



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Amanda Soares Abreu

Rio de Janeiro
2025

AMANDA SOARES ABREU

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2025

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Amanda Soares Abreu

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – a Lei nº 14.133/2021, nova lei de licitações, introduziu a possibilidade da utilização da Arbitragem como método consensual de resolução de conflitos. Embora já fosse admitida de forma jurisprudencial e, ainda, em legislações esparsas, não havia expressamente na lei de licitações essa possibilidade até a nova lei. No presente trabalho, busca-se analisar ambos os institutos e verificar as suas especificidades, de modo a encontrar os pontos de convergência. Ademais, visa-se ponderar os aspectos específicos de cada instituto e conciliá-los, de modo a definir se essa aplicação da Arbitragem é benéfica e compatível com os fundamentos da Administração Pública e se isso, após a nova lei, é aplicado.

Palavras-chave: – direito administrativo; arbitragem; lei nº 14.133/2021; contratos administrativos.

Sumário – Introdução. 1. O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público perante a natureza negocial da Arbitragem. 2. A Necessidade de Adaptação do Procedimento Arbitral, face ao art. 152 da Lei nº 14.133/2021 e o Princípio da Publicidade. 3. A Conciliação das prerrogativas da Administração Pública nos Contratos Administrativos e a Arbitragem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a positivação da Arbitragem como meio consensual de resolução de conflitos no âmbito de contratos administrativos, na nova Lei de licitações, a Lei nº 14.133/2021. Busca-se analisar as especificidades do procedimento arbitral e a compatibilização com as prerrogativas da Administração Pública, que regem o procedimento licitatório.

Para essa análise, aborda-se a doutrina acerca da aplicação da Arbitragem em contratos administrativos e a forma que foi compatibilizado, na prática, por meio da jurisprudência. Isso porque, embora tenha sido positivada pela primeira vez em legislação específica de licitações com a nova Lei nº 14.133/2021, os artigos que a regulamentam não delimitam expressamente o procedimento a ser seguido.

De um lado, a Administração Pública é regida pelos princípios da publicidade, da legalidade e da primazia do interesse público sobre o privado. De outro, a Arbitragem é instituto de direito empresarial, sigiloso, que busca solucionar o conflito sob a ótica do direito privado.

Diante disso, surge a necessidade de debater, não só a aplicação do método como também as consequências que surgem.

Inicia-se o primeiro capítulo com a tentativa de conciliação do princípio da indisponibilidade do interesse público e a natureza negocial da Arbitragem. Avalia-se sua possibilidade, tendo em vista a doutrina e a jurisprudência mais recente sobre o tema e meios de harmonizá-los, visto que pode trazer benefícios à Administração Pública.

Pondera-se, no segundo capítulo, a necessidade de suprimir a confidencialidade, necessária ao procedimento Arbitral, tendo em vista o artigo 152 da Lei nº 14.133/2021, que traz, de forma expressa à Arbitragem nos contratos administrativos, o princípio da publicidade, que rege o Direito Administrativo. É cediço que a publicidade é uma regra na Administração Pública, podendo haver o sigilo apenas em questões excepcionalíssimas, dessa forma, há necessidade de adaptação do procedimento arbitral para compatibilizá-lo com o poder público.

O terceiro capítulo traz a temática das cláusulas exorbitantes que o poder público possui em contratos administrativos. Discute-se a possibilidade de trazê-la à Arbitragem, considerando que o procedimento é um método consensual de solução de litígio, que visa a melhor resolução para ambas as partes. Embora seja um procedimento heterocompositivo, no qual um terceiro, denominado árbitro, trará a solução, este buscará conciliar ambos os interesses, portanto, as cláusulas exorbitantes ganham especial relevância.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, considerando que o pesquisador pretende analisar as questões fáticas delimitadas para chegar a uma conclusão lógica acerca do tema, seja ela positiva ou negativa, argumentativamente.

Para tanto, é essencial que a abordagem do objeto desta pesquisa seja qualitativa e, com essa finalidade, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, alinhada à legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes para o sustento da tese apresentada.

1. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PERANTE A NATUREZA NEGOCIAL DA ARBITRAGEM

A Administração Pública, de forma notória, é regida pelos princípios gerais do direito, bem como aqueles princípios específicos, aplicáveis somente a esta área. O art. 37 CRFB¹ Um princípio que, embora não se encontre expresso, possa ser verificado com certa facilidade é o princípio da indisponibilidade do interesse público, que decorre do princípio da supremacia do interesse público. Este determina que a atuação de um agente público, no exercício de sua função, deve respeitar as balizas constitucionais e legais impostas a ele. Isso significa que, embora, em determinados casos, a sua atuação seja discricionária, ainda assim, ela não é livre, ilimitada, em realidade, os poderes administrativos são considerados poder-dever, pois, caso não haja atuação devida ou ainda sequer haja atuação quando necessário for, o administrador responderá civil, administrativa e penalmente. Há um fator determinante que rege toda a atuação dos particulares no exercício da função pública: o interesse público. Sob essa ótica, o administrador gere os bens e atua de forma limitada, pois, por não ser próprio, não pode simplesmente desviá-lo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...]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. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.²

O princípio da indisponibilidade do interesse público se encontra também positivado no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021³. Dessa forma, percebe-se que é um princípio relevante para o Direito Administrativo, sobretudo, para a matéria de licitações e contratos administrativos, pois é neste momento que o interesse público será colocado em choque com o interesse privado e, diante deste cenário, a conservação do interesse público é de suma importância para o administrador, que deve obedecer às balizas determinadas na Lei de licitações, em vista de garantir um contrato benéfico para a Administração Pública.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev.2025

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A arbitragem nos contratos da administração pública**. Belo Horizonte, p. 101-123, jan/jun 2019. Disponível em <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18/9>. Acesso em 08 fev.2025.

³ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm Acesso em 10 fev.2025.

A Arbitragem, no entanto, é um meio utilizado para solução de litígios de natureza negocial, regulada pela Lei nº 9.307/1996⁴, que é totalmente desvinculada do provimento jurisdicional. O procedimento é presidido por um árbitro eleito pelas partes que irá proferir sentença, resolvendo a demanda, sem que seja possível, via de regra, revisá-la na esfera judicial. A escolha pelo procedimento arbitral pode ocorrer antes do litígio, sendo chamado de “cláusula compromissória”, ou após a existência de um litígio, sendo chamado de “compromisso arbitral”. Embora, na Arbitragem, o conflito seja dirimido por um árbitro, uma terceira pessoa, que não é um juiz togado pertencente ao Poder Judiciário, ele não irá dispor sobre o interesse público, apenas buscará solucionar os conflitos internos do próprio contrato⁵.

Ao analisar ambos, percebe-se que há uma evidente colisão de ideais que rege ambos e, por isso, a possibilidade de conciliar este princípio com a Arbitragem, que é meio consensual de resolução de conflito típico da esfera privada, de natureza essencialmente negocial, não é trivial. A partir do momento em que se enxerga o interesse público como indisponível e inegociável, não seria, via de regra, viável que o Poder Público se submetesse a essa forma de solução dos conflitos. Contudo, o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto no ordenamento, ele deve ser analisado sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade e da ponderação, assim como todos os princípios. Ademais, considerando que pode ser benéfico para a Administração Pública buscar dirimir conflitos decorrentes de contratos administrativos por meio de outros canais de diálogo com o setor privado, preservando o contrato pactuado e a vontade das partes, não pode ser afastado logo de início.

A Arbitragem, no âmbito da Administração Pública fora implementada como forma de melhor dirimir conflitos oriundos de direitos disponíveis dos contratos, sem perder de vista a finalidade de todo contrato administrativo, ainda que de forma indireta, que é garantir a preservação do interesse público. Dessa forma, forçoso considerar uma nova forma de interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público para melhor se adequar às atuais necessidades no âmbito de contratos administrativos e a relação público-privada. Assim, a implementação deste modelo se encontra de forma mais harmônica.

