



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DIFICULDADES DE  
IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO

Bruno Alves do Nascimento Neto

Rio de Janeiro  
2020

BRUNO ALVES DO NASCIMENTO NETO

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DIFICULDADES DE  
IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO

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:

Nelson Carlos Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO

Bruno Alves do Nascimento Neto

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo** – A adoção de cláusula arbitral em contratos públicos celebrados pela Administração Pública, muito antes da entrada em vigor da Lei Federal nº 13.129/15, que reformou a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96), é fonte de inúmeras críticas por parte da doutrina administrativista. O presente trabalho objetiva apreciar esta previsão regulamentar à luz dos princípios que regem a Administração Pública, notadamente àqueles expressos no *caput* do art. 37 da Constituição da República e em face do interesse público e sua supremacia. Lançar luz por meio dos princípios é o eixo norteador deste trabalho em face da previsão de cláusula arbitral nos contratos administrativos. Primeiramente serão abordados e analisados a legalidade e constitucionalidade de tal previsão, confrontando-o com os posicionamentos críticos da doutrina administrativa. Posteriormente o texto faz uma análise da corrupção como prática inibitória da escolha da arbitragem (cláusula arbitral) nos contratos administrativos, como meio alternativo e eficiente de eventuais soluções de litígios envolvendo tais contratos, na medida em que a própria arbitragem, nestes casos, poderiam constatar a prática de corrupção em processos licitatórios (fase pré-contrato) e contratos administrativos (fase de execução). Por fim, demonstrar-se-á que a ausência de ferramentas (meios) efetivos para a disseminação de cláusula arbitral, acompanhado ao custo para sua implementação e escolha das Câmaras Arbitrais, ainda mais em momento de limitação orçamentária decorrente da crise fiscal e econômica que passa o País, e conseqüentemente os demais entes da federação.

**Palavras-chave** – Arbitragem. Administração Pública. Contrato administrativo. Cláusula arbitral

**Sumário** – Introdução. 1. A Constitucionalidade da cláusula de compromisso arbitral nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública em face do interesse público, sua supremacia e indisponibilidade. 2. A Corrupção sistêmica praticada por meio de fraudes em licitações e contratos como empecilho para adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos. 3. A simples previsão legal, sem a devida indicação ou regulamentação dos meios de adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos, incluindo o processo de seleção dos árbitros e o custo financeiro como obstáculos para sua utilização. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa procura discutir a aplicação da cláusula arbitral nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, dentro de um contexto processual e à luz de sua constitucionalização.

Num universo em que as contratações públicas, de acordo com dados do antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (hoje Ministério da Economia), consomem

algo entre 10 e 15 % do PIB, logo uma considerável parcela da produção de riqueza nacional, nada mais natural que surjam conflitos de natureza contratual entre os particulares e a Administração Pública, demandando uma atuação do Estado-Juiz, na solução de tais conflitos.

Neste sentido, o legislativo e, sobretudo, o judiciário têm incentivado cada vez mais a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Numa tentativa de ampliar o rol de aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente em relação a utilização da arbitragem, o legislador pátrio, por meio da edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, passou a prever expressamente que a Arbitragem poderá ser aplicada pela Administração Pública Direta e Indireta.

Especificamente em relação aos contratos administrativos, a adoção de cláusula arbitral em detrimento de eleição de foro para dirimir conflitos, suscita entendimentos divergentes, a ponto de entenderem como nulas, pois o entendimento é de que todo contrato administrativo, por ter uma finalidade primária de atender ao interesse público e pelo fato deste interesse gozar do status de supremacia.

Com base nesta visão predominante, infelizmente, na Administração Pública, a aplicação de cláusula arbitral nos contratos administrativos é campo ignorado e desconhecido pela Administração Pública e seus agentes públicos.

No capítulo primeiro procura-se abordar se é constitucional a adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, conforme previsão expressa na Lei nº 13.129/15, à luz do interesse público e sua supremacia.

Segue-se no segundo capítulo a verificação se um dos empecilhos para a adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos está relacionada a prática de corrupção praticada por meio de fraudes em licitações e contratos administrativos.

Por fim, no terceiro capítulo, é necessário refletir criticamente se a mera previsão legal sem a expressa forma de efetivação da adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos, somado ao custo financeiro de sua utilização, num contexto de limitação orçamentária em decorrência da crise econômica e fiscal que assola o país se constitui em outro fato inibidor de sua adoção pela Administração Pública e seus agentes públicos.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo com a finalidade de sustentar os argumentos jurídicos e fáticos que servirão de base para o acolhimento ou não da tese prevalecente em relação a constitucionalidade da previsão de cláusula arbitral nos contratos administrativos e as dificuldades de sua implementação.

