



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CÂMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CNMLC/DECOR/CGU
NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM

PARECER n. 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU

NUP: 90795.000032/2021-31

INTERESSADOS: NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM E CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTOS: ARBITRAGEM. LICITAÇÕES CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/2021, ARTIGOS 151 A 154.

EMENTA:

I – Análise jurídica acerca da adoção do instituto da arbitragem aos contratos administrativos regidos pela Lei 14.133/2021.

II - A Lei 14.133/2021, nos artigos 151 a 154, possibilitou a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia aos contratos administrativos sob sua regência;

III - A opção pela arbitragem não está prevista na norma de forma obrigatória, mas como uma faculdade para a Administração, e não serve para resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público;

IV - Busca-se com a arbitragem uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada.

V – Nas contratações de bens e serviços comuns, a arbitragem apresenta-se um instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização, não cabendo, em regra, para contratações de bens e serviços comuns, incluídos os contratos de terceirização;

VI - Caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de convenção arbitral de acordo com a complexidade e especificidades do caso que demandariam celeridade e alta *expertise* por parte dos julgadores; e

VII - A justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima quando atender ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA ANÁLISE

1. A presente manifestação trata de estudo realizado entre o Núcleo Especializado em Arbitragem - NEA e a Câmara Nacional de Modelos de Licitação - CNMLC e Contratos, com o objetivo estabelecer as premissas de caráter jurídico envolvendo a adoção da arbitragem, como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias, para as contratações fundadas na recente Lei 14.133/2021.

2. A Portaria AGU n. 320, de 13 de junho de 2019, ao instituir o NEA, conferiu-lhe a competência para uniformizar e difundir entendimentos relativos à arbitragem, inclusive quanto à adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a União. Por sua vez, cabe à CNMLC “propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas”, consoante o inciso I do artigo 2º da Portaria CGU n. 03, de 14 de junho de 2019.

3. Para a presente análise, foi adotada a seguinte metodologia: em reunião realizada no dia 20.09.2021 (das 16h às 17h), na plataforma Teams, entre membros do NEA (Paula Butti e Aristhéa Totti), e da CNMLC (Hugo Montezuma Sales, Alyne Souza, Carolina Zancaner e Caroline Marinho), foi deliberada a elaboração de entendimento conjunto sobre o tema, dada a divisão de atribuições supramencionadas, a ser submetida à aprovação pelas autoridades superiores.

4. Cumpre esclarecer que, dada a limitação de competência do NEA a assuntos exclusivamente relacionados a arbitragem, os demais meios de solução de controvérsia previstos na Lei 14.133, de 2021 (conciliação, mediação e comitê de resolução de disputas) não serão objeto de análise deste parecer.

5. Assim, a presente manifestação se propõe a tecer as considerações que entende pertinentes acerca a adoção da arbitragem nos contratos regidos pela Lei 14.133, de 2021, notadamente quanto a potenciais dificuldades nas contratações de bens e serviços comuns.

6. Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se à análise jurídica da questão.

II – A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE LITÍGIO ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

7. A partir de 1996, com a edição da Lei 9.307 (Lei de Arbitragem), o instituto da arbitragem, como meio alternativo de solução de litígios, vem se consolidando e se consagrando como procedimento jurisdicional através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros) que recebem poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem a intervenção estatal^[1].

8. A Lei de Arbitragem trouxe importantes inovações ao instituto no âmbito nacional, permitindo a ampliação de sua utilização e buscando tornar mais célere a solução de controvérsias instaladas entre as partes privadas, evitando, assim, longos trâmites judiciais que impactam diretamente nos ajustes celebrados.

9. Segundo Flávio Amaral Garcia, é inegável o avanço trazido pela arbitragem no país, sendo um instrumento que concretiza a segurança jurídica, porquanto permite que o conflito seja solucionado com maior celeridade, com árbitros especializados na matéria e dotados de indispensável neutralidade e imparcialidade^[2].

10. Contudo, pairavam ainda dúvidas a respeito da possibilidade de a Administração Pública submeter-se ao juízo arbitral. A ausência de expressa previsão legal específica que autorizasse a participação do Poder Público em processos arbitrais inibiu, por muitos anos, a utilização da arbitragem como meio de resolução de controvérsias por entes da Administração Pública, sobretudo nos contratos celebrados com base da Lei 8.666/1993.

11. Com o advento da Lei 13.129/2015, que implementou reformas pontuais na Lei de Arbitragem, o escopo da arbitragem doméstica foi ampliado consideravelmente, pois passou a prever, expressamente, a aplicação do instituto em litígios em que figuram como parte a Administração Pública direta e indireta. A alteração legislativa conferiu maior segurança jurídica para o uso do instituto pelos entes públicos, uma vez que a falta de um marco regulatório no passado foi por muito tempo considerado o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo contratos pactuados pelo Poder Público^[3].

12. Assim, as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 9.307/1996, incluídos pela referida lei, permitiram, a partir de então, a utilização da arbitragem em contratos com o Poder Público, em que não havia disposição legal específica, “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (destacou-se)

13. Recentemente, a previsão expressa de meios alternativos de solução de controvérsias passou a constar também da Lei Federal 14.133, de 1º abril de 2021 – a Nova Lei de Licitações. Além da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas, a previsão da arbitragem na lei geral de licitações reforça a tendência que já se observava em diversos diplomas legais de setores estratégicos, como, por exemplo, a Lei 9.472/1997 (Lei da Anatel); Lei 9.478/1997 (Lei da ANP); Lei 10.233/2001 (Lei da ANTT e ANTAQ); Lei 10.848/04 (Lei da Aneel); Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs), dentre outros.

14. Embora, no que se refere à arbitragem, a nova Lei de Licitações não tenha apresentado inovações consideráveis, trazendo dispositivos genéricos e insuficientes em vários aspectos, é evidente que sua inserção na Lei Geral visa a incentivar o emprego do instituto e respaldar o administrador público que o adota para os casos adequados^[4].

15. Não obstante a referida forma de resolução de conflitos tenha sido idealizada como uma solução célere e eficaz pela via consensual, é importante destacar que o **instituto da arbitragem guarda características que podem ou não ser adequadas para responder os conflitos surgidos no âmbito dos diversos contratos celebrados pela Administração Pública**^[5].

16. Para que a adoção da arbitragem seja uma opção viável para os contratos administrativos sob a égide da Lei Geral da Licitações, é imprescindível que os gestores públicos possam identificar os **benefícios** da utilização pretendida pela norma, enquanto estratégia de boas práticas contratuais^[6]. Isso porque a opção pelos meios alternativos de solução de conflitos não está prevista na norma como obrigatória, mas como uma faculdade para a Administração Pública – assim como ocorre nas controvérsias entre particulares.

17. A tendência que se observa é o **incremento e a previsão de cláusulas compromissórias em contratos administrativos mais sofisticados/complexos e de maior expressão econômica**.

18. Mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis – autorizados a serem submetidos à apreciação da jurisdição privada –, caberá ao agente público considerar fatos concretos do caso e características do órgão específico ao qual a controvérsia será submetida (juízo arbitral ou juízo estatal). Nem sempre a celeridade, a especialização dos julgadores, a maior flexibilidade e maior participação das partes – características atribuídas à arbitragem – serão fatores preponderantes buscados pelo agente público para a solução de litígios relacionados a contratos públicos, especialmente porque, juntamente com tais características, existem custos – não apenas financeiros – a serem sopesados.