Desta forma, o processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos agentes públicos envolve, em certa medida, disposição de interesses públicos. E isso se dá porque, em verdade, nunca existiu um único “interesse público” nem, tampouco, um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir

⁴BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 959-970.

eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).⁶

O professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira traz a lógica de que, mesmo na atuação regular estatal, o administrador deve conciliar diferentes “interesses públicos” e, para isso, utiliza mecanismos como a ponderação e a disposição de determinados interesses em detrimento de outros em momentos de colisão.

Conclui-se, portanto, que, se isso é feito já de forma interna, na atuação do agente estatal, isso não pode ser considerado irregular ao trazer a ponderação com o interesse privado presente no contrato. Afinal, aquele interesse privado foi pactuado em contrato administrativo regularmente precedido de licitação, logo, possui relevância. A evolução da matéria relativa a contratos administrativos flexibiliza a visão tradicional de interesse público, de modo que a Arbitragem se torna um aliado na solução de litígios na esfera privada. Isso porque, o diálogo e a relevância do interesse privado modificam os contratos administrativos e o tornam mais interessantes ao setor privado e a procura e aumento da vontade de contratar com a Administração Pública garante um melhor procedimento licitatório e, consequentemente, uma melhor prestação do serviço público.

A incorporação de, não apenas a Arbitragem, como também outros mecanismos consensuais e negociais de resolução de conflitos visa solucionar, ainda, problemas enraizados na Administração Pública e em sua forma de contratar, como a morosidade do sistema, a sua ineficácia em cumprir o interesse público e ineficiência, de modo geral. Ao flexibilizar a visão de interesse público da dogmática tradicional, busca-se trazer maior celeridade aos conflitos oriundos dos contratos, assim como garantir que, efetivamente, o interesse público seja preservado de forma eficaz.

É importante ressaltar, ainda, que a Arbitragem, ainda que seja utilizada exclusivamente por particulares, deve obedecer o parâmetro de versar sobre direitos disponíveis. Portanto, esta colisão entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a Arbitragem é meramente aparente, considerando que aqueles direitos indisponíveis ainda serão protegidos igualmente. Forçoso analisar o princípio da indisponibilidade do interesse

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A arbitragem nos contratos da administração pública**. Belo Horizonte, p. 101-123, jan/jun 2019. Disponível em <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18/9>. Acesso em 08 fev.2025.

público sob um prisma de maior flexibilidade para que o interesse público possa ser, efetivamente, atingido por meio da atuação dos agentes da Administração Pública.

2. A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL, FACE AO ART. 152 DA LEI Nº 14.133/2021 E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Embora se verifique que a implementação da Arbitragem seja possível no âmbito dos contratos administrativos, percebe-se que o procedimento arbitral possui peculiaridades compatíveis exclusivamente com a iniciativa privada. Uma das características mais relevantes do procedimento, que é o fator que leva à iniciativa privada a adotar a Arbitragem como método heterocompositivo de solução de litígios, é o fato de que pode ocorrer de forma confidencial, caso seja uma vontade das partes.

Isso ocorre por diversos motivos, dentre eles, a vontade de preservar a imagem das empresas em face de condutas negativas ou erros cometidos, em virtude da manutenção de um sigilo estratégico para negociações, sigilo em tecnologias adotadas, dentre outros. Portanto, este caráter confidencial é atrativo para o setor privado, visto que, no Poder Judiciário, a publicidade dos atos processuais é regra e o sigilo é excepcional. A Lei de arbitragem não prevê expressamente a confidencialidade, mas determina que o árbitro deverá proceder com discrição no desempenho de sua função e isso, doutrinariamente, é visto como um dever de o árbitro garantir que o procedimento ocorrerá sem o conhecimento de terceiros estranhos ao processo.