Além disto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, já que será analisada a legislação vigente, a doutrina sobre o tema e a jurisprudência majoritária, à luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública para demonstrar a constitucionalidade de tal previsão, sem descuidar do aspecto crítico relacionado a ausência de elementos que possam dar efetividade a própria previsão em si.

## 1. A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO, SUA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE.

Uma das formas de atuação estatal para atender as demandas sociais – intimamente relacionadas a direitos e garantias fundamentais –, é a partir do fomento e efetivação de políticas públicas<sup>1</sup>. Assim dispõe o texto constitucional<sup>2</sup>:

Art. 6º, CFRB: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para que se possa dar efetividade as políticas públicas voltadas as demandas sociais diversas, a Administração Pública, na impossibilidade de executar diretamente o cumprimento de tais obrigações constitucionalmente previstas, se vale de terceiros para a sua execução, por meio da celebração de contratos administrativos celebrados por ela com pessoas jurídicas de direito privado, após um procedimento licitatório, como regra, amparado na Lei nº 8.666/93.

A partir da celebração de tais avenças, é natural que surjam conflitos de interpretação de cláusulas contratuais, bem como de inexecução de tais cláusulas por uma das partes ou ambas, não restando outra alternativa que não fosse se valer da tutela jurisdicional Estado-Juiz para dirimir os conflitos apresentados por uma ou ambas as partes envolvidas.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p 287-289 e 310-321.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05/02/2020.

Neste contexto de inúmeros litígios levados ao judiciário, em hora tardia, mas bem vinda, o congresso nacional previu expressamente que a arbitragem é aplicável na Administração Pública, por meio da aprovação da Lei nº 13.129/15<sup>3</sup>.

É bem verdade que a arbitragem já muito antes da reforma de sua lei estava sendo aplicada em contratos celebrados pela Administração Pública, como por exemplo nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da CF e regulados pela Lei nº 8.987/95, com redação dada pela Lei nº 11.196/05 e que introduziu o art. 23-A com previsão da adoção de mecanismo privado de solução de conflitos ou pelos contratos de parcerias público-privadas, de que trata a Lei nº 11.079/05, especificamente em seu art. 11 que também prevê o emprego de mecanismo privado de resolução de disputas ou nos contratos de concessão das agências reguladoras<sup>4</sup>.

Apenas com a edição da Lei nº 13.129/15, é que foi suprida uma lacuna em relação aos contratos administrativos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93, na medida em que esta resolveu a controvérsia quanto a utilização de cláusula arbitral nos contratos administrativos em geral, posto o silêncio presente no próprio estatuto geral de licitações.

Afastou-se, portanto, qualquer resquício quanto a ausência de legalidade e legitimidade da Administração Pública celebrar contratos administrativos contendo cláusula compromissória arbitral.

Permanece, contudo, a controvérsia quanto ao alcance da norma, bem como em face da constitucionalidade de tal previsão.

Em relação ao alcance da norma, a dúvida está em relação à expressão “direitos patrimoniais disponíveis” presente na parte final do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 (com redação dada pela Lei nº 13.129/15), posto se tratar de um conceito jurídico indeterminado.

No que diz respeito a constitucionalidade da sua previsão, parte dos administrativistas sustentam que além da autorização legal, esta só deve ser aplicada aos contratos privados celebrados pela administração<sup>5</sup>, tais como: contratos de seguro, locações de imóveis urbanos, mas não aos contratos públicos, posto que tais contratos visam ao atendimento, em última análise, do princípio do interesse público, sua supremacia e indisponibilidade.

Muito embora o princípio constitucional do interesse público e de sua supremacia funcione como uma espécie de “princípio-mãe” ou “princípio-matriz”, na medida em que o

---

<sup>3</sup> MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos Teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30-31.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 265-266.

<sup>5</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 54.

objetivo principal da Administração Pública é justamente o atendimento ao interesse público, donde repousa sua missão fundamental e razão de existir e, por isto, sua disciplina normativa possuir amparo constitucional, este princípio, como bem aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não pode ser confundido a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis<sup>6</sup>.