19. Nesta seara, entende Egon Bockmann que, a despeito da cláusula da Lei de Arbitragem ser ampla, geral e irrestrita, a arbitragem é o meio legítimo para a composição de conflitos em **contratos administrativos que albergam significativas complexidades técnicas – tanto em termos econômicos quanto em razão da expertise demandada. Tais conflitos, em geral, não dizem respeito a assuntos jurídicos em sentido estrito, nem a questões de trato usual nas faculdades de direito**. Ao contrário: o que está em jogo são outras ciências, com as quais o jurista tem pouca afinidade^[7].

20. No mesmo sentido, Carlos Alberto Salles adverte que a arbitragem:

Surge como alternativa para solução de litígios relacionados, sobretudo, a contratos administrativos vinculados a determinadas estratégias de gestão da Administração, incluídas na chamada Reforma do Estado. A esse propósito, a arbitragem aparece como integrante da estrutura de incentivos de determinadas modalidades contratuais, cujo

funcionamento é pautado na atratividade do negócio a ser celebrado pelo particular com o Estado^[8]

21. Partindo desse raciocínio e tentando antever os potenciais litígios decorrentes dos contratos administrativos a partir do seu objeto, é possível deduzir que nem todos são vocacionados à arbitragem.

22. Assim, a fim de orientar a avaliação e a motivação administrativa da conveniência da adoção da arbitragem em um determinado contrato, passa-se a elencar de forma sucinta as principais particularidades do instituto para, a seguir, adentrar-se propriamente no tema da presente análise: a arbitragem na Nova Lei de Licitações.

23. Um dos principais objetivos buscados pelas partes com a arbitragem é a exclusão da jurisdição estatal nas tutelas cognitivas. Na tentativa de contornar o formalismo dos processos judiciais, muitas vezes demasiadamente lento, a arbitragem surge como um mecanismo mais ágil para a solução de determinadas disputas.

24. O afastamento da jurisdição estatal se dá, necessariamente, com a celebração da **convenção de arbitragem**, como prevê o art. 3º da Lei de Arbitragem:

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

25. Convenção de arbitragem, como esclarece Luis Fernando Guerrero, “é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal”^[9].

26. Uma vez adotado este meio extrajudicial de resolução de controvérsias para o contrato administrativo, as partes devem observar a previsão contratual, em respeito ao princípio da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda*. É o **efeito negativo da convenção de arbitragem**.

27. O afastamento da jurisdição estatal, por sua vez, confere jurisdição ao árbitro ou tribunal arbitral para todas as disputas sujeitas ao seu alcance – o **efeito positivo da cláusula arbitral**. A celebração de uma convenção de arbitragem tem a aptidão de **determinar quais questões podem ser examinadas e decididas pelo painel de julgadores**, de acordo com os limites propostos, além de permitir ao tribunal arbitral decidir a respeito de sua própria jurisdição, como previsto no parágrafo único do art. 8º da Lei 9.307/1996.

28. Há de se considerar sempre o duplo caráter da convenção de arbitragem: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais e futuros, **obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral**; como pacto processual, seus objetivos são os de **derrogar a jurisdição estatal**, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros^[10]

29. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende que a partir “da definição do instituto [arbitragem], exsurge o **caráter híbrido da convenção de arbitragem**, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”, in RESP nº 606.345-RS, Min. João Otávio Noronha, j. 17.5.2007.

30. Assim, caso o gestor público opte por celebrar uma convenção de arbitragem nos contratos administrativos, os litígios por ela abrangidos **estarão subtraídos da apreciação do Poder Judiciário, nos exatos os limites do que foi acordado**. Uma vez eleito o uso da arbitragem como método de solução de disputas, este passa a ter **caráter definitivo**, ressalvadas situações excepcionais aludidas na própria Lei 9.307/1996, ou por acordo de vontade de ambas as partes, ainda que tácito, como se vê, por exemplo, na previsão contida no art. 337, §6º, CPC.

31. Outro ponto que merece atenção na tomada de decisão pelo administrador ao optar pela arbitragem é o **caráter autônomo da cláusula compromissória ao pacto principal**, revelado pelo art. 8º da Lei de Arbitragem:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

32. Com a função de reforçar a eficácia da cláusula compromissória, a previsão do art. 8º da Lei 9.307, de 1996, surgiu, segundo Pedro Batista Martins^[11]:

para combater os argumentos aparentemente razoáveis e adequados que mascaravam as teses daqueles que desejavam afastar os efeitos da cláusula compromissória como forma de delongar a solução da demanda apresentada. Para esse fim, bastava a alegação de algum vício no contrato que abraçava a convenção para que o pacto arbitral, de natureza acessória, fosse levado de roldão no vácuo da invalidade ou nulidade do contrato como um todo. O pseudo vício do contrato afastaria os efeitos da cláusula compromissória deslocando a questão para a justiça estatal.

33. Como se infere, a cláusula compromissória é independente do contrato ao qual estiver inserta e, assim, não será contagiada por vícios de nulidade, por invalidade ou mesmo inexistência do próprio contrato^[12]. Dessa forma, a alegação de vícios no contrato não atinge diretamente a cláusula arbitral.

34. Dito de outro modo, o que se presume é o **pleno conhecimento e a boa-fé de ambos os contratantes ao eleger a jurisdição arbitral para dirimir seus conflitos** – o que não poderia ser diferente nos contratos firmados entre parte pública e

privada. Após celebrada uma cláusula compromissória, por ex., não poderia o ente público se valer de sua supremacia contratual de forma a torná-la inválida.

35. Antes, portanto, da celebração da convenção arbitral, que irá vincular a Administração Pública - enquanto parte contratual - em seu duplo efeito, cabe ao administrador sopesar vantagens e desvantagens dessa escolha. Nesse sentido, um importante aspecto a ser avaliado pelo gestor no momento da opção pela arbitragem é o **custo**. Os valores despendidos para se instaurar um procedimento arbitral podem impactar não só na decisão pela adoção do instituto, como inviabilizar a submissão do litígio ao árbitro ou a um Tribunal Arbitral^[13].

36. Diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal em que as custas e despesas estão previstas no Código de Processo Civil, que regula sua incidência (ou isenção) e a responsabilidade pelo seu pagamento em diferentes fases do procedimento, a Lei de Arbitragem alude que as partes podem dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem bem como sobre a fixação dos honorários dos árbitros (art. 11, V e VI).

37. Levando em consideração que a grande maioria das arbitragens público-privadas são administradas por instituições arbitrais e o painel arbitral é composto por 3(três) árbitros, a fixação do montante a ser alocado para o pagamento das despesas da arbitragem e dos honorários do(s) árbitro(s) **superam – e muito** – as despesas ordinárias de um litígio processado perante a justiça estatal^[14].

38. Nesse sentido, esclarece Paulo Osternack Amaral, ao comentar os custos das arbitragens no Brasil:

Apesar de a experiência brasileira ainda ser incipiente em relação à arbitragem, já se pode perceber com clareza que o custo envolvido em um processo arbitral é, de regra, muito mais elevado que o processo estatal.

Na ampla maioria dos Estados brasileiros, as despesas judiciais (tais como distribuição, autuação, depósito inicial, custas de oficial de justiça, preparo recursal etc.) acabam por ser ínfimas diante da remuneração dos árbitros, do secretário, da instituição arbitral que eventualmente administre o litígio etc.