É evidente que a publicidade é um princípio constitucional que rege a Administração Pública, presente de forma expressa no artigo. 37 CRFB⁷, e que o sigilo é tratado de forma excepcional, com ressalvas expressas, apenas em casos estritamente necessários. A Lei nº 12.527/2011⁸, Lei de Acesso à Informação, autoriza o sigilo apenas em duas hipóteses, sendo estas, no caso de informações tidas como sigilosas, imprescindíveis para a segurança da sociedade ou do Estado e, ainda, em caso de informações pessoais relacionadas à intimidade, vida, honra e imagem da pessoa. Dessa forma, o procedimento arbitral, em sua forma original, não poderia ser implementado integralmente, sem ajustes. Além disso, de início, a Arbitragem

⁷BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev.2025

⁸ BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, de. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 10 fev.2025.

foi considerada constitucional e aceita pelos tribunais superiores, mas não havia legislação positivada que a conciliasse para que houvesse sua aplicação no âmbito da Administração Pública, portanto, se tornou um desafio moldar o procedimento para melhor adequar à necessidade proposta. O primeiro caso conhecido pelo uso da Arbitragem em contratos administrativos é o “Caso Lage”⁹, momento em que o STF autorizou a cláusula compromissória e até incentivou o uso desse meio consensual para o melhor interesse público. Todavia, este precedente veio ainda anteriormente à Constituição de 1988.

Após a promulgação da Carta Magna, ainda é amplamente aceita a Arbitragem, porém, até 2015 não havia uma lei própria para o regimento do procedimento. Isto não o impediu de ser utilizado, como no caso do AgRg no Mandado de Segurança 11.308-DF, de 2008, em que se reforçou a ideia de que o compromisso arbitral é viável:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.¹⁰

Em verdade, o princípio da publicidade possui apenas um aparente conflito com a Arbitragem. A confidencialidade pode ser aplicada, em casos excepcionais, nos quais a publicidade será prejudicial para as partes. Isso é o que ocorre no próprio processo judicial, na forma do artigo 189 do CPC¹¹, que traz as hipóteses em que o processo correrá em segredo de justiça. Dessa forma, se for estritamente necessário para garantir a proteção de direitos, a confidencialidade pode ser aplicada. Impende ressaltar, ainda, que a confidencialidade não é obrigatória nos procedimentos arbitrais, embora seja comum. Ela é utilizada nos casos em que as partes sinalizam e concordam em sigilo para garantir a proteção de sua privacidade. No caso de contratos administrativos com cláusula compromissória ou em compromisso arbitral, as partes previamente estarão cientes que a Administração Pública é regida pelo princípio da publicidade, que é visto também durante todo o processo licitatório, que ocorre de forma pública

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AI 52.181/GB**. Incorporação, bens e direitos das empresas. Organização [...]. Relator Ministro Bilac Pinto, 15 de fevereiro de 1974. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 05 fev.2025.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. Relator: Ministro Luis Fux, 28 de junho de 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635893&num_registro=200502127630&data=20060814&peticao_numero=200600034442&formato=PDF. Acesso em: 05 fev. 2025.

¹¹BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 07.fev.2025.

e de livre acesso para aqueles interessados. Portanto, se as partes estão cientes das peculiaridades envolvendo este meio consensual, não há prejuízo em garantir a publicidade de atos do procedimento arbitral. É o posicionamento de Rafael Oliveira¹².

A própria utilização da arbitragem depende, como visto anteriormente, do prévio consenso das partes, que podem preferir a via arbitral, ainda que haja a publicidade do procedimento, o que aconteceria, de qualquer forma, na via judicial. Nesse caso, as decisões, o julgamento e os demais atos praticados devem ser públicos e transparentes. Em segundo lugar, o princípio constitucional da publicidade não impede o sigilo de documentos ou procedimentos em casos excepcionais. É o que ocorre, por exemplo, nos próprios processos judiciais, submetidos ao segredo de Justiça, bem como em relação aos documentos respaldados pelo sigilo e/ou reserva de jurisdição.

Com a promulgação da Lei nº 13.129/2015¹³, que alterou a Lei de Arbitragem e passou a prever expressamente, no ordenamento jurídico, a possibilidade de utilizar este meio consensual de solução de conflitos no âmbito de contratos administrativos, esta celeuma chegou ao fim. Primeiramente, o art. 2º, §3º da Lei nº 9.307/1996, inserido pela Lei 13.129/2015¹⁴ passou a prever expressamente que o princípio da publicidade deverá ser respeitado no caso de Arbitragem que envolve a Administração Pública, da seguinte forma: “A arbitragem que envolver a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”. Isso exclui a possibilidade de um procedimento arbitral sigiloso, ele é visualizado sob a ótica da Administração Pública que tem como necessidade a publicização de seus atos.

