

A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “*Dispute Boards*” no Brasil

CRISTIANA FORTINI

Pós-doutorado/Estágio Sênior (bolsa Capes) na George Washington University

Doutora em Direito pela UFMG

Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem

Vice Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)

Professora da Graduação e Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da UFMG

Professora da Faculdade Milton Campos

Diretora Regional do Instituto Brasileiro de Infraestrutura- IBEJI

Advogada do escritório “Carvalho Pereira, Fortini Advogados”

FELIPE ALEXANDRE SANTA ANNA MUCCI DANIEL

Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG

Professor do curso de Direito do Centro Universitário UNA

Diretor Jurídico da Superintendência de Desenvolvimento da Capital – Município de Belo Horizonte

Sumário: 1. Introdução; 2. Os novos instrumentos de consensualidade no Direito Administrativo Brasileiro; 3. A consensualidade no âmbito dos contratos administrativos; 4. O surgimento dos “*Dispute Boards*” no Brasil: nova forma de resolução consensual de conflitos na Administração Pública; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto dos “*dispute boards*” no contexto das novas formas de solução de conflitos surgidos no âmbito dos contratos administrativos. Para tanto, os autores inicialmente analisam o desenvolvimento das técnicas de consensualidade em contratos celebrados pela Administração Pública no Direito Europeu e Brasileiro. Neste ponto, é feita análise doutrinária a respeito das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, concluindo-se que tanto na Europa quanto no Brasil há movimento em prol da superação da unilateralidade pela consensualidade em tais contratos. Neste influxo de mudanças é que se incluem os “*dispute boards*”, ao lado de outros instrumentos de *Alternative Dispute Resolution* – ADR. É feita a análise do surgimento do instituto com sua aplicação no âmbito da construção civil e sua incorporação aos modelos de resolução de conflitos da Administração Pública. No Brasil, é analisada a regulamentação do instituto na Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018 (Município de São Paulo) e Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020 (Município de Belo Horizonte), bem como a expectativa de sua previsão na

Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos. Nas respectivas leis municipais são criados Comitês de Resolução de Disputas, podendo atuar inclusive de forma preventiva à ocorrência de conflitos, o que torna a medida mais efetiva em relação às demais ADRs. No texto, são explicados os modelos possíveis de Comitês de Disputas: o de Revisão (que expede recomendações); o de Adjudicação (que profere decisões a serem ratificadas pelos contratantes) e o misto. Em todos eles, a decisão final é dos contratantes, que podem optar por aceitar a recomendação/decisão ou recorrer ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia. Conclui-se, pois, que vem sendo ampliada a adoção dos “Dispute Boards” no Direito Brasileiro e no Direito Europeu e que sua utilização contribui de forma efetiva para a resolução dos conflitos entre contratantes. Além disso, a aplicação dos Dispute Boards colabora com o aumento da consensualidade de que devem se revestir as relações contratuais, tendo plena compatibilidade com a busca do interesse público.

Palavras-chave: *Contratos Administrativos – Resolução de Conflitos – Dispute Boards.*

Abstract: This article aims to analyze the institution of “dispute boards” in the context of new forms of conflict resolution that have arisen in the scope of administrative contracts. To this end, the authors initially analyze the development of consensual techniques in contracts signed by the Public Administration in European and Brazilian law. At this point, a doctrinal analysis is made regarding the exorbitant clauses of administrative contracts, concluding that both in Europe and in Brazil there is a movement in favor of overcoming unilateralism by consensuality in such contracts. This influx of changes includes “dispute boards”, alongside other Alternative Dispute Resolution - ADR instruments. An analysis is made of the emergence of the institution with its application within the scope of civil construction and its incorporation into the models of conflict resolution of the Public Administration. In Brazil, regulation of the institution is analyzed in Municipal Law nº 16.873, of February 22, 2018 (Municipality of São Paulo) and Municipal Law nº 11.241, of June 19, 2020 (Municipality of Belo Horizonte), as well as the expectation of its prediction in the National Law for Bids and Administrative Contracts. In the respective municipal laws, Dispute Resolution Committees are created, which can even act in a preventive way in relation to the occurrence of conflicts, which makes the measure more effective in relation to the other ADRs. In the text, the possible models of Dispute Committees are explained: the Review Committee (which issues recommendations); the Adjudication (which proffers decisions to be ratified by the contractors) and the mixed. In all of them, the final decision rests with the contractors, who can choose to accept the recommendation/decision or resort to the Judiciary to resolve the dispute. It is concluded, therefore, that the adoption of “Dispute Boards” in Brazilian and European Law has been expanded and that their use contributes effectively to the resolution of conflicts between contractors. In addition,

the application of Dispute Boards helps to increase the consensus that contractual relations must take on, being fully compatible with the pursuit of the public interest.

Keywords: *Administrative Contracts – Conflict Resolution – Dispute Boards.*

1. Introdução

O entendimento de que o interesse público há de ser protegido por meio de uma postura agressiva, litigiosa, por vezes unilateral, pautada pelo preconceito de que a convergência com o privado revela incúria com o trato da coisa pública, é tradicionalmente adotado pela Administração Pública no bojo dos seus conflitos.¹ Mas há algum tempo, reconhece-se que a salvaguarda do interesse público não colide com o diálogo e a construção de pontes entre privados e entidades integrantes do aparato estatal.

Em lugar de uma unilateralidade ultrapassada, resquício de características ligadas ao momento de surgimento do Direito Administrativo e à centralidade do ato administrativo, leis mais recentes, orientadas pela doutrina, têm se ocupado de impulsionar a Administração Pública à consensualidade e à participação do privado no processo decisório.

No Direito Europeu, já se vem percebendo maior destaque para os ajustes. Fala-se na nova Administração por contratos ou Estado contratante (Contracting State). Nas palavras de Pedro Costa Gonçalves:

Chegamos ao terceiro período – que se estende até os dias de hoje, tendo-se iniciado há quase meio século –, que se distingue pela forte expansão das regulamentações dirigidas aos contratos públicos e, nos últimos anos, por uma verdadeira generalização do contrato nas relações administrativas.

(...)

Fala-se, com inteiro cabimento, de um novo modelo de Estado, o Estado contratante (Contracting State), que encontra no consenso e no acordo os instrumentos centrais da ação pública.²

¹ Cristiana Fortini, *Solução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública: o hoje e o porvir*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica> Consulta em: 11/03/2021.

² Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 82.