Partindo-se desta interpretação, conclui-se equivocadamente que é inconstitucional a celebração de compromisso arbitral em cláusulas editalícias e de seus contratos administrativo.

Para Di Pietro, o interesse público é sempre indisponível, mas os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis<sup>7</sup>.

Didaticamente Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> avança um pouco mais na diferenciação entre interesse público e os direitos patrimoniais disponíveis ao distinguir o interesse público primário do interesse público secundário, demonstrando a constitucionalidade da aplicação da arbitragem na Administração Pública.

Leciona Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>:

[...] O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização dos meios capazes de permitir a consecução do primeiro [...]  
A satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do Direito Privado e se resolve nas relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis.

Uma série de outros princípios constitucionais que regem a Administração Pública tem como a finalidade de garantir o atingimento do próprio interesse público, tais como os elencados no *caput* do art. 37 da Constituição, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e estes princípios não podem ser afastados jamais pela Arbitragem e pelo Árbitro, quando diante de controvérsias em contratos administrativos.

Conclui-se que a constitucionalidade da Arbitragem nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, se justifica sobretudo pelo princípio da eficiência, na medida em que as partes envolvidas poderão obter maior celeridade em relação a controvérsia suscitada, resguardando-se o interesse público primário.

---

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1054.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1055.

<sup>8</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 267.

<sup>9</sup> *Ibid.*

## 2. A CORRUPÇÃO SISTÊMICA PRATICADA POR MEIO DE FRAUDES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS COMO EMPECILHO PARA ADOÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública são responsáveis por uma fatia considerável do PIB, algo em torno de 13% da produção da riqueza nacional<sup>10</sup>.

Produz, portanto, efeitos economicamente importantes para o desenvolvimento do país, seja por conta de contratos de infraestrutura e demais formas de investimento, com a consequente geração de empregos diretos e indiretos, seja por conta de despesas de custeio da própria máquina pública e dos gastos correntes constitucionalmente previstos, tais como saúde e educação.

Por movimentar uma quantidade considerável de recursos públicos, nada mais natural, infelizmente, que tais recursos sejam desviados, por meio da prática de ilícitos praticados por meio de contratos públicos. Uma das principais práticas é a fraude em licitações e contratos, por meio de direcionamentos, cláusulas restritivas em editais que violam a competitividade ou mesmo conluio entre os próprios licitantes.

De acordo com dados da Transparência Internacional<sup>11</sup>, o Brasil caiu 9 posições em relação ao Índice de Percepção da Corrupção de 2018, alcançando seu pior desempenho desde de 2012, quando houve uma mudança na metodologia de estudo.

Esse estudo<sup>12</sup> procurou demonstrar, como o próprio nome aduz, como que os profissionais do mercado e especialistas sobre corrupção no setor público avaliam, a partir de fontes diversas, a percepção nos países 180 países avaliados, ocupando o Brasil a posição 105 no ranking, ao lado de Argélia, Armênia, Costa do Marfim, Egito, El Salvador, Peru, Timor Leste e Zâmbia<sup>13</sup>.

Além disto, a percepção da corrupção está estritamente associada a democracia, de modo que quanto maior a percepção da corrupção, menor é o nível da democracia do país, o que demonstra o quanto a nossa democracia está aquém daquilo que deveria ser, diante da posição que ocupamos no ranking.

---

<sup>10</sup> BRASIL. *Compras Públicas*. Disponível em: <<https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/publicacoes/a-importancia-das-compras-publicas.html>>. Acesso em: 23 out 2019.

<sup>11</sup> TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção da Corrupção 2018*. Disponível em: <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 23 out 2019.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.



Muito embora tenham ocorrido avanços na legislação brasileira em relação ao combate a corrupção, cuja principal norma ocorreu por meio da edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2011, o caminho a se trilhar na diminuição da corrupção no setor público ainda é longo.

Há de se ressaltar, contudo, que a arbitragem não foi tema aprofundado no projeto das 70 medidas contra a corrupção<sup>14</sup>, uma coalização formada pela própria Transparência Internacional e outras instituições sem fins lucrativos, movimentos e instituições sem fins partidários, representativas da sociedade civil e da academia, como o Instituto Ethos, Contas Abertas, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e o Observatório Social do Brasil.

A única menção à arbitragem no projeto das 70 medidas se encontra no art. 11 do anteprojeto de lei que trata do seguro-garantia de execução de contratos superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)<sup>15</sup>.