Além disso, a nova lei de licitações e contratos, Lei nº 14.133/2021 também prevê expressamente, no artigo 152¹⁵ que a publicidade é um princípio constitucional de máxima relevância, visto que é o mecanismo que garante à sociedade conhecer melhor a atuação da administração pública e garante uma efetiva prestação de contas, considerando que irregularidades não serão invisibilizadas e silenciadas. Atualmente, com as alterações

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A arbitragem nos contratos da administração pública**. Belo Horizonte, p. 112, jan/jun 2019. Disponível em <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18/9>. Acesso em: 08 fev.2025.

¹³BRASIL. **Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015**. 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. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm Acesso em: 05 fev.2025.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵BRASIL, **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 10 fev.2025.

legislativas, a arbitragem não apenas se mostra como um mecanismo aceito, mas ele se torna um meio incentivado para a solução de litígios, quando o caso permitir e a publicidade não se apresenta como óbice para que seja implementado, sendo possível verificá-la em diversos casos de grande destaque.

Para melhor ilustrar a aplicabilidade da arbitragem no âmbito de contratos administrativo, traz-se à tona o caso denominado “Caso Galvão”¹⁶, no qual feito requerimento em face da União e da ANTT em relação a questões referentes a um contrato de concessão do seu trecho rodoviário, localizado entre o entroncamento da BR-060, localizado em Anápolis, em Goiás e o entroncamento com a TO-070, em Aliança, que fica no Tocantins, em que se reconheceu a inexistência de descumprimento contratual que pudesse justificar a aplicação da caducidade e de multas. Pela leitura de sua decisão, ainda que parcial de mérito, é possível verificar o lado positivo da implementação desta modalidade de solução de litígio e, além disso, a decisão é de fácil acesso, de modo que o princípio da publicidade é respeitado.

3. A CONCILIAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ARBITRAGEM

Após verificar a possibilidade de aplicação da Arbitragem em contratos realizados pela Administração Pública, a conciliação dos princípios basilares e, principalmente, o reforço que o legislador realizou ao longo dos anos que garantiu essa possibilidade de implementação de métodos adequados de solução de conflitos, culminando, finalmente, na positivação desta possibilidade na própria Lei Geral de Licitações, busca-se um novo desafio: a conciliação das prerrogativas do poder público, em âmbito de contratos administrativos, com as molduras trazidas pela Arbitragem. As contratações realizadas pela Administração Pública possuem diversas peculiaridades, e isso é motivado em virtude do interesse público que as envolve e é o que verdadeiramente move a atuação estatal.

Diante do interesse público que motiva a contratação, o poder público goza de certas prerrogativas contratuais, que diferem de um contrato entre dois particulares. Enquanto contratos regidos sobre as normas de direito privado visam tratar as partes como equivalentes, como iguais que decidem acordar entre si, no âmbito de contratos administrativos a realidade é

¹⁶ BRASIL. Distrito Federal, Brasília. Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. **Procedimento arbitral 23.433/GSS/PFF**. Sentença parcial de mérito no Caso Galvão. Anderson Schreiber (Coárbitro) Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra) Sergio Nelson Mannheimer (Árbitro Presidente). Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597057/200910+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+parcial.pdf/2fc75d16-f441-d413-f65e-0cd09eadd760?version=1.0&t=1626726491020>. Acesso em: 08 fev.2025.

diferente. Não há uma contratação horizontal, entre partes que são consideradas iguais, há uma relação desigual, pois a Administração Pública goza de prerrogativas que decorrem do interesse público. A essas prerrogativas, dá-se o nome de “cláusulas exorbitantes”.