O referido autor, ao tratar da evolução histórica da contratação pública na Europa, destaca que no período do século XIX até a década de 70 havia completa rejeição ao emprego do contrato, partindo-se do pressuposto de que “não faz sentido contratar o que se pode impor.”³ No período mais recente (particularmente nos últimos 50 anos, segundo o autor) têm-se observado a maior incidência de contratos como forma de exercício dos poderes públicos de autoridade. Trata-se de alinhamento com uma ideologia anti-hierárquica, com substituição de mecanismos de “*command-and-control*” pelo diálogo, a negociação e o consenso.⁴

Essa atuação contratualizada da Administração com os particulares pode envolver tanto o acordo substitutivo do ato administrativo unilateral ou a formação de acordo como preparação para a prática de um ato administrativo unilateral.⁵

A busca por ajustes não se resume ao *modus operandi* por meio do qual se executam as atividades estatais. Também no que diz respeito à solução de conflitos entre privados e entes da Administração Pública, percebe-se o crescente incremento das técnicas que enaltecem a consensualidade. Mais

³ “Este período é marcado pela negação ou recusa liminar da aplicação do contrato na esfera da administração de autoridade: a atribuição de uma competência a um órgão da Administração para produzir efeitos jurídicos por decisão unilateral (impor, proibir, mas também autorizar, conceder) afasta a possibilidade do contrato. No exercício dos seu poder de autoridade, o Estado não negocia, afirmava-se, com convicção, por toda a Europa (“Der Staat pactiert nicht”, escrevia Otto Mayer, em 1900)”. Idem, p. 81.

⁴ “Contra a ideia, já antiga, mas ainda com ilustres defensores, de que “não faz sentido contratar o que se pode impor”, encontra-se hoje consagrado, entre nós e em leis de vários países, o princípio de que a Administração pode utilizar o contrato como forma de exercício de poderes públicos de autoridade. O contrato surge, assim, como uma forma de atuação alternativa ao ato e ao regulamento administrativo ou como um processo que se combina com tais figuras de ação pública unilateral na modelação de relações jurídicas administrativas. Esta utilização do contrato concilia-se com uma “ideologia anti-hierárquica”, a qual, advogando a substituição dos mecanismos de “*command-and-control*”, tem o efeito de alargar o campo de ação do diálogo, da negociação e do consenso”. Idem, p. 108.

⁵ “Já no caso de suas relações com os particulares, a Administração Pública concertada possui instrumentos de atuação pactuada, seja em situações em que o acordo com os interessados se formalizará em um contrato substitutivo de um ato administrativo, seja naquelas em que será veiculado em preparação à prática de um ato unilateral, em verdadeira “contratualização do ato administrativo””. Eurico Bittencourt Neto, *Concertação Administrativa Interorgânica. Direito Administrativo e Organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 253.

atualmente tem ganhado espaço no âmbito do Poder Público as chamadas “*dispute boards*”, método de solução de conflitos contratuais que implica formação de Comitês Técnicos independentes que podem substituir a decisão administrativa unilateral no processo de solução de conflitos contratuais entre Administração-contratante e Empresa-contratada.

A técnica foi recentemente implantada pelo Município de São Paulo pela Lei nº 16.873, de 2018, e pelo Município de Belo Horizonte por meio da Lei nº 11.241, de 2020. Nela, há previsão da criação do Comitê de Revisão, o Comitê de Adjudicação e o Comitê Híbrido, com o objetivo de emitir recomendação e proferir decisão, conforme o caso, para a solução do conflito contratual. O Comitê é formado de forma heterogênea, com participação de representantes indicados pela Administração, pela empresa-contratada e representantes de ambas as partes. As soluções tomadas por ele podem ter caráter vinculante ou não, conforme o caso. O modelo já é, na essência, utilizado em diversos contratos de Parcerias Público-Privadas, com destaque para a concessão administrativa que envolve a construção e a gestão de atividades diversas no Complexo Prisional em Minas Gerais (clausula 36).⁶ Ali denominada de comissão técnica, a ela se atribuem competências para dirimir divergências técnicas entre as partes. Seus membros, que cumprirão mandato e serão indicados pelas partes (um por cada parte e um terceiro de comum acordo), têm o compromisso de pronunciar-se por meio de parecer. Dissensos entre os integrantes são resolvidos por maioria, cumprindo ao membro que foi indicado de forma convergente pelas partes o voto de minerva.

O contrato ainda aposta na autocomposição a despeito de eventual inefetividade de uma das partes com o pronunciamento da comissão técnica. Embora preveja que a não aprovação do parecer autoriza a parte insatisfeita a acionar a arbitragem, o contrato insiste nos diálogos diretos entre as partes, no que ali se convencionou rotular como etapa de “solução amigável”.

⁶ Minas Gerais, *Contrato de Concessão Administrativa para construção e gestão de complexo penal na Região Metropolitana de Belo Horizonte, celebrado entre o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, com a interveniência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Gestores Prisionais Associados S/A – GPA*. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/ Penal/Contrato%20e%20 Extrato%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20PPP%20Complexo%20Penal.pdf> Consulta em: 11/03/2021.

Como já dito anteriormente, “*as partes contratantes são mais aptas a encontrar uma solução viável para a controvérsia concreta, razão pela qual deve ser mais valorizada a autocomposição*”, pelo que não devem:

ceder a terceiro estranho à lide a capacidade de resolver um problema que elas próprias poderiam solucionar, houvesse sobretudo menos resistência a uma cultura extrajudicial de resolução de controvérsias. Neste diapasão, além de desprestigiarem a si próprias como hábeis a perseguir um desfecho, inclusive porque são as que mais condições e conhecimento reúnem sobre os episódios, as partes enaltecem a voz de um personagem alheio às nuances e que, por estar até então à margem dos eventos, tem o desafio de primeiro tentar assimilar o ocorrido, para só depois, tentar solucionar a lide. E, ainda, a solução apontada pelo terceiro pode não contentar nenhuma das partes e pode inclusive ser totalmente alheia às necessidades da realidade fática, máxime considerando a complexidade dos contratos de concessão administrativa – comuns ou especiais. Logo, quando as partes em conflito se assenhoram da prerrogativa de edificar elas próprias a solução, a partir da convergência e do entendimento mútuo, ainda que com a relevante contribuição de um terceiro a quem cabe ajudar a pavimentar o caminho, mas sem ditá-lo, opera-se uma significativa alteração no *modus operandi*, de forma abrir mão de uma solução que poderia ser a melhor para ambas as partes, nos termos da teoria do ganha-ganha da autocomposição dos conflitos.⁷

No presente artigo, pretende-se adentrar na análise da figura do “*dispute board*”, com especial atenção às recentes leis publicadas pelos Municípios de São Paulo e Belo Horizonte. Ao final, apresentar-se-ão as críticas para a melhoria do modelo e sua adaptação ao processo administrativo brasileiro.