39. Acrescenta o autor que “o custo envolvido em uma arbitragem será um fator relevante a ser investigado – e que poderá, em determinados casos, apontar para a inviabilidade (ou não) da submissão de determinado litígio à via arbitral”, pois “o fator custo desvenda que somente uma pequena parcela dos litígios são vocacionados para serem submetidos à arbitragem”^{[15][16]}.

40. Sobre os valores cobrados pelas instituições arbitrais, Ricardo Aprigliano aponta que:

A maior parte das instituições estabelece tabelas com os valores das custas com a administração e com os honorários dos árbitros, atrelados aos valores em disputa. Há, portanto, parâmetros objetivos para fixação de tais cobranças. E mesmo quando não são aplicáveis tabelas com valores fixos, o critério usualmente adotado é o da remuneração por hora trabalhada, sendo que os respectivos regulamentos preveem o valor a ser pago por hora e um mínimo de horas.

As demais despesas são cobradas por seus valores efetivos. As instituições podem arrecadar na fase inicial do procedimento certas quantias para um fundo de despesas, mas efetivam a cobrança de valores gastos com serviços adicionais, como a contratação de tradutores, estenotipistas, serviços de degravação etc. O mesmo quanto aos gastos com perícia. Nesse último exemplo, em geral após o perito estimar seus honorários é que as instituições enviam as respectivas cobranças para as partes^[17].

41. Curioso notar que diversas são as formas e parâmetros para o cálculo das despesas, custas e honorários em um processo arbitral, sendo que, em geral, no caso das custas e honorários, os valores serão inicialmente atrelados àqueles declarados como valores da disputa^[18]. No entanto, é certo que, ao se iniciar uma arbitragem, nem sempre é possível se prever o *quantum* que será dispendido.

42. Tratando-se de arbitragens público-privadas, em razão das limitações orçamentárias e das particularidades que cercam o contingenciamento de gastos públicos^[19], a própria convenção de arbitragem pode prever a antecipação das custas pelo parceiro privado **mas, uma vez vencido o ente público na disputa, todos os valores antecipados deverão ser reembolsados ao vencedor**. Assim, a possibilidade de adiantamento das custas e honorários pela parte privada não desincumbe a parte pública de arcar com todos os custos e honorários necessários para viabilizar a instauração de procedimento.

43. Como se vê, a escolha da arbitragem como método de solução de controvérsia deve ser feita de **forma consciente, com conhecimento dos custos envolvidos e das limitações orçamentárias da Administração Pública**. A decisão do ente público de incluir cláusulas compromissórias deve sempre ser precedida de uma **análise dos possíveis custos e ônus** que serão assumidos no caso de surgir uma controvérsia.

44. Outra característica da jurisdição arbitral que a distingue do juízo estatal e, por isso, merece especial atenção do administrador público é a **irrecorribilidade da sentença arbitral proferida**, consoante dispõe o art. 18 da Lei 9.307/1996:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

45. A definitividade da sentença arbitral – com o objetivo de proporcionar celeridade ao procedimento arbitral - é, por vezes, considerada uma relevante vantagem da jurisdição privada ante ao sistema recursal a que se submete a sentença judicial. Na disciplina brasileira, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral decidir de maneira final, tornando mais rapidamente imunizada a decisão arbitral contra a possibilidade de impugnações^[20].

46. A partir da experiência já conhecida nas arbitragens envolvendo a Administração Pública dos diversos entes da federação, pode-se afirmar que a celeridade obtida por meio da ausência de recursos – e outras características da jurisdição arbitral – se adequa fundamentalmente para **contratos celebrados pela Administração Pública, nas modalidades de concessão e PPP, bem como para empreendimentos na área de infraestruturas públicas em geral e para contratos de alta complexidade técnica**. É importante ressaltar que cada contrato merece uma análise concreta, mas, em geral, nesses tipos de contratações, eventuais conflitos surgidos não podem se alongar por longos anos, sob pena de gerar prejuízo à prestação do serviço ou à operação da infraestrutura ou até inibir investimento considerados prioritários^[21].

47. De outra parte, em contratações de bens e serviços comuns – como se verá adiante - que demandam processos padronizados, por ex., a impossibilidade de interpor recursos contra a sentença arbitral pode ensejar mais desvantagens que vantagens, pois a consequência direta da irrecorribilidade é a ausência da previsibilidade e da uniformidade das decisões proferidas.

48. Dito de outro modo, em contratações estandarizadas, o que se almeja – com base do princípio da segurança jurídica – é a adoção de decisões jurisdicionais de forma igualmente padronizadas, o que só é possível alcançar com a revisão jurisprudencial a partir da métrica dos órgãos recursais, como ocorre na jurisdição estatal^[22]. Nesses casos, a irrecorribilidade do laudo arbitral pode ser incompatível com a necessidade de uniformização de entendimentos jurídicos sobre temas semelhantes e repetitivos presentes na dinâmica da Administração Pública.

49. Considerando as ponderações apresentadas, é certo que a arbitragem não serve para a resolução de controvérsias para **todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público**^[23]. A justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária^[24] e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima se a matéria tiver aptidão para ser solucionada pela via arbitral^[25].

50. A simples disponibilidade do direito – critério geral que permite os particulares se valerem da arbitragem como resolução de conflitos -, por si só, não será suficiente para delimitar as matérias passíveis de arbitragem no âmbito da Administração Pública. **Caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de convenção arbitral de acordo com a complexidade e especificidades do caso.**

III - A ARBITRAGEM NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

51. No que concerne à previsão da arbitragem na nova Lei de Licitações, o Capítulo XII do diploma legal reproduz os dispositivos, de maneira geral, que tratam dos instrumentos tradicionais de autocomposição e heterocomposição utilizados na esfera privada e já previstos em outras regulamentações administrativas.

52. A possibilidade de resolução de disputas no campo da arbitragem na Lei 14.133/ 2021, embora não seja em si uma inovação - já que alguns contratos públicos já previam cláusula compromissória com fundamento no art. 54 da antiga Lei de Licitações -, confirmou o entendimento de que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º).

53. O art. 151 prescreve que “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”.

54. No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo o poder público, a nova Lei de Licitações também se alinha à prática arbitral já consolidada e traz, no parágrafo único do art. 151, um rol exemplificativo de hipóteses de litígios relacionados às licitações que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, como questões relacionadas “ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

55. Quanto à primeira hipótese, pode-se entender o cabimento da arbitragem para a discussão das cláusulas financeiras do contrato referentes ao preço e aos critérios de ajustamento, com vista a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. As causas de inadimplemento contratual também foram previstas como passíveis de apreciação pela jurisdição privada, independentemente do causador da infração contratual. A Lei ainda prevê a opção pelo instituto para os contratos administrativos visando o cálculo de indenização – como já previa o art. 10-B da Lei 13.867/2019 – nos casos de desapropriação por utilidade pública.

56. Importante consignar que a norma geral apresenta apenas as matérias que eventualmente poderão ser dirimidas por meio da arbitragem, **não se vislumbrando qualquer intenção do legislador em delimitar quais litígios ou contratos seriam mais apropriados para o referido método de resolução de controvérsia**. A escolha legislativa apenas confirma o **caráter facultativo e discricionário** da utilização desses métodos.

57. No cenário das licitações e contratações pública, certamente a adequabilidade ou não do mecanismo de resolução de conflito – e aqui incluem-se os demais meios listados no art. 151 da Lei Geral – irá variar conforme o objeto do contrato, o tipo e o prazo de duração do ajuste, o nível de litigiosidade das partes contratantes, a complexidade das questões técnicas, dentre outros. Como já mencionado, **sempre caberá ao administrador, em momento anterior à celebração do contrato, avaliar a viabilidade, sob a ótica do interesse público, da solução não estatal para eventuais controvérsias relacionadas àquele ajuste**.