Maria Silvia Zanella diPietro conceitua as cláusulas exorbitantes como “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.¹⁷ Elas buscam, essencialmente, garantir o patamar de supremacia em relação ao particular e seus interesses. Essas cláusulas são configuradas ainda que não estejam expressamente previstas no contrato. As cláusulas exorbitantes podem ser visualizadas na lei geral de licitações, sendo elas: exigência de garantia nos contratos de obras, serviços e compras¹⁸, alteração unilateral dos contratos para melhor adequação ao interesse público, extinção unilateral dos contratos, nos casos previstos em lei, fiscalização da execução dos contratos, aplicação de sanções motivadas pela inexecução¹⁹ e até declaração de nulidade dos contratos, após regular procedimento administrativo, em se tratando de ilegalidade²⁰. Além disso, a Administração Pública goza de prerrogativas processuais tais como, a aplicação de prazo em dobro, o reexame necessário, pagamento por meio do regime constitucional de precatórios, isenção de taxas, custas e emolumentos, dentre outros. Dessa forma, é relevante refletir acerca da conciliação destas prerrogativas garantidas à Administração Pública e o instituto da Arbitragem, visto que é meio de resolução de conflitos típico de contratos regidos pelas normas de direito privado, em que a relação é de horizontalidade e de equidistância das partes.

Em relação às cláusulas exorbitantes, estas não conflitam diretamente com o instituto da Arbitragem, contudo, é evidente que o árbitro, assim como o Tribunal Arbitral como um todo que irá decidir a demanda, deve ter compreensão destas cláusulas contratuais e não desrespeitá-las. Isso porque, embora a Administração Pública esteja se valendo de institutos negociais de direito privado, o interesse público não pode ser relativizado. As contratações da administração pública, como um todo, devem ter em evidência o interesse público e, portanto, essa visão não se altera ao deixar de escolher o Poder Judiciário e optar pela Arbitragem. Caberá ao árbitro ou aos árbitros que decidirem a matéria respeitarem as cláusulas pactuadas, assim

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 959-970.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 10 fev.2025.

¹⁹*Ibidem*.

²⁰*Ibidem*.

como já o fazem nas demais demandas, bem como delimitar as consequências patrimoniais que essas cláusulas geram.

Contudo, a situação ganha novo contorno ao tratar das garantias processuais que a Fazenda Pública goza perante o Poder Judiciário. Inicialmente, em relação ao prazo em dobro conferido à administração pública²¹, esta não poderá se valer no âmbito arbitral. Ressalta-se que o procedimento arbitral será definido no momento em que as partes convencionarem ou, se assim preferirem, no momento em que o árbitro ou o Tribunal Arbitral definirem, de acordo com o art. 21 da Lei de Arbitragem²². Dessa forma, não cabe ao Código de Processo Civil reger este método heterocompositivo, visto que possui sua legislação própria. Portanto, o prazo em dobro só será visualizado caso as próprias partes pactuem dessa forma. Isso é uma consequência direta da informalidade e da celeridade da Arbitragem.

Além disso, não há se falar em pagamento por meio do regime constitucional de precatórios²³. Conforme o próprio texto constitucional assevera, apenas os pagamentos devidos em virtude de sentença judicial deverão ser realizados pelo precatório. Embora seja possível a execução judicial de decisão arbitral, este, na realidade, possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial, conforme visto na lei de arbitragem e no próprio Código de Processo Civil. Portanto, a sentença arbitral será executada ou diretamente no âmbito arbitral, por meio de pagamentos voluntários, ou valerá como título executivo extrajudicial, que também se exclui do regime de precatórios. Esta mudança, embora possa parecer negativa, visto que há uma regulamentação extensiva em relação aos precatórios e, principalmente, pelo fato de que há uma organização orçamentária para seu pagamento, é positiva para dirimir os conflitos decorrentes dos contratos administrativos. Isso porque soluciona as demandas de forma mais célere e, ao final, contratar com o poder público se torna vantajoso e desejado pelas instituições privadas, fazendo com que haja maior concorrência no processo licitatório e consequentemente, melhora na prestação do serviço contratado.

²¹BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 07 fev.2025.

²² BRASIL. **Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015**. 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. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm Acesso em: 05 fev.2025.