2. Os novos instrumentos de consensualidade no Direito Administrativo Brasileiro

Os processos decisórios da Administração Pública historicamente foram centralizados em atos administrativos unilaterais. Todavia, percebe-se

⁷ Cristiana Fortini, *Solução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública: o hoje e o porvir*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Consulta em: 10/03/2021.

atualmente a defesa da consensualidade pela doutrina administrativista sob o influxo dos princípios democráticos e da constitucionalização do Direito Administrativo. A Administração está autorizada a lançar mão de decisões concertadas até em atividades em que o poder extroverso se mostra mais presente, à semelhança do que ocorre nos Termos de Ajustamento de Conduta praticados no exercício do poder de polícia em ambiente regulatório e na reação à prática de condutas consideradas corruptas.⁸

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, o sentido da substituição da decisão unilateral pelo acordo está exatamente no aproveitamento dos benefícios do contrato no que tange à pacificação social, com base no respeito à confiança que advém da consensualidade. Além disso, segundo o autor, no âmbito da contratualidade é possível se alcançar maior celeridade e eficiência nas medidas almejadas.⁹

Neste cenário, a legislação brasileira vem fomentando a busca da consensualidade no âmbito da Administração Pública. Pode-se encontrar como uma das primeiras referências de solução consensual de conflitos o Termo de Ajustamento de Conduta, inserido na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei que Institui a Ação Civil Pública) pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Prevê o art. 5.º, § 6.º da citada norma: “§ 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

No âmbito das Agências Reguladoras também existem acordos substitutivos da sanção. A Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998 trouxe o “*Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta*” em seu art. 29 e 29-A, hipótese em que se admite a suspensão do processo administrativo de penalidade quando a operadora assume determinados compromissos previstos em Lei.

Também no caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (chamada Lei antitruste) instituiu o sistema brasileiro de defesa da concorrência.¹⁰ Ela prevê em seus arts. 86

⁸ Acordos de leniência de que cuidam os artigos 16 e 17 da Lei 12846/13 são importante exemplo.

⁹ Fernando Dias Menezes Almeida, *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 298.

¹⁰ Importante destacar que a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, alterada pela Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000, já estabelecia a possibilidade de celebração de acordos de leniência substitutivos da ação punitiva da Administração: “Art. 35-B. A União, por intermédio da

e 87 o “programa de leniência”, por meio do qual se permite ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 a 2/3 da pena.

Atualmente, é possível identificar mecanismos extrajudiciais de solução adequada de conflitos, que se dividem em dois grandes grupos: (i) auto-compositivos, que envolvem a solução dos conflitos pelas próprias partes, aí incluindo-se a negociação, a conciliação e a mediação. Na negociação, as próprias partes resolvem o conflito entre elas, enquanto na conciliação e mediação há a escolha de um terceiro que contribuirá para o diálogo entre as partes. (ii) heterocompositivos, quando se elegem terceiros para o processo de tomada de decisão, grupo no qual se inclui a arbitragem.¹¹

A arbitragem possui regulamentação na Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, alcançando conflitos envolvendo a Administração Pública a partir da Lei n.º 13.129, de 2015 que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se, conforme já se viu anteriormente, de técnica de solução de conflito heterocompositiva, por meio da qual as partes elegem um Tribunal Arbitral para decidir conflitos advindos de determinada relação jurídica.¹²

A busca de decisões negociadas, resultantes de autocomposição, nos conflitos envolvendo a Administração Pública é a tônica da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (que regulamenta a mediação). A referida Lei prevê em seu art. 32 a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, as quais possuem as seguintes atribuições:

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

SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais co-autores da infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” Brasil, Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 (revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm Consulta em: 10/03/2021.

¹¹ Neste sentido: Adriana Goulart Sena, *Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf Consulta em: 28/03/2021.

¹² Brasil, Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Consulta em: 20/03/2021.

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

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.¹³

Neste mesmo sentido, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual fez significativas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), prevê a possibilidade de a Administração celebrar acordo (compromisso) com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.¹⁴

No ano de 2020, o Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, órgão pertencente ao Superior Tribunal de Justiça, promoveu sua I Jornada de Direito Administrativo, por meio da qual foram editados diversos enunciados a respeito de diversos temas do Direito Administrativo, com a participação da autora do presente artigo, Cristiana Fortini, na condição de Coordenadora Científica de um dos Grupos Temáticos. Dentre eles, destacam-se cinco enunciados que se relacionam mais especificamente com o presente trabalho:

¹³ Brasil, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Consulta em: 10/03/2021.

¹⁴ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.” BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm Acesso em: 02/07/2019.

- a) O enunciado nº 10 estabelece que a Administração Pública pode, por meio de Termo Aditivo, incluir em seus contratos administrativos instrumentos extrajudiciais de resolução de resolução e conflitos, tais como mediação, arbitragem e dispute boards;¹⁵
- b) A respeito da arbitragem, reconheceu-se por meio do Enunciado nº 15 a necessidade de sua publicidade por força do que dispõe a Lei nº 12.527, de 2011;¹⁶ o enunciado nº 18, por sua vez, reconhece a possibilidade de utilização da arbitragem ainda que omisso o Edital da Licitação que deu origem ao respectivo contrato administrativo;¹⁷ e o enunciado nº 39 fixa o entendimento de que a indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não depende de seleção pública formal, embora dependam de fundamentação prévia e por escrito.¹⁸
- c) No que tange às controvérsias surgidas quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o Enunciado nº 19 reconhece a possibilidade de utilização de meios extrajudiciais de resolução prevenção e resolução de disputas, em especial a mediação, a conciliação, o *Dispute Board* e a arbitragem.¹⁹

¹⁵ “Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.” BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Administrativo. Enunciados Aprovados*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a Consulta em: 20/03/2021.

¹⁶ “Enunciado 15. A Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).” Idem.

¹⁷ “Enunciado 18. A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.” Idem.

¹⁸ “Enunciado 39. A indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes.” Idem.

¹⁹ “Enunciado 19. As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de

Veja-se que os enunciados fazem referência expressa à possibilidade de adoção das técnicas extrajudiciais de resolução de disputas no Brasil, tanto aquelas para as quais já há legislação específica (mediação e arbitragem) quanto em relação ao Dispute Board, instrumento do qual trata o presente artigo.

O surgimento de tais instrumentos legais que prestigiam a consensualidade na resolução conflitos harmoniza-se ao movimento de releitura do Direito Administrativo, destacando-se a consensualidade como importante avanço à postura unilateral. Se assim acontece até mesmo em ambientes tão carregados de poderes extrovertidos, não pode e não deve ser diferente na esfera contratual.

3. A consensualidade no âmbito dos contratos administrativos

Na linha do que se adota na França e Espanha,²⁰ a legislação brasileira divide os contratos da Administração entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração. No que tange ao contrato administrativo, a doutrina tradicional o conceitua como aquele celebrado pela Administração Pública e regido por um regime jurídico administrativo. Ou seja: a presença de um regime jurídico administrativo que outorga à Administração prerrogativas especiais. Tais prerrogativas se sustentam na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, presente também nas relações contratuais travadas pelo Estado.

controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.” Idem.

