinado conflito. E a submissão de controvérsia a tal instância administrativa possui natureza sempre facultativa.⁵²

Por fim, a relevância da apreciação dos meios alternativos de resolução de conflitos para com a Administração Pública a partir da perspectiva da privatização reside na necessidade de tal forma de execução de atividades públicas ser apta a realizar os postulados de um “Estado Garantia”⁵³, o qual, embora admita o exercício de poderes públicos por entidades privadas,⁵⁴ não dispensa as responsabilidades estatais relativamente à garantia da ordem e paz social, fazendo com que elementos como a jurisdição e a execução do julgado tenham de pertencer, em seu conteúdo nuclear, no âmbito estatal, sem possibilidade de privatização, segundo análise da doutrina espanhola,⁵⁵ mas

⁵¹ Tal como suscitado por FERNANDES, Luisa. Avanços e desafios da arbitragem na Administração Pública. *Arbitragem em Direito Público*. Disponível em www.fgv.br/fgvprojetos

⁵² Sobre o tema, CASTELO BRANCO. Janaína Soares Noletto. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Bahia; Ed. JusPODIVM, 2018, p.158.

⁵³ ALFONSO, Parejo Luciano. *Estado y Derecho en proceso de cambios. La nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*. Valencia: tirant lo blanch, 2016, p. 84. Segundo o autor, além de o Estado Garantia incluir formas jurídico-públicas e jurídico-privadas de atuação, contaria com mecanismos para assegurar o resultado da realização, por sujeitos privados, de tarefas públicas e, também, com instrumentos eficazes de direção e controle públicos, como a publicidade e os deveres de informação, a autovigilância e controle. Em último grau há a possibilidade de substituir-se aos particulares com a retomada de atividades que, por eles exercidas, não estejam a gerar resultados.

⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. ...p.24.

⁵⁵ ALFONSO, Parejo Lucian. *Estado y Derecho en proceso de cambios...*p. 93.

perfeitamente aplicável aos casos brasileiro e português.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento de meios alternativos de resolução de conflitos para com a Administração Pública atende, nas realidades brasileira e portuguesa, não apenas à necessidade de diminuição do número de processos em tramitação no âmbito do Poder Judiciário, servindo, também, à busca de consensos e legitimação das decisões, dentro de novos espaços dialogais, bem como à possibilidade de incorporação, àquelas, de graus elevados de conhecimentos sobre os temas especializados.

No caso brasileiro, cabe citar a edição de diversos diplomas legais autorizando a utilização da arbitragem para resolução de conflitos patrimoniais disponíveis com a Administração Pública e, mais especificamente, no âmbito de algumas formas de contratação pública, com recente extensão para desapropriações. Restou também institucionalizada a possibilidade de resolução de conflitos entre a Administração Pública e particulares por meio de autocomposição, sendo viável a utilização da mediação, no âmbito de câmaras a serem criadas junto aos órgãos da Advocacia Pública de União, Estados e Municípios. Não há aqui, restrição a assuntos patrimoniais.

A legitimidade da utilização de tais formas de resolução de conflitos, diante da garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) reside no princípio democrático (CF, art. 1º) e suas densificações decorrentes da participação do cidadão na formação das decisões estatais, o que as confere carga de consenso, cabendo mencionar que antigo precedente do Supremo Tribunal, anterior à CF/88, já considerava legítima a celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública.

No caso português, a própria Constituição prevê, como órgãos do Poder Judiciário, os Tribunais Arbitrais (art.209.2), assegurando, pois, legitimidade inicialmente à arbitragem

voluntária e, empós, à necessária, embora aqui coloquem-se questões como a necessidade de assegurar o direito de acesso aos tribunais estaduais, sem prejuízo aos hipossuficientes.

Quanto aos conflitos de direito público, encontra-se em franca evolução a arbitragem institucionalizada, sendo considerada sua forma mais evoluída, pela maior segurança e estabilidade nela presentes.