58. Para além disso, o legislador fez questão de prever, em seu art. 152, o procedimento arbitral que envolva contratações públicas sob a égide da nova Lei de Licitações deverá ser sempre de direito e observar as diretrizes do princípio da publicidade. A referida disposição vai ao encontro do que prevê a Lei 9.307, de 1996, após sua reforma em 2015: “[a] arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (art. 2º §3º), que afasta a possibilidade de julgamento por equidade e a confidencialidade normalmente prevista em arbitragens entre privados e prevista nos regulamentos das principais câmaras arbitrais.

59. Por sua vez, o art. 153 estabelece que os contratos celebrados sem cláusula compromissória poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos. A iniciativa do aditamento poderá partir de pedido do contratado ou de ofício pela Administração Pública, mediante concordância do particular. Ademais, as modificações deverão sempre ser justificadas pela autoridade competente no processo administrativo, assim como qualquer aditamento contratual^[26].

60. Finalmente, o art. 154, no que toca à arbitragem, dispõe sobre o processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais, que observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes disciplinados pela Administração Pública no âmbito de seus processos administrativos.

61. Como se vê, a Lei nº 14.133/2021 pouco inovou na regulamentação do uso da arbitragem para os contratos por ela regidos, na medida em que apenas repetiu o regramento já previsto na Lei 9.307/1996. A identificação correta dos contratos adequados para o aludido mecanismo, bem como dos conflitos oriundos dessas relações contratuais deverá ser buscada pelo agente público sempre com vista ao atendimento do interesse público.

62. De qualquer forma, sempre será necessário justificar, sob a perspectiva da Administração Pública, as vantagens desse método de solução de disputas, de maneira a legitimar a possibilidade legislativa de sua utilização, bem como a decisão do agente público de aplicá-la em um determinado contrato.

63. Nesse sentido, é o entendimento manifestado por este Núcleo, no Parecer 0001/2020/CORDNEA/NEA/CGU/AGU:

19. Ao firmarem uma convenção de arbitragem e elegerem o juízo arbitral para solução de controvérsias, portanto, as partes derogam a atuação da jurisdição estatal para dirimir eventual litígio oriundo daquela relação contratual, ficando vinculadas à jurisdição arbitral. Isso, para a administração pública, possui uma série de implicações, que serão melhor detalhadas ao longo desse parecer. Portanto, **é o entendimento do NEA que a opção pela via arbitral pela administração pública deve ser devidamente motivada, levando em consideração se o valor e a complexidade da relação jurídica contratual justificam a utilização de meio alternativo e privado de resolução de controvérsias que afasta a utilização da jurisdição estatal, gratuita para a administração pública e perante a qual ela possui prerrogativas em sua atuação.**

IV – POTENCIAIS DIFICULDADES RELACIONADAS À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMUNS

IV.1 – BENS E SERVIÇOS COMUNS

64. Conforme artigo 6º, XIII, da Lei 14.133/2021, bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”.

65. Os bens comuns são denominados “bens de prateleira”, ou seja, aqueles que se encontram habitualmente no mercado, sendo obtidos, via de regra, sem qualquer dificuldade pelos adquirentes. Os serviços comuns são aqueles que possuem características análogas aos dos bens comuns, estando, pois, à disposição dos consumidores de forma standardizada.

66. A aquisição desses bens e serviços comuns está sempre vinculada ao menor preço (ou maior desconto, que, na realidade, acaba por refletir mesmo o menor preço), conforme art. 6º, XLI, da novel legislação.

67. Nesta seara, calha transcrever o entendimento de Marçal Justen Filho^[27], para quem o traço caracterizador de um objeto comum é “aquele disponível no mercado, que não apresenta variações significativas de qualidade. Mais precisamente, o objeto comum destina-se a atender necessidades comuns da Administração, de modo que pequenas variações de qualidade se tornam irrelevantes”.

68. É interessante notar que a Lei 14.133/2021 admite também a existência de serviços comuns de engenharia. Estes são definidos como “todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens” (art. 6º, XXI, “a”).

69. Em suma síntese, objetos comuns são objetos padronizados.

70. Em contraposição à noção de bens e serviços comuns, a lei traz, no artigo 6º, XIV, as figuras dos “bens e serviços especiais” conceituados como aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser definidos como comuns, exigida justificativa prévia do contratante demonstrando tal condição.

71. Veja que a Lei não fala apenas em heterogeneidade ou complexidade, mas em *alta* heterogeneidade e complexidade, o que nos leva à conclusão de que objetos de complexidade moderada podem ser também considerados objetos comuns.

72. Joel Menezes Niebuhr^[28], crítico à definição de bens e serviços especiais, explana que um objeto comum pode ser também complexo. Diz o professor:

Comum é algo que se faz com frequência, de maneira usual. É possível que se faça com frequência algo complexo. Se o complexo é realizado com frequência, ele passa a ser, além de complexo, comum. As ideias de complexo e comum não são excludentes. Isso significa que o objeto, ainda que guarde complexidade técnica, pode ser qualificado como comum e ser licitado por meio do pregão. A avaliação depende de cada caso, mas não se pode excluir de antemão o pregão apenas porque o bem ou serviço objeto da licitação revela complexidade. (destacou-se)

73. Embora assista razão ao autor, fato é que a lei atrelou as características de *alta* heterogeneidade e complexidade aos bens e serviços especiais, apartando-os dos bens e serviços comuns.

74. É óbvio que o objeto jurídico identificado pela expressão “alta heterogeneidade e complexidade” não possui precisão matemática, ao contrário: é fluído e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”.

75. Nesta seara, calha citar a tão consagrada metáfora da lavra de Genaro Carrió ^[29]:

há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, frente aos quais não se duvida que a palavra seja aplicável. Há uma imediata zona de obscuridade circundante abrangendo todos os casos em que não se duvida que não se aplique a palavra. O trânsito de uma zona à outra é gradual; entre a total luminosidade e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente ela não começa nem termina em qualquer parte e, sem embargo, existe.

76. Entretanto, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello ^[30], os conceitos vagos (tal como “alta heterogeneidade e complexidade”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência.

77. É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras. Neste caso, estar-se-á diante daquilo que Genaro Carrió denominou de “zona de penumbra”.

78. De qualquer forma, como sempre é possível a construção de um conteúdo mínimo da significação do conceito, nos ateremos ao estudo da “zona de certeza positiva” e da “zona de certeza negativa” dos “bens e serviços comuns”.

79. Indubitavelmente, algumas dúvidas e controvérsias irão surgir, mas não há como negar que a própria lei, ao exigir justificativa apenas para a caracterização de bem ou serviço como especial, dispõe que os objetos adquiridos pela Administração Pública tendem a ser, via de regra, comuns.

80. A generalidade das contratações públicas envolve bens ou serviços comuns, o que nos leva à conclusão de que a contratação de bens e serviços especiais não é o usual.

81. De toda a sorte, quanto à designação de um bem ou serviço como comum, a Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 54/2014 prescreve que “compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

82. Desta forma, o gestor é quem determina se o bem ou o serviço reveste-se da natureza de “comum” e, a partir dessa decisão, o órgão de assessoria jurídica examina qual a modalidade licitatória cabível para o caso apresentado.