²⁰ Neste sentido: “O direito francês e, por influência sua, nosso Direito circularam por rumos singulares nessa matéria. À diferença de outros Direitos, que ajustaram pacificamente o grosso da contratação dos entes públicos nas regulações comuns do Direito privado, encomendadas ao julgamento dos tribunais ordinários, a solução francesa veio partir em dois o campo em discussão: uma parte dos contratos da Administração se qualifica, com efeito, de privados e se atribui seu conhecimento à jurisdição ordinária; a outra, em troca, fica adstrita à jurisdição contencioso-administrativa, de onde concluir-se-á derivativamente que sua regulação é objeto do Direito Administrativo substantivo e não do Direito civil; são os chamados “contratos administrativos”. Eduardo García de Enterría/Tomás-Ramón Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 598.

As ditas cláusulas exorbitantes possuem previsão na Lei nº 8.666, de 1993 em seu art. 58, que as especifica. Paralelamente, garante-se ao particular contratado o direito ao equilíbrio econômico financeiro do contrato (art. 65, II, d da Lei nº 8.666, de 1993).

Todavia, a existência deste modelo que outorga prerrogativas ao Poder Público vem sendo objeto de críticas por parte da doutrina de Direito Administrativo, tendo em Diogo de Figueiredo Moreira Neto um de seus principais expoentes. O autor defende a consensualidade e a flexibilidade como regras gerais para os contratos celebrados pelo Estado, com a adoção de novos modelos que substituam os “comandos excessivamente padronizados” para adoção de outros que admitam a necessária modulação no caso concreto. Trata-se da adoção de técnicas de flexibilidade discricionária em detrimento da “técnica rígida da vinculação”. Conclui sua crítica defendendo o abandono de “supremacias téticas ou *raisons d’Etat*”, sobretudo nas relações contratuais.²¹

Na verdade, o autor defende o abandono de prerrogativas estabelecidas *a priori*, ou seja, presentes de forma expressa ou tácita em todo e qualquer contrato administrativo. Entende ser conveniente que a legislação deixe a critério da Administração, em cada caso concreto e de maneira motivada, prever a presença de cláusulas que lhe outorguem prerrogativas.

No influxo destas novas concepções que envolvem o prestígio à consensualidade, percebe-se o surgimento de novos modelos de contratação, mais

²¹ A conciliação necessária, para superar as antigas desvantagens, que tanto encarecem a administração pública e favorecem a corrupção em larga escala, de modo a fazê-la enveredar por esses novos promissores caminhos, está, pois, na flexibilização, já que, ante a imensa diversidade de contratos possíveis que são firmados nos inúmeros setores de atividade da administração pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a comandos excessivamente padronizados que, sobre serem em grande parte anacrônicos, e, desde logo, por serem muito gerais, não admitem a necessária modulação para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação. (...) Esta preferência pela escolha da técnica flexível da discricionariedade, em lugar da técnica rígida da vinculação, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador ordinário delegue ao administrador público esta incumbência de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas, depois de examinadas as hipóteses caso a caso.” Diogo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Renovar, 2007, p. 423.

afinados com a consensualidade e participação e que procuram abandonar previsões que outorgam prerrogativas para a Administração. É o caso dos contratos de parcerias público-privadas, de que cuida a Lei nº 11.079, de 2004, em que são previstas garantias em mão dupla e número menor de prerrogativas para a Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, defende a previsão legal de prerrogativas em favor da Administração. Para autora, o conceito de contrato não está vinculado à concepção adotada pelo direito privado, razão pela qual não contraria a teoria geral do direito a existência de modelos próprios na Administração Pública. Assim, é plenamente possível que o Direito Administrativo elabore conceito próprio de contrato administrativo, abrangendo suas várias modalidades, tal como faz o Direito Civil.²²

Por fim, defende a impossibilidade de Administração Pública e particular estarem em situação idêntica no contrato administrativo. Para ela, a Administração sempre se utilizará de prerrogativas que lhe asseguram o cumprimento do interesse público. As cláusulas exorbitantes seriam, pois, essenciais para o desenvolvimento do contrato administrativo.²³

Maria João Estorninho, por sua vez, em sua obra “*Requiem pelo contrato administrativo*” explica que nada há de “exorbitante” na previsão de cláusulas de privilégio para a Administração Pública. Ao expor o tema, explica que também no direito privado é comum a existência de cláusulas de imposição unilateral. Entende que a única exorbitância reside na existência de tais

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Ainda existem os chamados contratos administrativos?”, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro/Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Organizadores), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 402.

²³ “Acho pouco provável que uma autoridade possa abrir mão, previamente, mediante negociação com o particular, dos poderes de alterar ou de rescindir o contrato unilateralmente, ou dos poderes de fiscalizar e punir. São poderes que, mesmo em caso de omissão no contrato, não podem deixar de ser exercidos se o interesse público o exigir. São poderes irrenunciáveis pela Administração Pública como parte no contrato. Por outras palavras, a flexibilização é possível na definição do objeto do contrato e na forma de execução, mas não no que diz respeito às cláusulas tipicamente exorbitantes”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Ainda existem os chamados contratos administrativos?”, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro/Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Organizadores), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 410.

cláusulas independentemente de previsão legal ou acordo entre as partes, e não na unilateralidade em si.²⁴

A Lei Geral de Licitações e Contratos no Brasil (Lei 8.666/93) prevê cláusulas exorbitantes, que em tese se voltam a salvaguardar o interesse público. Não se pode ignorar que ao enfatizar a tutela do interesse público, as cláusulas exorbitantes, como as que permitem alterações e rescisões unilaterais, podem afugentar a participação em certames ou a elevação dos valores dos contratos, com vistas a compensar a desigualdade da relação. Em qualquer dos casos, prejudica-se o mesmo interesse que se quis proteger.²⁵

A nova Lei de licitações e contratos, que já bate à porta, mantém cláusulas exorbitantes apresentando alguma suavização, com vistas a conferir ao particular maior conforto e maior segurança para participar das licitações.²⁶

Fato é que o atual ambiente dos contratos administrativos no Brasil ainda não é amigável para os acordos e para a consensualidade. A Lei nº

²⁴ “Colocada a questão desta forma é fácil concluir que só em relação a este último aspecto se verificam divergências entre o regime jurídico privado e o do contrato administrativo. O único aspecto que pode ainda eventualmente ser considerado exorbitante, em relação ao Direito Privado, já não é a possibilidade de introduzir modificações às cláusulas contratuais, nem sequer a faculdade de o realizar de forma unilateral, mas apenas o facto de a Administração o poder fazer independentemente de previsão legal ou acordo das partes. A este problema voltarei posteriormente mas quero, desde já, chamar a atenção para o facto de a doutrina associar sempre este “jus variandi” aos contratos administrativos de colaboração subordinada e de longa duração. Afirmando que é com fundamento nesse pacto de colaboração do particular e devido ao facto de a execução do contrato ser prolongada no tempo e, assim, sujeita às mais variadas vicissitudes, que se justifica a atribuição à Administração de tal prerrogativa. Ora, é precisamente nesses mesmos casos, de contratos de execução prolongada no tempo e nos quais uma das partes se compromete a colaborar com a outra através de um pacto de subordinação, que a própria lei civil também prevê a possibilidade de imposição unilateral de modificações às cláusulas contratuais.” Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 138.