Enquanto que, no Brasil, os desafios centram-se na estruturação, desenvolvimento e definição de competências das câmaras de resolução administrativa de conflitos dos diversos órgãos da Advocacia Pública dos três níveis federativos, bem como no estabelecimento de exigências e critérios para escolha dos árbitros, nos casos de sua admissibilidade, em Portugal, com a extensão da arbitragem para situações em que há o exercício de poderes de autoridade, o que significa importante quebra de paradigma quanto ao seu tradicional alcance, as preocupações direcionam-se no sentido de que tanto nos aspectos procedimentais quanto de conteúdo o juízo arbitral atue como se fora um tribunal estadual; de conferir maior nível de sistematização aos diversos regimes de arbitragem administrativa; de assegurar algum grau de revisão judicial das decisões arbitrais.

Por fim, no caso brasileiro, os meios de resolução alternativa de conflitos para com a Administração Pública implicam desjudicialização, podendo-se falar na existência de forma de privatização no tocante à via arbitral. Já na realidade portuguesa, há, com a arbitragem institucionalizada, despublicização, apenas parcial (tendo regulação estatal quanto à organização, procedimento, exigências para o desempenho da função de árbitro, (*ex vi* do Decreto-lei 10/2011), remanescendo na figura dos árbitros e dos centros de arbitragem o aspecto privado de tal forma de resolução de conflitos. De toda forma, em nenhuma situação poderá haver privatização de aspectos nucleares da função jurisdicional, de modo a não comprometer os postulados do Estado Garantia.



REFERÊNCIAS

- ALFONSO, Parejo Luciano. *Estado y Derecho en proceso de câmbios. La nuevas funciones de regulaci3n y garantia del Estado social de soberania limitada*. Valencia: tirant lo blanch, 2016.
- ALMEIDA, M3rio Aroso de. Apresenta33o. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito p3blico*. Lisboa: AAFDL, 2015.
- ANDRADE, Jos3 Carlos Viera de. *Os Diretos Fundamentais na Constitui33o Portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *A Justi3a Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2015
- ARAG3O, Alexandre Santos. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulat3rios e contratos administrativos. *Revista de Informa33o Legislativa*, Bras3lia, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005.
- BANDEIRA MELLO, Celso Ant3nio Bandaeira de. *Curso de Direito Administrativo*. S3o Paulo: Malheiros, 2005.
- BASTOS, Filipe. A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito p3blico*. Lisboa: AAFDL, 2015.
- BATISTA J3NIOR, Onofre Alves. *Transa333es administrativas*. S3o Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CALDEIRA, MARCO e SERR3O, TIAGO. As arbitragens pr3-

- contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade.. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e Direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015
- CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Bahia; Ed. JusPODIVM, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório dos Cem Maiores Litigantes. Disponível em www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias.
- CONSELHO SUPERIOR DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS. Relatório de 2017. Disponível em http://www.cstaf.pt/pdf/Relatorio_Anual_CSTAF_2017.pdf
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. São Paulo, USP, 2010. 332p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1994.
- _____. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI*. A crise da Justiça no Brasil. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>
- FERNANDES, Luisa. Avanços e desafios da arbitragem na Administração Pública. *Arbitragem em Direito Público*. Disponível em www.fgv.br/fgvprojetos
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005,
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição*

- para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.
- LEMES, Selma. Arbitragem e Administração Pública: passado, presente e futuro. *Arbitragem em Direito Público*. Disponível em www.fgv.br/fgvprojetos
- LIMA, Raimundo Márcio. *A Administração Pública Dialógica*. Curitiba: ed. Juruá, 2013.
- Mont'Alverne. Júlia D'Alge. *Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional. Fortaleza, 2018
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.
- OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ROCHA, Joaquim Freitas da. Pos-modern state, tax law and alternative dispute resolution mechanisms. In: PEREIRA, Tânia Carvalhais; VILLA-LOBOS, Nuno. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SERRA, Manuel Fernando dos Santos. Administrative and Tax arbitration-grounds and ethical perspective. In: PEREIRA, Tânia Carvalhais; VILLA-LOBOS, Nuno. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SERRÃO TIAGO. *Arbitragem Administrativa: uma proposta*. Apresentação. Coimbra: Almedina, 2019
- VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tania Carvalhais. The special nature of tax arbitration courts. In: PEREIRA, Tânia Carvalhais; VILLA-LOBOS, Nuno. *The Portuguese tax arbitration regime*. Coimbra: Almedina, 2015