IV.2 – DA MODALIDADE PREGÃO

83. O pregão é a modalidade de licitação que a Lei 14.133/2021 elegeu como obrigatória à contratação de bens e serviços comuns.

84. O pregão é definido no art. 6º, XLI, da Lei 14.133/2021, como a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”.

85. Como alerta Alyne Gonzaga de Souza:

“A importância do conceito de bens e serviços comuns reside na correta definição do campo do uso do pregão, conforme apontam os artigos 6º, XLI, e 29^[31] da Lei em referência^[32].”

86. Pois bem, com relação ao pregão, pode-se dizer que a padronização abrange todos os seus aspectos: o objeto licitado^[33], o rito procedimental^[34], as minutas previamente elaboradas pela assessoria jurídica^[35], as sanções a serem aplicadas, etc^[36].

87. Vê-se, desta forma, que inexistente qualquer margem de liberdade quando se tratar de bens e serviços comuns, já que todo o seu processo de contratação está estritamente regulado pela legislação de regência.

88. Aliás, em relação aos próprios contratos, independentemente do objeto a ser adquirido, há uma uniformização contratual, já que as suas cláusulas seguem as minutas-padrão elaboradas e atualizadas pelo órgão de assessoria jurídica.

89. Não foi por outra razão que a novel legislação, no artigo 25, § 1º, determinou que:

Art. 25. (...).

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

90. No caso de bens e serviços comuns, inclusive os serviços comuns de engenharia, essa padronização será sempre permitida e – mais até – *necessária*.

91. Diz-se *necessária* porque a Lei 14.133/2021, em seu art. 19, IV, determina a obrigatoriedade de criação de modelos de minutas de editais, termos de referência, contratos padronizados e outros documentos. Vejamos o teor desse dispositivo:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; (destacou-se)

92. Isto significa que a necessidade de padronização, especialmente para bens e serviços comuns, é relevante, cabendo ao gestor, sempre que viável, utilizar as mesmas regras, as mesmas cláusulas e o mesmo procedimento para todos os seus respectivos contratos.

93. Na esfera federal, essa padronização de editais e demais instrumentos é feita pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos– CNMLC, instituída pela Portaria CGU nº 03, de 14 de junho de 2019.

94. Assim, é de todo salutar a utilização de minutas-padrão, obtendo-se, desta forma, soluções idênticas para objetos estandardizados.

95. Dito isso, vejamos se haveria a possibilidade do uso da arbitragem nesses processos padronizados de contratação de bens e serviços comuns.

IV.3 – A ARBITRAGEM E AS CONTRATAÇÕES DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

96. A Lei nº 14.133/2021 – como já dito - facultou o uso da arbitragem para os contratos administrativos, sem qualquer restrição no que tange ao objeto da contratação, limitando-se a estabelecer que as controvérsias submetidas à arbitragem e a outros meios alternativos de resolução de disputa deverão ser relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, elencando, de forma exemplificativa, questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

97. Nada discorreu sobre quais tipos de contratos (oriundos de pregão ou outras modalidades) poderiam prever cláusulas compromissórias ou futuramente a instituição de arbitragem.

98. Desta forma, poder-se-ia alegar a existência de ampla discricionariedade na fixação da arbitragem para quaisquer contratos, até porque a lei faz uso da seguinte locução “nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados (...)”.

99. O uso do verbo “poderão” dá a entender que existe uma liberdade (discricionariedade), não apenas no que tange à eleição de um método dentre os alternativos de solução de controvérsias, mas na própria possibilidade de se utilizar (ou não) dos aludidos meios.

100. A discricionariedade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello^[37], é a

margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (destacou-se)

101. De fato, a discricionariedade em abstrato pode decorrer do “comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta”^[38]

102. No caso *sub examine*, a discricionariedade encontra-se justamente na liberdade conferida no mandamento da norma, já que, como visto, o art. 151 utiliza-se do vocábulo “poderão”, demonstrando haver uma faculdade na utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias.

103. Assim, em termos abstratos, é inegável a existência de uma margem de liberdade para o gestor no que tange à utilização dos tais métodos alternativos de resolução de conflitos.

104. Entretanto, essa margem de liberdade (discricionariedade) existente na norma pode deixar de existir no caso concreto.

105. Lembre-se: discricionariedade não é arbitrariedade. “Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder”^[39]

106. No mesmo sentido, Tomás Hutchinson^[40] adverte:

Discrecionalidad no significa ‘libertad de elección’. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actualización, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones – sobre todo cuando se trata de normas de programación

final -, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices par el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad^[41]

107. Assim, deve-se analisar qual o sentido, o conteúdo e o alcance do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021.
108. Desta forma, em que pese o dispositivo aparentemente estar aberto à utilização em qualquer hipótese de contratação, relativamente às contratações de bens e serviços comuns, há que se analisar todo o contexto em que se apresenta o instituto da arbitragem.
109. Como já foi dito, quando se trata de arbitragem, busca-se, em princípio, uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada.
110. Cada caso pode - e deve - receber uma solução diferente, pois o que se intenta com a arbitragem é um julgamento especializado, cuidadoso e atento aos detalhes e à complexidade de uma dada contenda. Mesmo esse argumento é questionável, pois o juízo estatal também se pode servir de perito tão ou mais especializado do que um árbitro. Acresça-se a isso o fato de que os tribunais arbitrais possuem diferentes composições, com árbitros especializados em temas diversos (direito marítimo, direito aeronáutico, direito empresarial internacional etc.), o que, obviamente, resulta em decisões muito díspares, conforme a escolha dos árbitros pelas partes.
111. Vê-se, desta forma, que a arbitragem é instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização. A utilização da arbitragem envolve diversos aspectos a serem sopesados e, independentemente do objeto da contratação em si, o caminho da arbitragem passa pela ponderação de atender ou não ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.
112. Em suma, o uso da arbitragem demanda demonstração de que ela é a melhor alternativa dentre as outras soluções possíveis, incluindo a Justiça Comum e a possibilidade de autocomposição. Sem embargo, em situações em que a padronização deve prevalecer, apresentando-se, de certa forma, inerente às próprias características do objeto contratual, é possível, de antemão, presumir-se a inadequação do instituto.
113. Como já mencionado, a arbitragem busca a singularização, ao passo que as contratações de bens e serviços comuns visam exatamente ao oposto: a padronização dos procedimentos e soluções que envolvem tais objetos.
114. Em se tratando de compras, o artigo 40, V, da Lei 14.133/2021, especificamente determina:
- Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:
V - atendimento aos princípios:
a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
115. O princípio da padronização a que alude o dispositivo não é apenas com relação às aquisições em si, mas congrega todos os procedimentos, inclusive os decisórios, que circundam as contratações de bens e serviços comuns.
116. Assim, a padronização almejada diz respeito a todos os aspectos desse tipo de contratação, já que – como visto - não é desejável que os contratos rotineiros da Administração Pública recebam tratamentos díspares.
117. O interesse público caminha, portanto, para que as decisões nessas situações sejam no mesmo sentido, observando-se apenas eventuais peculiaridades do caso concreto.
118. O mesmo entendimento se aplica à contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra – os denominados contratos de terceirização –, em que a necessidade de observância de ritos e decisões uniformes é ainda mais premente.
119. Com efeito, tais contratos podem, inclusive, trazer questões de natureza trabalhista relacionadas aos terceirizados, o que, em geral, por referirem-se a direitos indisponíveis, só podem ser submetidas à Justiça do Trabalho.
120. De fato, os contratos de terceirização subordinam-se a acordos coletivos, convenções coletivas, súmulas trabalhistas e outras regulamentações específicas desta seara.
121. Aliás, tal observação é aplicável a qualquer contrato que tenha como objeto bens e serviços comuns, já que a sua própria natureza é vocacionada – como buscamos demonstrar – a uma intensa padronização, noção antitética, pois, às características da arbitragem e às razões que justificam o uso do instituto.
122. Daí porque a discricionariedade prevista na norma do artigo 151 da Lei 14.133/2021 deixa de existir nos casos em que as contratações versarem sobre bens e serviços comuns, sendo inaplicável, em regra, o uso da arbitragem nessas hipóteses.
123. Valemo-nos, novamente, dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello^[42].