²³BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev.2025

O reexame necessário²⁴ também é uma prerrogativa processual da Administração Pública no âmbito do Poder Judiciário e consiste na necessidade de revisão, em segundo grau de jurisdição, das sentenças desfavoráveis à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, às suas autarquias e fundações de direito público. Não é considerado recurso, de modo que, caso a Fazenda venha a recorrer, o reexame necessário será desnecessário nas matérias objetos do recurso. Não há essa previsão no procedimento arbitral, além disso, o procedimento arbitral não possui diversas instâncias, possui apenas uma única decisão, que é final, sendo desnecessária, até, a homologação judicial. Isso representa uma perda em relação ao processo judicial pois conferia maior segurança às ações em que a Fazenda Pública sai perdedora, contudo, ataca, também um dos maiores problemas envolvendo os contratos administrativos que é a morosidade na solução de conflitos. O Poder Público sabe, desde o princípio, que optar pelo procedimento arbitral implica perder esta prerrogativa, portanto, pode se planejar de modo a melhor administrar os prejuízos decorrentes.

Além destas, o poder público abdica de todas as demais prerrogativas processuais que possui no âmbito do Poder Judiciário ao optar pelo método da Arbitragem. Essa abdicação, contudo, não representa um novo caráter horizontal nos contratos administrativos. Os contratos manterão suas características distintivas e, sobretudo, o interesse público continuará no centro da força motriz da atuação do poder público. O que se faz, em realidade, é trazer o interesse público sob um novo aspecto, qual seja, a possibilidade de visualizá-lo no efetivo cumprimento dos contratos administrativos, na diminuição das lides decorrentes destes e no aspecto vantajoso para o setor privado ao contratar com o poder público assumindo compromisso arbitral. Quer dizer, assumir compromisso arbitral representa trazer maior celeridade na solução de conflitos decorrentes da prestação do serviço contratado, melhor comunicação entre as partes que optam por um instituto especializado em contratos e, ainda, transforma o contrato administrativo em uma modalidade mais vantajosa, de modo que a concorrência se acentua e, conseqüentemente, há uma melhor efetivação do serviço público.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, o trabalho visava, como objetivo, compatibilizar os aspectos inerentes ao instituto da Arbitragem, que é meio consensual de solução de conflitos

²⁴BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 07.fev.2025.

heterocompositivo, com os princípios da Administração Pública, mais especificamente voltado para os contratos administrativos, sob a ótica da nova lei de licitações. Buscou-se evidenciar que o tema encontra grande relevância prática e, ainda, promove profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sendo forçosa a reflexão.

Verificou-se que há um aparente conflito entre os princípios que regem as licitações e contratos administrativos e as bases do procedimento arbitral, considerando o interesse público por trás do primeiro e a natureza negocial do segundo. Contudo, esta aparente contradição, na prática, pode ser conciliada sem que haja desrespeito à estrutura principal de cada um.

Assim, é possível conciliar os princípios da Administração Pública com a Lei de Arbitragem e isso não acarreta prejuízos para o interesse público. Em realidade, o fato de a Administração Pública introduzir mecanismos negociais em sua contratação soluciona um dos maiores problemas hoje vistos no âmbito da antiga Lei de licitações, Lei nº 8.666/1993, que é a morosidade na resolução de conflitos oriundos dos contratos. A nova lei de licitações, portanto, trouxe mecanismos que visam atacar a questão da morosidade, de modo a trazer mais celeridade e efetividade na prestação do serviço público e, por isso, incorporou a possibilidade de adotar a Arbitragem, que já era possível e prevista em legislações esparsas, mas, foi apenas a Lei nº 14.133/2021 que consolidou no âmbito geral de licitações e contratos.

A relevância da pesquisa pode ser evidenciada na legislação e em seus aspectos práticos. De um lado tem-se a Administração Pública que, em seu viés tradicional, é analisada de forma vertical em relação ao particular, e possui princípios e prerrogativas que não podem ser violados. Isso porque, ela defende o interesse público em sua essência e violá-lo representa uma violação em massa de direitos fundamentais. Por outro lado, trazer aspectos negociais, típicos da iniciativa privada, de início gera estranheza pois, o sistema de licitações e contratos é exclusivo justamente por haver peculiaridades a serem atendidas. Contudo, essa mescla se mostra, desde que feita com proporcionalidade e razoabilidade, benéfica para atingir a finalidade da Administração Pública.