²⁵ Cristiana Fortini/Juliana Almeida Picinin, *Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>. Consulta em: 28/03/2021.

²⁶ Cristiana Fortini/Caio Mário Lana Cavalcanti, *O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020*. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/02/Pagamento_PL4253_2020_CaioCavalcanti_CristianaFortini.pdf Consulta em: 28/03/2021.

8.666, de 1993 pouco ou nada contém em matéria de consensualidade. A natureza de contrato de adesão e a alta regulação da Lei quanto às cláusulas que devem estar contidas no contrato reduzem o espaço de negociação. Até mesmo a cláusula econômica já é lançada na minuta contratual. Assim, falar-se em negociação no momento que antecede o contrato administrativo clássico no Brasil é desafiador. Há situações que audiências públicas são legalmente exigidas na fase de preparação do certame, mas as manifestações privadas podem ser refutadas motivadamente. Também não se pode ignorar que aqui ou acolá se utilizam Procedimentos de Manifestação de Interesse, quando, então, se amplifica a colaboração privada na estruturação da licitação.²⁷ A regra, todavia, é a construção de editais e contratos nos gabinetes.

No âmbito das cláusulas exorbitantes, a questão se torna ainda mais delicada. O art. 58 estabelece que tais cláusulas obrigatoriamente devem estar contidas nos contratos administrativos celebrados pela Administração. Trata-se, pois, de ambiente que, embora contratual, é extremamente adverso para a prática de negociações.

Em crítica a esse modelo, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que entre as tendências do novo modelo que se espera da contratação pública está:

(i) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normatização concreta em cada negócio jurídico; (ii) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público;²⁸

Na linha do que defende o autor, o contrato administrativo cumpriria melhor o seu papel se a regulação legal fosse flexibilizada, deixando-se para a fase pré-contratual a negociação de alguns aspectos do contrato que

²⁷ Cristiana Maria Fortini Pinto Silva/Mariana Bueno, *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. 1.^a ed. BH: CONPEDI, 2015, v. 1, pp. 145-175.

²⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto, “Do contrato administrativo à administração contratual”, *Revista do Advogado*, ano XXIX, dezembro de 2009, n.º 107, pp. 74-81.

poderiam ser mais bem adaptadas ao caso concreto, com maior aderência ao caso concreto. Certamente esse novo modelo garantiria maior eficiência às contratações públicas.

É o que se percebe, por exemplo, na Lei nº 11.079, de 2004, a qual traz a previsão do compartilhamento de riscos e ganhos econômicos entre parceiro público e privado, conforme prevê o seu art. 5º, III. No mesmo sentido é a previsão do art. 10 da Lei nº 8.987, de 1995, que trata dos contratos de concessões de serviço público. Assim, no caso destes dispositivos e diferentemente do que prevê o art. 65, II, d da Lei nº 8.666, de 1993, transfere-se para o plano contratual a distribuição dos riscos e os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, numa postura mais afinada com os conceitos de consensualidade. Não se afasta, porém, do modelo de contrato administrativo com incidência de cláusulas exorbitantes e outorga de poderes unilaterais à Administração.

Mais recentemente foi publicada a Lei nº 13.303, de 2016, a qual regula o regime jurídico das empresas estatais. Nela há previsão a respeito do regime jurídico de contratação de tais entidades. Importante inovação no âmbito das normas gerais a respeito de contratos pode ser encontrada na previsão do caput do art. 68, ao estabelecer que ao contrato das empresas estatais deverão ser aplicados “preceitos de direito privado”. A previsão é distinta daquela da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê a adoção de preceitos de direito público aos contratos como regra, aplicando-se apenas subsidiariamente preceitos de direito privado.

Já no que tange às mudanças na esfera sancionatória dos contratos administrativos, destaca-se, entre outras, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (conhecida como lei anticorrupção), a qual trouxe a previsão da utilização do acordo no processo de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção. No art. 16 a Lei prevê o chamado acordo de leniência, instituto aplicável no âmbito administrativo, o qual poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas que praticam atos catalogados como corrupção.”.

São mudanças que demonstram a existência de um movimento em prol da superação do modelo de unilateralidade no sentido da consensualidade e da participação nos processos decisórios da Administração.

4. O surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil: nova forma de resolução consensual de conflitos na Administração Pública

Ao longo da execução dos contratos administrativos é possível que surjam diversos conflitos entre Administração-contratante e particular-contratado, seja do ponto de vista técnico da execução ou quanto à vida financeira do contrato. Quanto mais longa a sua duração e maior a complexidade, mais suscetível a discussões o vínculo. Aliás, mesmo os contratos ordinários podem ter duração mais extensa, seja no âmbito dos serviços de fornecimento exclusivo ou preponderante de mão de obra (os quais podem alcançar até 60 meses quando considerados contínuos), sejam os que possuem como objeto obras públicas. Os contratos de concessão tradicional e os que traduzem parcerias público privadas são ainda mais longevos.

Em situações de conflito contratual, a prática administrativa atual indica a abertura de processo administrativo para que o Gestor Público tome sua decisão, ouvindo-se a empresa-contratada (princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório), os técnicos da Administração (fiscais de contrato) e, quando necessário, o setor jurídico. Decisão tomada de forma solitária e unilateral, nos termos do velho Direito Administrativo, avesso às decisões consensuais. O resultado pode levar a uma não aceitação por parte da empresa contratada, gerando dificuldade ou impedimento de continuação da relação contratual e atraso na realização de obras, na prestação de serviços públicos e no atendimento das necessidades internas da Administração. Em última análise, o prejuízo acaba chegando ao seu destinatário final: o usuário do serviço público.

Importante considerar que, quando a decisão envolve rompimento do vínculo contratual, os efeitos não se limitam apenas à empresa contratada. A Administração necessitará suprir de uma outra maneira as necessidades públicas remanescentes, vez ou outra pagando mais caro pela nova contratação. Não obtendo êxito, poderá ter que celebrar contrato emergencial até que a nova licitação se ultime. Em se tratando de obra, ela será paralisada até que se obtenha nova contratação, estando sujeita à depredação decorrente de vandalismo e até mesmo à deterioração natural do passar do tempo, gerando novos gastos públicos.