Este panorama decorre de uma série de fatores que envolvem os contratos administrativos, ou melhor dizendo, das licitações públicas que os antecedem.

As fragilidades das licitações públicas geram riscos maiores para a prática de ilícitos associados aos riscos na preparação da própria licitação, dentre eles, a corrupção, objeto deste capítulo.

Dentre elas, pode-se destacar: (i) ausência de transparência na fase interna e externa, (ii) acesso inadequado à informação; (iii) especificações pouco detalhadas dos objetos, que não permitam uma aferição da qualidade da prestação dos serviços, obras ou fornecimento de bens<sup>16</sup>.

É a partir deste quadro que devemos entender a corrupção como barreira para adoção de arbitragem na administração pública, notadamente em relação aos contratos administrativos celebrados por ela.

A Administração Pública pauta o seu atuar (ou deve pautar) com base em princípios constitucionais, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (esta última incluída pela Emenda Constitucional nº 19/98), conforme dicção do art. 37, *caput*

Art. 37, CRFB: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

---

<sup>14</sup> TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Novas Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <[https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/Novas\\_Medidas\\_pacote\\_completo.pdf](https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2019.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>16</sup> FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabricio. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2020.

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Dentre tais princípios, destacamos para o presente estudo o princípio da moralidade e da eficiência.

Em relação ao princípio da moralidade<sup>17</sup>, o que se quer da Administração Pública e de seus agentes políticos e públicos é uma atuação ética; não se confundindo com a moral do senso comum, mas sim de uma moralidade administrativa ou jurídica, sendo um compromisso basilar com o estado republicano democrático de direito, a partir de contornos de modo que a atuação do agente público ocorra dentro de parâmetros de condutas norteadoras para distinguir o honesto do desonesto, o justo do injusto, o conveniente do inconveniente sempre na persecução do atendimento do interesse público, ligando-se a ideia de probidade e boa-fé, como medidas, de afastamento e/ou mitigação de riscos de fraudes e corrupções de toda sorte, notadamente em relação às contratações públicas e aplicação de recursos públicos.

No que tange ao princípio da eficiência, princípio este incluso no rol do *caput* do art. 37, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, este teve como finalidade a implementação de métodos de gestão próprios das entidades privadas, de modo a tornar o aparelho estatal mais efetivo, eficiente e eficaz no exercício de sua missão institucional e constitucional, cuja característica pode ser sob dois aspectos, a saber: ao modo de atuação do agente público, onde se espera de suas atribuições o melhor desempenho possível para o atingimento de resultados melhores e em relação a organização, estruturação e disciplina da Administração Pública com o desiderato de alcançar melhores resultados na prestação do serviço público.

Depreende-se, portanto, a correlação entre tais princípios e os contratos administrativos decorrentes de licitações públicas, na medida em que este, em última análise, busca o atingimento de interesses públicos diversos, por meio de consolidação de políticas públicas.

Dotar organismos e pessoal qualificado na Administração Pública deve ser tarefa permanente de todo gestor público, inclusive e sobretudo daqueles eleitos pelo voto popular.

Mas, na prática, está-se muito longe de atingir tal finalidade.

A ineficiência da prestação dos serviços públicos (em sentido amplo), associada a uma burocracia estatal que contribui para sua ineficiência está intimamente ligada a fraudes em licitações e contratos administrativos, desde a sua preparação (fase interna), a seleção daquele que será contratado (fase competitiva) até a execução do contrato (fase de execução), origem

---

<sup>17</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 91.

de controvérsias, litígios e, porta de entrada para a prática de corrupção e desvio de recursos públicos ou aplicação inadequada destes<sup>18</sup>.

Outra porta de entrada para a prática de corrupção em contratos administrativos é a ausência de pessoal concursado na maioria dos setores de controle interno e de compras públicas de órgãos públicos, com carreiras e qualificações específicas e remunerações atrativas, bem como dos fiscais de execução dos contratos, os quais acabam sendo vítimas ou se sujeitam a práticas de assédio moral, na medida em que são formados em sua maioria por ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração por gestores públicos<sup>19</sup>.

É dentro deste panorama de corrupção sistêmica, impregnada na cultura organizacional dos órgãos públicos, que a Arbitragem ainda está longe de ser uma prática adotada na solução de controvérsias e litígios que podem advir dos contratos administrativos da Administração Pública, na medida em que sua adoção poderia deflagrar uma série de constatações praticadas no bojo dos processos licitatórios, por exemplo, assim como o receio da prática de corrupção nas próprias Câmaras de Arbitragem selecionadas para resolver as controvérsias e litígios dos contratos administrativos (corrupção de árbitros e peritos) ou a corrupção por meio da arbitragem (lavagem de dinheiro, por exemplo) e a obrigatoriedade de se reportar os atos de corrupção as autoridades competentes, por meio da constatação destas pelos árbitros envolvidos.