Dessa forma, foi necessário, de início, compatibilizar os princípios da indisponibilidade do interesse público em relação à natureza negocial da Arbitragem. Foi visto que a indisponibilidade do interesse público, em realidade não estaria violada ao adotar procedimento arbitral diretamente, ele promove maior celeridade na solução dos conflitos decorrentes dos contratos administrativos e isso, conseqüentemente, protege, ainda mais, o interesse público. Portanto, deve haver promoção deste mecanismo, quando adequado à situação.

Além disso, forçoso trazer à tona a discussão do princípio da publicidade da Administração Pública, que conflita diretamente com o sigilo tradicional do procedimento

arbitral. O sigilo é forma de garantir melhores condições de diálogos entre os particulares, contudo, não é possível compatibilizá-lo com a Administração Pública, que constitucionalmente é obrigada a promover publicidade, sendo o sigilo excepcional. Dessa forma, concluiu-se que isso não é óbice para a utilização da Arbitragem, mas deve haver adaptação de seu procedimento, que é o que ocorre na prática.

Analisou-se, ainda, a viabilidade ao compatibilizar as prerrogativas da Administração Pública com o procedimento arbitral. As cláusulas exorbitantes, ou seja, aquelas prerrogativas conferidas unilateralmente à Administração Pública que tornam o contrato verticalizado não se conflitam com a Arbitragem, pois esta visa a melhor aplicação do contrato. Além disso, no âmbito de prerrogativas processuais, verificou-se que a Administração Pública, ao optar pela arbitragem, abre mão delas, por sua total incompatibilidade com o procedimento arbitral. Isso, contudo, não importa em efetivo prejuízo pois dá maior flexibilidade e celeridade às negociações. Isso pode refletir, inclusive, na concorrência do processo licitatório pois torna-se mais vantajoso contratar com o poder público.

Portanto, concluiu-se que os conflitos entre os institutos são apenas aparentes e há verdadeiros benefícios na implementação da Arbitragem no âmbito dos contratos administrativos. Dessa forma, acertada a inclusão na Lei Geral de Licitações, que ampliou a sua aplicabilidade e solucionou, por fim, matéria há muito aceita nos tribunais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20.fev.2025

FRANÇA. Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. **Procedimento arbitral 23.433/GSS/PFF**. Árbitro Presidente: Sergio Nelson Manheimer. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso-galvao-icc-23433-sentenca-arbitral-parcial.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2025.

BRASIL. Distrito Federal, Brasília. Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. **Procedimento arbitral 23.433/GSS/PFF**. Sentença parcial de mérito no Caso Galvão. Anderson Schreiber (Coárbitro) Patrícia Ferreira Baptista (Coárbítra) Sergio Nelson Mannheimer (Árbitro Presidente). Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597057/200910+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+parcial.pdf/2fc75d16-f441-d413-f65e-0cd09eadd760?version=1.0&t=1626726491020>. Acesso em: 08 fev.2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA

PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. Relator: Ministro Luis Fux, 28 de junho de 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=635893&num_registro=200502127630&data=20060814&peticao_numero=200600034442&formato=PDF. Acesso em: 05 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AI 52.181/GB**. Incorporação, bens e direitos das empresas. Organização (...). Relator Ministro Bilac Pinto, 15 de fevereiro de 1974. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 05 fev.2025.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, de. Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 fev.2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 07 fev.2025.

BRASIL. **Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015**. 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. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm Acesso em: 05 fev.2025.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em: 10 fev.2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308**. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. Relator: Ministro Luis Fux. 14 de agosto de 2006. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=14/08/2006 Acesso em: 08 fev.2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AI 52.181/GB**. Incorporação, bens e direitos das empresas. Organização (...). Relator Ministro Bilac Pinto, 15 de fevereiro de 1974. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 10 fev. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A arbitragem nos contratos da administração pública**. Belo Horizonte, p. 101-123, jan/jun 2019. Disponível em <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18/9>. Acesso em: 08 fev.2025.