Donde – e é este o ponto a que se quis chegar ao cabo de tudo que foi exposto - em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá ser validamente adotada, nada importando que a norma haja

conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige a adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela.

124. O que se quer dizer é que a discricionariedade residente no artigo 151 da Lei 14.133/2021 já vem conformada pelo próprio sistema de contratações públicas, que identifica as situações em que a padronização é imperiosa.

125. Em outras palavras: quando o dispositivo estabelece que “Nas contratações regidas por esta Lei, *poderão* ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”, a inteligência a ser feita, com base no sistema jurídico de contratações públicas instituído, é a de que *poderão* ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias *apenas* nas hipóteses em que esses métodos sejam compatíveis com a contratação realizada.

126. Pensemos na seguinte situação: um contrato de terceirização de serviços de limpeza, cuja contratação, por imperativo legal, foi realizada na modalidade pregão. A empresa terceirizada está discutindo uma questão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por aumento de determinado insumo. Neste caso, tendo em vista que a demanda versa sobre direito patrimonial disponível, caberia a utilização da arbitragem?

127. Uma resposta apressada seria: como se trata de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a utilização da arbitragem é possível, nos termos do parágrafo único do art. 151 da lei de regência.

128. Entretanto, tal conclusão se sustentaria apenas diante de uma interpretação gramatical, mas jamais de uma interpretação sistemática.

129. Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.^[43], “a letra da norma é apenas o ponto de partida da atividade de interpretação, mas não pode ser o único método hermenêutico utilizado pelo intérprete”.

130. Assim, muito mais importante do que cumprir gramaticalmente o prescrito em lei, é atender sua finalidade, o seu espírito, a razão pela qual ela foi instituída. Só assim é que verdadeiramente se atende à lei.

131. A interpretação sistemática é a técnica que considera o sistema no qual se insere a norma, relacionando-a com outras normas atinentes ao mesmo objeto. É uma técnica de exposição de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até encontrar-lhes o sentido e o alcance. Saliente-se que uma das empreitadas da ciência jurídica consiste em, exatamente, delimitar as conexões sistemáticas entre as normas^[44].

132. Aliás, para Juarez Freitas^[45], a interpretação sistemática é o processo hermenêutico por excelência. Assim, ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou haverá perda substancial no seu conteúdo. Logo, o autor afirma, com os devidos temperamentos, que “a interpretação jurídica é a sistemática ou não é interpretação”.

133. Deveras, a interpretação sistemática é o meio pelo qual se pode vislumbrar o sentido, conteúdo e alcance das prescrições normativas. Uma vez que as prescrições fazem parte de um plexo (sistema), este somente pode ser corretamente compreendido se for percebido em sua inteireza, relacionando as normas entre si.

134. Pois bem, retornando ao caso *sub examine*, a interpretação sistemática nos leva à conclusão de que contratações oriundas da modalidade pregão não podem, em regra, submeter-se à arbitragem, independentemente da lide envolvida.

135. E isso porque, conforme buscamos demonstrar, os princípios da padronização e da economicidade admitem, como única solução, a utilização da via judicial para resolução das contendas surgidas em tais contratos.

136. Logo, ainda que a demanda verse sobre reequilíbrio econômico-financeiro, o contrato de serviço de limpeza não poderá conter cláusula compromissória, assim como não será possível a celebração do compromisso arbitral quanto a conflitos relacionados a esse tipo de ajuste.

137. Outrossim, e por decorrência de todo o exposto, os contratos oriundos da modalidade pregão não poderão ser aditados para incluir a adoção a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, como preconiza o art. 153^[46] da Lei 14.133/2021.

138. A mesma leitura do vocábulo *poderão* do art. 151 se estende ao art. 153 da novel legislação, ou seja, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias se tais métodos se apresentarem, de fato, compatíveis com as características de determinado tipo de contratação.

139. Assim, verifica-se, *a priori*, uma incompatibilidade da adoção do instituto da arbitragem para a resolução de eventuais conflitos relacionados a contratos administrativos cujo objeto referem-se a bens e serviços comuns, de forma a prestigiar a padronização dos procedimentos e soluções que envolvem tais objetos.

V - CONCLUSÃO

140. Ante todo o exposto, conclui-se que:

a) a Lei 14.133/2021, nos artigos 151 a 154, possibilitou a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia aos contratos administrativos sob sua regência;

b) a opção pela arbitragem não está prevista na norma como obrigatória, mas como uma faculdade para a Administração, e não serve para resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público;

c) busca-se com a arbitragem uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada;

d) nas contratações de bens e serviços comuns, a arbitragem apresenta-se um instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização, não cabendo, em regra, para contratações de bens e serviços comuns, incluídos os contratos de terceirização;

e) caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de convenção de arbitragem de acordo com a complexidade e especificidades do caso que demandariam celeridade e alta *expertise* por parte dos julgadores, sem contar a necessidade de esclarecer o motivo de um perito judicial não atender essa demanda de *alta expertise*; e

f) a justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima quando atender ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.

141. Diante do exposto, feitas estas considerações acerca do instituto da arbitragem no âmbito da Lei 14.133/2021, submete-se esta manifestação à análise da Coordenadora do NEA e do Coordenador da CNMLC.

À consideração superior.

Brasília, 30 de junho de 2022.

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar
Advogada da União

Carolina Zancaner Zockun
Procuradora da Fazenda Nacional

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 90795000032202131 e da chave de acesso 67cffb12