### 3. A SIMPLES PREVISÃO LEGAL, SEM A DEVIDA INDICAÇÃO OU REGULAMENTAÇÃO DOS MEIOS DE ADOÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, INCLUINDO O PROCESSO DE SELEÇÃO DOS ÁRBITROS E O CUSTO FINANCEIRO COMO OBSTÁCULOS PARA SUA UTILIZAÇÃO.

Num país com excessiva produção legislativa como o Brasil, ocasionado, inclusive, pelo sistema jurídico do *civil law*, é normal termos leis, ou melhor, previsões normativas que não indicam de maneira detalhada e segura a aplicação de suas próprias regras.

Em determinados casos, os decretos e demais atos normativos secundários, tais como instruções normativas, *v.g.*, servem de parâmetro para sua explicitação e facilitação de sua execução, bem como orientando sua aplicação<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> FORTINI; MOTTA, *op. cit.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 191/192.

No caso da Lei Federal nº 13.129/15 que alterou a Lei de Arbitragem, trazendo a possibilidade expressa de adoção de arbitragem pela administração pública, esta não veio acompanhada de meios efetivos e eficazes para a sua adoção. Tampouco há regulamento próprio (decreto) explicitando os meios para a sua adoção, o que dificulta sua popularização nos órgãos da Administração Pública, notadamente em relação aos contratos públicos celebrados por elas.

A ausência de determinados regramentos previstos na própria Lei, bem como de detalhamentos para sua aplicação gera os seguintes problemas:

O primeiro é a condição suspensiva em que fica a própria lei, tendo em vista a dependência de regulamentos próprios para a sua aplicação.

O segundo é a sua própria inaplicação, na medida em que ela exige regulamentos que possibilitem sua execução, por meio de orientações seguras aos seus destinatários.

No caso da Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei nº 9.307/96, esta apenas trouxe a inclusão de dois parágrafos no art. 1º e um parágrafo no art. 2º que tratam especificamente da Administração Pública, dispondo que: a administração pública direta e indireta pode se valer da Arbitragem para solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis (*cf.* § 1º do art. 1º), bem como destacando a prevenção da autoridade competente para fixar as convenções de arbitragem ser a mesma para a celebração de acordos e outras transações (*cf.* § 2º do art. 1º) e dispondo que a arbitragem envolvendo a administração pública será sempre de direito e não de equidade e respeitando o princípio da publicidade (*cf.* § 3º do art. 2º).

É sabido que o legislador pátrio, há época da edição original da Lei de Arbitragem, não se preocupou com a Administração Pública e seus interesses.

A reforma implementada pela Lei nº 13.129/15, limitou-se apenas a prever expressamente aquilo que já era defendido pela doutrina, bem como pela jurisprudência<sup>21</sup>, ainda que incipiente, posto que versam sobre arbitragem envolvendo empresas estatais<sup>22</sup>

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 612.439/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006)>. Acesso em: 06 fev. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 606.345/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302052905&dt\\_publicacao=08/06/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007)>. Acesso em: 06 fev. 2020.

Com a atual redação do Projeto da Nova Lei de Licitações (PL 1292/95<sup>23</sup>), aprovado na Câmara dos Deputados em 17/09/2019, a Arbitragem continua sendo tratada de maneira muito tímida, conforme se pode inferir na redação do dispositivo:

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

PARÁGRAFO ÚNICO. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 151. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 152. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Art. 153. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Especificamente em relação ao procedimento de escolha dos Árbitros ou da Câmara Arbitral, o projeto de lei não trata dos meios para sua consecução, restringindo-se apenas a citar a necessidade de se obedecer a princípios (critérios) para sua escolha.

A ausência de regramento que balize o procedimento, tende a continuar inibindo a adoção da Arbitragem pela Administração Pública, seja pela insegurança jurídica gerada nos agentes públicos e políticos, bem como dando brecha a tratamentos jurídicos diferenciados pelos diversos órgãos públicos, não solucionando o problema, bem como não contribuindo para a sua popularização.