Neste contexto é que instrumentos que buscam não só resolver o conflito contratual, mas por vezes também evitá-lo, devem ser difundidos. Transferir a disputa para o Poder Judiciário ou instância arbitral acaba por tão somente

estender a discussão do conflito. É fato que a arbitragem, a mediação e a conciliação são avanços percebidos no ordenamento jurídico brasileiro como meios extrajudiciais de solução de conflitos. Porém, pressupõem o litígio já constituído. Ou seja: há um processo decisório no âmbito administrativo, em que o Poder Público indefere o requerimento formulado por uma dada empresa-contratada (ou defere parcialmente) e, inconformada, a empresa recorre a uma tentativa de decisão negociada (mediação), arbitral ou até mesmo judicial para a solução do conflito. Situação idêntica ocorre quando há resistência à sanção aplicada.

Entendemos urgente o emprego de instrumentos consensuais de prevenção e solução de conflitos ainda durante a execução contratual, contando com representantes de contratante e contratado na tomada de decisões. É com este objetivo que surgem os “*dispute boards*”.

Os “*dispute boards*” buscam evitar o litígio ou tratar o conflito ainda durante a execução contratual. Este aspecto o diferencia dos demais meios adequados de solução de conflito, visto que tanto no caso dos meios de autocomposição (negociação, mediação e conciliação) quanto nos meios de heterocomposição de conflitos (arbitragem), os “*dispute boards*” pressupõem atuação antes da constituição do conflito.²⁹ Trata-se da constituição de um Comitê ou Conselho de especialistas indicados pelas partes para acompanhar a execução contratual e resolver eventuais conflitos surgidos, sendo o único dentre os instrumentos de ADRs (Alternative Dispute Resolution) que é constituído e permanece em funcionamento durante toda a execução do contrato. Se caracterizam como uma tentativa não adversarial de resolução de conflitos surgidos na execução contratual.³⁰ Ao tratar do tema, Renata Faria Silva Lima explica que os Consultores que formam o Comitê ou Conselho se reúnem ao longo da execução contratual para expedir recomendações não obrigatórias (*dispute review boards* – DRB), tomar decisões obrigatórias

²⁹ Neste sentido: Maria João Mimoso/Joana D’Arc Amaral Bortone, “A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Maio/Agosto, v. 22, ano 2020, Rio de Janeiro. pp. 301-313.

Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/ Consulta em: 20/03/2021.

³⁰ Antônio Luís Pereira Sousa, *Dispute Boards*. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf Consulta em: 20/09/2020.

(dispute adjudication boards – DAB) ou exercer ambas as funções (combined dispute boards – CDB).³¹

É indicado que a formação dos referidos Comitês se dê já no momento da assinatura dos contratos, viabilizando que eles façam o acompanhamento de toda a execução contratual. Eles poderão fazer visitas técnicas ao local onde ocorre a execução contratual (canteiro de obras, por exemplo), podendo até mesmo antever problemas, evitando que conflitos se instaurem.³²

Os “dispute boards” possuem origem na indústria dos contratos de construção civil e infraestrutura. Nascem inicialmente com o caráter de recomendação e, em seguida, passam também a admitir a forma de decisões obrigatórias, sendo chamados comitês de adjudicação. O fato do comitê ter atuação durante a execução do contrato e resolver de forma rápida a controvérsia que lhe é colocada foi o fator preponderante que levou a indústria da construção a optar pelo método do “dispute board”, preferindo-o inclusive em relação à arbitragem, já que este último é um processo reativo e que ocorre após os fatos já estarem consolidados.³³ Numa obra, por exemplo, a solução dos conflitos técnicos ou financeiros com agilidade é fundamental para que não haja perda de eficiência e recursos.

Ao tratar do surgimento dos Dispute Boards, Érica Miranda dos Santos Requi comenta:

³¹ Renata Faria Silva Lima, “Contratos Administrativos – mecanismos privados para resolução de disputas”, in Onofre Alves Batista Júnior/Sirlene Nunes Arêdes/Federico Nunes de Matos. *Contratos Administrativos. Estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 275.

³² “A existência do comitê, bem como as suas regulares visitas às obras, agiliza também a comunicação entre as partes, potencializando que estas recebam informações sobre o progresso dos trabalhos e, quiçá, sobre os potenciais problemas que se adivinham. Além disso, incentivam a resolução das questões contenciosas em relação à construção, antes mesmo que se formalize uma disputa real”. Maria João Mimoso/Joana D’Arc Amaral Bortone, “A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Maio/Agosto, v. 22, ano 2020, Rio de Janeiro, pp. 301-313. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/ Consulta em: 20/03/2021.

³³ Antônio Luís Pereira Sousa, *Dispute Boards*. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf Consulta em: 20/09/2020.

o caso mais emblemático que marca o surgimento de um dispute board, foi a obra do túnel de Eisenhower, no Colorado, no ano de 1975, quando se confirmou a eficácia da instituição do dispute board para acompanhar a execução do projeto de construção. A partir dos anos 90, passou a ser obrigatória a adoção de dispute boards regidos pelas normas publicadas pela Fédération des Ingénieurs-Conseils – FIDIC nos contratos de construção financiados pelo Banco Mundial, o que propagou a utilização do instituto.³⁴

Em 2006, os “*Dispute Boards*” surgem no Brasil pela primeira vez em São Paulo, na Companhia do Metropolitano de São Paulo para construção da Linha 4 – Amarela. Em seguida, também foi utilizado na PPP da Linha F (12 – Safira) da CPTM. Segundo Antônio Luís Pereira de Sousa, essa técnica é muito difundida em contratos financiados pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, inclusive em muitas hipóteses como requisito que deve estar contido nos editais e contratos que se refiram a obras por eles financiadas.³⁵ Deste modo, trata-se de assunto que está a merecer a atenção urgente do Direito Administrativo Brasileiro.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, não há uma Lei Nacional que trate do assunto. Dentre as técnicas existentes de ADR (Alternative Dispute Resolution), estão reguladas no Brasil: (i) a arbitragem, por meio da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual admite expressamente seu uso em conflitos que envolvam a Administração Pública, desde que se trata de direitos disponíveis (art. 1º, §§ 1º e 2º); (ii) a mediação, por meio da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual prevê a possibilidade de criação de Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos; (iii) a possibilidade de celebração de Termo de Compromisso entre Administração Pública e particulares para solucionar de forma consensual eventuais controvérsias, conforme art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (alterado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018). Também o Código de Processo Civil estabelece como premissa do direito processual brasileiro

³⁴ Érica Miranda dos Santos Requi, “Dispute Boards nos contratos administrativos”, in Cristiana Fortini/Gabriela Verona Pércio, *Inteligência e inovação em contratação pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

³⁵ Antônio Luís Pereira Sousa, *Dispute Boards*. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf Consulta em: 20/09/2020.

a solução consensual dos conflitos por meio da conciliação, mediação “e outros métodos de solução consensual de conflitos”, conforme estabelece seu art. 3º, § 3º.³⁶

No âmbito dos contratos administrativos, a legislação sobre o tema ainda é muito incipiente. A Lei nº 8.666, de 1993 é silente quanto à solução de conflitos durante a execução de contratos administrativos. Já a Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei nº 8.987, de 1995 prevê, em seu art. 23-A, a aplicação de “*mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem*”.³⁷ No mesmo sentido, a Lei de Parcerias Público-privadas, Lei nº 11.079, de 2004, a qual estabelece em seu art. 11, III, a possibilidade de “*emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa*”.³⁸

Importante destacar que ambas as Leis (8.987/1995 e 11.079/2004) não reduzem os mecanismos privados de resolução de disputas apenas à arbitragem, uma vez que utilizam a expressão “inclusive a arbitragem”.