Notas

- ¹ [^](#) *CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.*
- ² [^](#) *GARCIA, Flávio Amaral. A arbitragem na Administração Pública estadual e o Decreto do Rio de Janeiro. Revista Eletrônica OAB/RJ. Edição Especial de Infraestrutura. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em 04.06.2020.*
- ³ [^](#) *No entanto, é possível verificar uma evolução na jurisprudência da Corte de Contas que passou a permitir a arbitragem envolvendo o Poder Público a partir das seguintes decisões: Acórdão 1.330/2007 – Plenário, Acórdão 157/2012 - Plenário e Acórdão 2.145/2013 – Plenário. Vale mencionar que, quanto à Administração direta, o entendimento do Tribunal de Contas acompanhou a promulgação de permissivos legais específicos, que autorizavam a arbitragem envolvendo a Administração Pública em determinados setores. Por sua vez, o referido entendimento se consolidou com a reforma da Lei de Arbitragem que, admitindo a utilização do instituto nos conflitos derivados de contratos administrativos de forma geral, supriu e cumpriu a exigência legal posta pelo TCU.*
- ⁴ [^](#) *TONIN, Maurício Morais. A solução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 23.03.2021. LinkedIn: @Maurício Morais Tonin. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/solu%C3%A7%C3%A3o-de-conflitos-na-nova-lei-licita%C3%A7%C3%B5es-e-mauricio-morais-tonin/?originalSubdomain=pt>. Acesso em: 02.09.2021.*
- ⁵ [^](#) *SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 29.*
- ⁶ [^](#) *OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Quem tem medo da solução negociada e de conflitos da nova Lei de Licitações? 13.06.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maoadas-rumo-transformacao-digital>. Acesso em: 29.29.2021.*
- ⁷ [^](#) *MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem e PPPs. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 114/115.*
- ⁸ [^](#) *SALLES, Op. cit. p. 109.*
- ⁹ [^](#) *GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e processo arbitral, São Paulo: Atlas, 2009. E-book Kindle.*
- ¹⁰ [^](#) *CARMONA. Op.cit.. p. 79.*
- ¹¹ [^](#) *MARTINS, Pedro Batista. Autonomia da cláusula compromissória. 2018. Batista Martins Advogados. Disponível em: <http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf>. Acesso em 09.12.2021.*
- ¹² [^](#) *Contudo, acrescenta Pedro Batista Martins que “o princípio da autonomia não tem, porém, o condão de imunizar por completo a cláusula compromissória dos vícios que possam macular o contrato. De fato, existirão nulidades que por sua natureza propagarão seus efeitos, impiedosamente, sobre a cláusula arbitral. É o caso da incapacidade do agente. Tanto é verdade que o próprio art. 8º da lei brasileira estabeleceu que o vício do contrato não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. A interpretação a contrario sensu nos leva a essa afirmação.*

13. [^] CRUZ, Elisa Schmidlin. *A dinâmica de custeio das arbitragens público-privadas institucionais: compartilhamento de despesas e incentivos de cooperação*. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 177.
14. [^] *A título de exemplo, a página eletrônica do NEA/AGU dá conta dos valores para instauração de uma arbitragem, informando que os custos podem, tranquilamente, passar de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Para mais dados, vide <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea>. Também como exemplo para fins de ilustrar valores relacionados ao procedimento arbitral, é possível se consultar as “tabelas de cálculo das despesas administrativas e dos honorários do árbitro” da Câmara Internacional de Arbitragem da CCI (uma das mais respeitadas instituições arbitrais). Trata-se do apêndice III do Regulamento de Arbitragem da CCI, disponível em <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.*
15. [^] AMARAL, Paulo Osternack. *Vantagens, desvantagens e peculiaridades envolvendo a arbitragem com o Poder Público*. In: TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, César Augusto Guimarães (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 341/343.
16. [^] *No estudo promovido pela Queen Mary University of London e pela banca White & Case “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” 68% citaram os custos da arbitragem como uma das três piores características da arbitragem internacional. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf Acesso em 15.12.2021.*
17. [^] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 672/673.
18. [^] *Nem todas as câmaras atrelam os valores de honorários de árbitro ao valor da causa. A Câmara do Mercado, por exemplo, tem um valor fixo de 850 reais por hora trabalhada do árbitro, não fazendo referência ao valor da causa. A tabela de custas e honorários pode ser encontrada em <https://www.camaradomercado.com.br/pt-BR/arbitragem-custas-e-despesas.html>.*
19. [^] *Assim como ocorre na jurisdição estatal, a limitação à emissão de decisões de cunho pecuniário contra a Administração Pública. Trata-se de limitação constante dos arts. 100 e 167 da Constituição Federal, cujo objetivo é proteger e organizar o orçamento público contra eventos inesperados e fora da esfera de controle do Poder Executivo. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ - REsp: 1870456 SP 2020/0084261-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 02/06/2020).*
20. [^] SALLES, Op. cit., p. 56.
21. [^] *Nesse sentido, o Decreto n. 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, estabelece as hipóteses nas quais a Administração Pública Federal deve optar pela arbitragem, preferencialmente: Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º **Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.**(...)*
22. [^] *Código de Processo Civil Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*
23. [^] *Neste sentido, assevera Carlos Alberto Salles que a arbitragem não se apresenta “como um remédio para todas as situações de conflito nas quais a Administração se veja envolvida”. É sim possível “que esse instrumento vir a ser útil em determinados contextos, sobretudo em matéria contratual, e, muito especialmente, naqueles casos em que se pretenda atrair recursos privados para atividades do Estado, situações nas quais a solução arbitral pode representar garantia de uma solução adequada para eventuais controvérsias que possam surgir”. Op cit. p. 148.*
24. [^] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 143.
25. [^] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 108.
26. [^] TONIN. Op cit.
27. [^] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 443.
28. [^] NIEBURH, Joel Menezes. *A proibição contida no Decreto federal 10.024/2019*. Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=15508
29. [^] *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990, p. 34. No original: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe”.
30. [^] BANDEIRA DE MELLO. *Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª ed., 2003, pp. 22-26.
31. [^] *Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.*
32. [^] SOUZA, Alyne Gonzaga de. *Comentários ao art. 6º, XIII*. In: SARAI, L. (org). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 137.

33. [^] Como visto, o objeto deverá ser sempre um bem ou um serviço comum.
34. [^] O rito procedimental está previsto no art. 17 combinado com o artigo 29, ambos da Lei nº 14.133, de 2021, que dispõem: Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação. Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.
35. [^] A necessidade de padronização por meio de minutas está contemplada nos artigos 19, IV, e 25, § 1º, da Lei 14.13/2021, nos seguintes termos: Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;
36. [^] Veja que a padronização atinge também as penalidades envolvidas, conforme artigo 25, caput e § 1º, da Lei nº 14.133, de 2021: Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. § 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.
37. [^] BANDEIRA DE MELLO, Op. cit., p. 48.
38. [^] BANDEIRA DE MELLO, Op. cit., p. 19.
39. [^] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 173.
40. [^] HUTCHINSON, Tomás. *Principio de Legalidad. Discrecionalidad y Arbitrariedad*. Revista Jurídica de Buenos Aires. Buenos Aires: Abeledo-Perrot - LexisNexis, 2005, p. 317.
41. [^] “Discrecionalidade não significa 'liberdade de escolha'. A Administração não escolhe livremente uma opção específica, pois, como poder sempre dirigido pela lei, deve orientar-se segundo os parâmetros estabelecidos na lei e no seu mandato de atualização, ponderando-os de forma autônoma no quadro da autorização concedida. Estes parâmetros são constituídos, em primeiro lugar, pelos objetivos ou finalidades dedutíveis da autorização contida na lei e que, por vezes - sobretudo quando se trata de regulamentos finais de programação -, nela constam expressamente sob a forma de orientações para o exercício do poder discricionário atribuído. A estes parâmetros juntam-se os da Constituição, nomeadamente os direitos fundamentais e os princípios da proporcionalidade e da igualdade”. (tradução nossa)
42. [^] BANDEIRA DE MELLO, Op. cit., p. 44.
43. [^] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 284-285.
44. [^] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico V – 2*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 889.
45. [^] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73-74.
46. [^] Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.



Documento assinado eletronicamente por ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO BRANCO DE ALENCAR, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 877922492 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO BRANCO DE ALENCAR, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 30-06-2022 20:09. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 877922492 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 30-06-2022 19:58. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CAMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CNMLC/DECOR/CGU
DESPACHO n. 00006/2022/CNMLC/CGU/AGU

NUP: 90795.000032/2021-31

INTERESSADOS: UNIAO/ADVOCACIA GERAL DA UNIAO - AGU

ASSUNTOS: ARBITRAGEM

1. Estou de acordo com o PARECER n. 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU, o qual foi aprovado por esta Câmara na Reunião Colegiada feita em 30 de junho de 2022.