Outro fator inibidor da adoção da Arbitragem pela Administração Pública se relaciona ao custo financeiro de sua adoção, bem como as despesas relacionadas a verbas honorárias de sucumbência.

À esta dificuldade particular se soma a crise econômica e fiscal pelo que passa o país, com consequências nefastas aos estados e municípios brasileiros, a ponto de alguns destes (estados) estarem se socorrendo por meio da adesão ao regime de recuperação fiscal instituído por meio da Lei Complementar nº 159/2017<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1292/95*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1819390&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1819390&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995)>. Acesso em 23 out. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 159*, de 19 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp159.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp159.htm)>. Acesso em 23 out. 2019.

Em meio a estas dificuldades, a Arbitragem na Administração Pública, apesar de ser uma realidade, ainda caminha a passos lentos.

## CONCLUSÃO

Com a realização da presente pesquisa, abordamos a legalidade da adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, a partir da promulgação da Lei Federal nº 13.129/15 que reformou a Lei de Arbitragem.

Abordou-se sobre a controvérsia existente quanto ao alcance da norma, bem como em face da constitucionalidade de tal previsão.

Em relação ao alcance e conseqüente constitucionalidade, esta decorre da interpretação (equivocada) da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96), posto que parte da doutrina confunde o interesse público (que é sempre indisponível) com os direitos patrimoniais indisponíveis.

Ao contrário dos que postulam a inconstitucionalidade de tal previsão e adoção pela Administração Pública, notadamente em seus contratos públicos, e considerando que a Constituição possui uma série de princípios regentes da própria Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estes tem como finalidade o próprio atingimento do interesse público, princípios pelos quais a Arbitragem e o Árbitro estão circunscritos legal e constitucionalmente.

Especificamente refletiu-se sobre a prática de corrupção como empecilho para adoção de cláusula arbitral nos contratos administrativos, ao apontar, em primeiro lugar, o volume financeiro movimentado por meio da celebração de contratos públicos (contratos administrativos), muitas das vezes oriundos de fraudes em licitações perpetradas em conluio com os próprios agentes públicos e políticos ou entre os competidores (licitantes) do certame.

De igual modo abordou-se a ineficiência da máquina estatal associada a uma estéril burocracia estatal que retroalimenta esta ineficiência como outro fator inibidor de uma adoção da arbitragem pela administração pública.

Deste panorama, se soma a ausência de pessoal qualificado e concursado em setores sensíveis para a gestão pública, tais como o setor de controle interno e de compras públicas de órgãos públicos como outra via para a prática de corrupção em contratos administrativos e conseqüente afastamento da arbitragem em suas cláusulas, para fins de solução de controvérsias, além da possibilidade de que a própria arbitragem, nestes casos, poderia gerar

uma série de constatações de práticas de corrupção por meio de fraudes de empresários, agentes públicos e políticos em licitações e contratos.

Não pode deixar de ser citado, como outro fator que obsta a disseminação da arbitragem na administração pública, a ausência de detalhamento da aplicação da norma autorizativa prevista expressamente na Lei de Arbitragem, tais como: forma de contratação de Câmaras Arbitrais, formas de controle de suas decisões pelos Tribunais de Contas, Ministério Público, associado ao custo financeiro de sua adoção, sobretudo em momentos de queda de arrecadação face a crise econômica pela qual ainda passa o país.

Diante do aqui refletido e sem a pretensão de se esgotar o tema, conclui-se que ainda estamos longe de popularizar a adoção da Arbitragem na Administração Pública, sobretudo, nas Administrações Públicas Municipais, muito embora tal previsão seja constitucional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1292/95*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1819390&filena me=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1819390&filena me=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995)>. Acesso em 23 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 612.439/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006)>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 606.345/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302052905&dt\\_publicacao=08/06/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007)>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernadina; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FICHTNER, José Antonio *et al.* *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabricio. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/07/corruptao-licitacoes.pdf>>. Acesso em 06 fev. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha Furtado. *As Raízes da Corrupção no Brasil: Estudo de Casos e Lições para o Futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral Garcia. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos Teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos Contratos Administrativos: Análise Crítica dos Obstáculos Jurídicos Suscitados para Afastar a sua Utilização*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.



SCAVONE JUNIOR, Luiz. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHIMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Col. FGV Direito. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Novas Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: [https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/Novas\\_Medidas\\_pacote\\_completo.pdf](https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/pdf/Novas_Medidas_pacote_completo.pdf). Acesso em: 25 set. 2019.