O Brasil aguarda para os próximos dias a edição da nova Lei geral de Licitações e Contratos que

incorpora expressamente o que incorretamente ali se rotulam como “meios alternativos de soluções de controvérsias”, expressão que ainda consagra nas entrelinhas a via judicial como caminho principal. O art. 150 do PL faz alusão à conciliação, mediação e arbitragem, sem a eles se exaurir, repetindo no parágrafo único o que já se sabe: as controvérsias devem se relacionar a direitos patrimoniais disponíveis, tais como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Vale mencionar que a parte do PL reservada à extinção dos contratos faz referência aos comitês de resolução de disputas

³⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

³⁷ Brasil, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em 19/09/2020.

³⁸ Brasil, Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm Acesso em: 19/09/2020.

como *locus* para se consensualizar a extinção amigável e também a decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, evidentemente em situação de divergência entre as partes.³⁹

Mas não será a primeira lei a abordar o tema.

No âmbito do Município de São Paulo o “*Dispute Boards*” foi regulamentado pela Lei Municipal nº 16.873, de 2018, que regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados e celebrados pela Prefeitura de SP.

Na mesma linha, o Município de Belo Horizonte sancionou a Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020, a qual tem como objetivo regulamentar “*a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada*”.

Devem ser saudadas as iniciativas municipais, que encontram inspiração nas ideias de consensualidade e participação na tomada de decisões administrativas, cujas premissas teóricas já foram traçadas no presente trabalho. Passamos a tratar de pontos das referidas Leis Municipais que merecem maior elucidação.

Análise da competência legislativa dos Municípios sobre o assunto

De início, cumpre-nos analisar a constitucionalidade das referidas leis sob o prisma da competência legislativa. A Constituição da República de 1988 atribui à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos.⁴⁰ O conceito de norma geral é conceito jurídico indeterminado e, conforme leciona Marçal Justen Filho, deve ser analisado

³⁹ Cristiana Fortini, “Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica> Consulta em: 10/03/2021.

⁴⁰ “Art. 22 (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 30/08/2020.

à luz das características da norma disciplinada. Ao estabelecer que a União deve legislar sobre normas gerais, o Constituinte mantém a autonomia dos demais entes federados para criarem normas especiais a respeito do tema, desde que não contrariem a norma geral. Neste caso, o que se percebe é que os Municípios de São Paulo e Belo Horizonte ocuparam o espaço político-legislativo que lhe foi reservado, ao eleger um percurso diverso para a solução de eventuais conflitos decorrentes da avença.

A respeito da suplementação da legislação federal, José Afonso da Silva esclarece que a Constituição outorgou expressamente aos Municípios a competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Assim, cabe ao Município dispor de forma suplementar sobre matérias constantes do art. 24 da Constituição da República (competência concorrente) e, também, sobre as matérias a que se atribui competência da União para legislar sobre normas gerais.⁴¹ É o que se pode interpretar do art. 30, inciso II do texto Constitucional.⁴²

Aliás, se partirmos do pressuposto de que o “dispute boards” são uma técnica de decisão administrativa, a se relacionar ao tema do procedimento administrativo e não à matéria de licitações e contratos, sequer se estaria no âmbito da competência geral da União para legislar sobre normas gerais, uma vez que a competência nesta matéria é de cada ente federado, considerando-se a autonomia administrativa de cada um deles. Desse modo, sob qualquer das duas perspectivas, seja considerando a legislação sobre “dispute boards” como norma de contrato administrativo ou considerando-a como norma de decisão administrativa (processo administrativo), não se reconhece qualquer inconstitucionalidade.

Dos assuntos passíveis de serem atribuídos ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas

A lei sinaliza a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de instituição pelos órgãos e entidades da Administração Municipal Direta e indireta do chamado “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas”. Tal comitê tem como

⁴¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 504.

⁴² “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

objetivo apreciar e solucionar conflitos surgidos na execução de contratos administrativos.

A primeira demarcação objetiva feita pelas Leis em comento (dos Municípios de São Paulo e Belo Horizonte) é que o Comitê somente pode apreciar conflitos relativos a direito patrimonial. A limitação da aplicação da técnica de decisão criada pela Lei tem como objetivo vincular as decisões às questões econômicas que envolvem o contrato, impedindo que seja aplicada nos casos de sanção administrativa, apuração de descumprimentos contratuais, autorizações para subcontratar o objeto do contrato, bem como outras que não tenham ligação com o interesse patrimonial das partes.

Enquadram-se no conceito de direito patrimonial a ser submetido à análise do Comitê questões contratuais como, a título de exemplo, reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pedidos de indenização por despesas extracontratuais, pedidos de correção monetária em razão de atraso no pagamento pela Administração e até mesmo possíveis indenizações que devam ser cobradas pela Administração-contratante das empresas-contratadas. Trata-se de questões complexas e que demandam conhecimento técnico e jurídico especializado para a tomada de decisão, sendo que a decisão colegiada, composta por representantes de ambas as partes (como se verá adiante) se mostra adequada para solucionar esses conflitos patrimoniais.

Há, neste ponto, diferença entre a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo, a qual prevê que tais Comitês somente poderão ser formados para tratar de “direitos patrimoniais disponíveis”, enquanto a Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020, do Município de Belo Horizonte se limita a falar em “direitos patrimoniais”. Neste ponto, a Lei do Município de São Paulo repete a redação da Lei de Arbitragem, a qual limita sua incidência para direitos patrimoniais disponíveis,⁴³ enquanto a Lei do Município de Belo Horizonte não faz distinção entre direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis.

Por óbvio, não se pode dizer que a Lei do Município de Belo Horizonte, ao não fazer a distinção entre direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis,

⁴³ “Art. 1º (...) § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Consulta em: 20/09/2020.

violaria a Lei nº 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), já que o que prevê a Lei Municipal não é técnica de arbitragem, bem como não está sendo delegada a terceiro o processo de tomada de decisão. O que a Lei pretende é buscar uma decisão colegiada consensual, e não a delegação do poder de decidir. Também não se está diante nem mesmo de negociação ou composição de conflito, da forma como prevê a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mas sim de criação de uma nova instância decisória. Por outro lado, cabe-nos indagar se direitos patrimoniais indisponíveis poderiam ser objeto de análise pelo referido Comitê, logo que a lei não fez tal distinção.