2. Encaminho o feito à deliberação superior do Sr. Diretor de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos e da Sra. Coordenadora do NEA.

Brasília, 01 de julho de 2022.

HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES
Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 90795000032202131 e da chave de acesso 67cffb12



Documento assinado eletronicamente por HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 925284085 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-07-2022 14:34. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO n. 00317/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 90795.000032/2021-31

INTERESSADOS: NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM E CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTOS: ARBITRAGEM. LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/2021, ARTIGOS 151 A 154.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho n. 6/2022/CNMLC/CGU/AGU, do Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, o Parecer n. 7/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU, acolhido pela CNMLC/CGU e elaborado em conjunto com o Núcleo Especializado em Arbitragem da Consultoria-Geral da União.

2. Consolide-se, por conseguinte, o entendimento no sentido de que, em regra, na esteira do que dispõe o § 1º do art. 92 da Lei n. 14.133, de 2021, os contratos administrativos devem indicar o foro (de jurisdição estatal) da sede da Administração para dirimir litígios relacionados a relações contratuais celebradas com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior.

3. Não obstante, a Lei n. 14.133, de 2021, admite expressamente, em caráter discricionário e facultativo, a possibilidade jurídica de adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias, a exemplo da arbitragem, aplicável para conflitos referentes 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, parágrafo único).

4. A discricionariedade administrativa conferida aos gestores públicos não representa, entretanto, absoluta liberalidade para adoção de quaisquer das medidas em tese admitidas pela lei, decorrendo, na verdade, da impossibilidade prática de o legislador em abstrato eleger a medida administrativa mais adequada diante das potenciais peculiaridades que podem ocorrer em cada caso concreto, o que pode admitir a adoção de soluções administrativas distintas a depender de detida análise de cada situação específica. Desta maneira, a discricionariedade administrativa conferida por lei aos gestores não se presta para legitimar a adoção de atos dissociados das aspirações da coletividade, pelo contrário, o instituto da discricionariedade se destina justamente para assegurar com máxima efetividade a persecução dos interesses da sociedade e reclama que o gestor, diante das especificidades de cada situação concreta, adote, invariavelmente, dentre as medidas juridicamente possíveis, a providência administrativa ótima, que melhor resguarde o interesse público.

5. Nestes termos, a pactuação de convenção arbitral em sede de contratos administrativos regidos pela Lei n. 14.133, de 2021 (arts. 151 a 154), é providência discricionária que demanda motivação por parte do gestor responsável, que deve justificar a adequação da medida diante dos custos, benefícios, da especialidade, da singularidade, da alta complexidade, da celeridade, dentre outros fatores que porventura recomendem que a resolução de controvérsias no caso concreto seja excluída da jurisdição estatal.

6. Em princípio, considerando que a adoção da convenção arbitral se vocaciona essencialmente para a célere resolução de divergências de alta complexidade, que demandem conhecimentos técnicos especializados e singulares, a solução de conflitos relativos a contratações de bens e serviços comuns, incluindo os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (terceirização), deve ficar submetida, ao menos em regra, à jurisdição estatal, salvo decisão motivada em sentido diverso que decline as razões da derrogação da jurisdição estatal, uma vez que referenciados objetos estão submetidos a cláusulas padronizadas e a procedimentos uniformes de gestão e fiscalização, consoante preconizam o art. 19, incisos II e IV, o art. 25, § 1º, o art. 53, § 5º, dentre outras disposições esparsas da Lei n. 14.133, de 2021, desta maneira, as soluções para as contendas que sejam decorrentes desses contratos administrativos ordinários também reclamam padronização, que se consolida mediante atuação das instâncias recursais e estabilização da jurisprudência, a bem da promoção da segurança jurídica.

7. Caso acolhido, **(a)** confira-se ciência às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no município de São José dos Campos, ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas e Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da Consultoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil; e **(b)** junte-se cópia da manifestação ora acolhida e dos subsequentes Despachos de aprovação ao NUP 00688.000716/2016-43, em que são registradas as atividades desenvolvidas pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União.

Brasília, 04 de julho de 2022.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOCADO DA UNIÃO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 90795000032202131 e da chave de acesso 67cffb12



Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 926239534 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-07-2022 16:44. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM
COORDENAÇÃO NEA

RUA BELA CINTRA, 667 - 9º ANDAR - BAIRRO CONSOLAÇÃO CEP: 01.415-003 - SÃO PAULO - SP

DESPACHO n. 00132/2022/CORDNEA/NEA/CGU/AGU

NUP: 90795.000032/2021-31

INTERESSADOS: UNIAO/ADVOCACIA GERAL DA UNIAO - AGU

ASSUNTOS: ARBITRAGEM

1. Ciente e de acordo com o PARECER n. 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU, pelos seus próprios fundamentos.
2. Ciente ainda do DESPACHO N. 00317/2022/DECOR/CGU/AGU, que aprovou, nos termos do Despacho n. 6/2022/CNMLC/CGU/AGU, do Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, o Parecer n. 7/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU, acolhido pela CNMLC/CGU e elaborado em conjunto com o Núcleo Especializado em Arbitragem da Consultoria-Geral da União.
3. Submeto este processo à apreciação do Sr. Consultor-Geral da União.

São Paulo, 11 de julho de 2022.

PAULA BUTTI CARDOSO
RESPONSÁVEL PELO NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 90795000032202131 e da chave de acesso 67cffb12



Documento assinado eletronicamente por PAULA BUTTI CARDOSO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 932762023 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULA BUTTI CARDOSO. Data e Hora: 11-07-2022 14:11. Número de Série: 17221088. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE IFONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00399/2022/GAB/CGU/AGU

NUP: 90795.000032/2021-31

INTERESSADOS: NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM E CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: ARBITRAGEM. LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/2021, ARTIGOS 151 A 154.

Exmo. Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 317/2022/DECOR/CGU/AGU, do Despacho nº 6/2022/CNMLC/CGU/AGU, e do DESPACHO n. 00132/2022/CORDNEA/NEA/CGU/AGU, o Parecer nº 7/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU.
2. Caso acolhido, oficie-se, pelo Gab/CGU, à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Após, restitua-se o feito ao DECOR/CGU para cumprimento das providências remanescentes.

Brasília, 11 de julho de 2022.

(assinado eletronicamente)
ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 90795000032202131 e da chave de acesso 67cffb12



Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 932866626 e chave de acesso 67cffb12 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 11-07-2022 15:01. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO Nº 363

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 90795.000032/2021-31

INTERESSADO: NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM E CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: ARBITRAGEM. LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LEI 14.133/2021, ARTIGOS 151 A 154..

APROVO, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00399/2022/GAB/CGU/AGU, do Despacho nº 00132/2022/CORDNEA/NEA/CGU/AGU, datados de 11 de julho de 2022, do Despacho nº 00317/2022/DECOR/CGU/AGU, de 04 de julho de 2022, e do Despacho nº 00006/2022/CNMLC/CGU/AGU, de 01 de julho de 2022, o Parecer nº 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU, de 30 de junho de 2022.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências decorrentes.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

BRUNO

BIANCO LEAL

BRUNO BIANCO LEAL

Assinado de forma
digital por BRUNO
BIANCO LEAL
Dados: 2022.08.24
20:01:38 -03'00'