Primeiramente, é ponto pacífico, até pela autorização constante da Lei de Arbitragem, a possibilidade de utilização de técnicas de ADR (Alternative Dispute Resolution) no que tange a direitos patrimoniais públicos disponíveis. Importante destacar que os “dispute boards” não são técnicas de negociação ou transação administrativa, mas sim um método alternativo de solução de disputas em que a decisão do Gestor Público (unilateral) é substituída por um Comitê Técnico (formado por representantes de ambas as partes). Conforme se verá adiante, a manifestação deste Comitê poderá ser de duas naturezas: (i) de recomendação quando então não obriga as partes, podendo o litígio ser submetido ao Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral; (ii) obrigatória, quando ainda assim podem não contar com a concordância das partes e ser submetida à instância judicial ou arbitral. Ou seja: independentemente da decisão tomada pelo Comitê, ela será submetida a um “referendo” da Administração e, se for o caso, pode ser revista pelo Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral (este último somente podendo atuar em caso de direito indisponível). Se há sempre a necessidade da recomendação ou decisão do Comitê ser submetida a referendo do órgão-contratante, bem como revista pelo Poder Judiciário, não haveria nenhum impedimento para que se tratasse de direito patrimonial indisponível. Em última instância é a própria Administração que está decidindo, ainda que no formato de mero referendo em relação ao parecer dado pelo Comitê, já que em nenhuma hipótese ela é “obrigada” a acatar a orientação ou decisão.

Outra limitação objetiva promovida pela Lei Municipal nº 11.241, de 2020 (Município de Belo Horizonte) é a sua aplicabilidade apenas para contratos de natureza continuada, retirando de sua esfera de incidência aqueles que se esgotam “em um só ato”. A motivação desta limitação é retirar a incidência dos “Dispute Boards” dos contratos de objeto singelos, como mero

fornecimento ou realização e tarefas simples. Todavia, a conclusão de que contratos que se esgotam “em um só ato” não são passíveis de gerar conflitos complexos parece-nos carecer de respaldo.

Da natureza das decisões do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas

As Leis em comento, do Município de São Paulo e de Belo Horizonte, regulam igualmente os poderes conferidos ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas. Ambas criam decisões de 3 (três) naturezas, conforme deverá estar estabelecido no edital e contrato: natureza revisora, adjudicativa ou híbrida. Não há uma opção prévia do legislador por um ou outro.

A técnica de deixar ao critério do Administrador, por meio de decisão discricionária e, obviamente, devidamente motivada, nos parece acertada. Os contratos celebrados pela Administração Pública possuem as mais diversas complexidades, e caberá ao Gestor Público, no caso concreto, estabelecer na minuta do contrato qual seria a hipótese que melhor se amolda ao caso concreto. A ideia de “desregulação” das regras contratuais tem sido defendida por vários doutrinados não só como possível, mas desejável.⁴⁴ Na medida em que se transfere para o caso concreto a regulação de determinado assunto, permite-se que o tratamento possa se dar de forma mais “customizada”, o que certamente redundará em ganho de eficiência.

O primeiro modelo é inspirado no americano, conhecido como “Dispute Resolution Boards” (DRB).⁴⁵ O comitê é criado com caráter de revisão (cha-

⁴⁴ Neste sentido, posiciona-se Floriano de Azevedo Marques: “Resulta que podemos identificar alguns elementos conformadores dessa nova contratualidade administrativa. Algumas tendências já podem ser notadas, a saber: (i) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normatização concreta em cada negócio jurídico; (ii) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público”. Floriano de Azevedo Marques, “Do contrato administrativo à administração contratual”, *Revista do Advogado*, Ano XXIX, Dezembro de 2009, n.º 107, pp. 74-82.

⁴⁵ Maria João Mimoso/Joana D’Arc Amaral Bortone, “A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do*

mado nas leis brasileiras Comitê Revisor ou Comitê por revisão) e proferirá recomendações, as quais não possuem, em princípio, caráter vinculantes para as partes. No caso da Lei nº 16.873, de 2018, do Município de São Paulo, estabeleceu-se apenas que a decisão não tem caráter vinculante, tratando-se de mera recomendação. Já no que tange à Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020, do Município de Belo Horizonte, foram estabelecidas duas possibilidades:⁴⁶ caso nenhuma das partes notifique a outra sobre a insatisfação com a recomendação, ela passa a ser vinculativa e final, valendo como decisão e devendo ser cumprida integralmente. Por outro lado, se uma das partes não estiver satisfeita com a decisão, deverá notificar a outra parte no prazo de 30 dias, hipótese em que o litígio poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial.

Em ambas os casos, seja no que tange à Lei Municipal de São Paulo ou de Belo Horizonte, a decisão final é individual das partes, já que se trata apenas de uma recomendação. Todavia, é importante destacar que, com fundamento no princípio republicano da motivação, a decisão pela eventual rejeição da recomendação deverá ser feita de forma motivada. Por ter natureza de recomendação, não tem, por óbvio, caráter vinculante, mas por se tratar de recomendação expedida por Comitê constituído de comum acordo entre as partes, com membros técnicos indicados por cada uma das partes, deve ser devidamente apreciada e, se for o caso, adequadamente contestada com fatos e fundamentos. Não se admitiria o não acolhimento da recomendação sem a devida motivação, uma vez que o Comitê criado tem previsão contratual, sendo inclusive contratualmente remunerado.

Andou bem o Município de Belo Horizonte ao definir na Lei nº 11.241, de 2020, prazo para que as partes se manifestem sobre a aceitação ou não da recomendação (prazo de 30 dias contados do recebimento da recomendação).⁴⁷ A Lei prevê que o silêncio das partes representa aceitação.

Rio de Janeiro, Maio/Agosto, v. 22, ano 2020, Rio de Janeiro, pp. 301-313.

Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/ Consulta em: 20/03/2021.

⁴⁶ Regulação idêntica para ambas as leis comentadas.

⁴⁷ “Art. 2º (...) § 1º Ao Comitê de Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, considerando-se que: I – qualquer partes que não esteja satisfeita com uma recomendação deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento,

Trata-se de raríssima previsão legal (acertada, a nosso ver) de aceitação tácita para o silêncio da Administração, na esteira do que os autores já defenderam em outra ocasião.⁴⁸ Prevê também a Lei do Município de Belo Horizonte que a não aceitação da recomendação por uma das partes pode abrir a possibilidade de o litígio ser submetido ao Poder Judiciário ou instância arbitral.

Outra possibilidade é criação do comitê de adjudicação, inspirado no modelo europeu denominado “*Dispute Adjudication Boards*” (DAB).⁴⁹ A ele é conferido o poder de decisão vinculante em litígios oriundos de contrato administrativo. A diferença entre ele e o Comitê Revisor é que o Comitê de Adjudicação emite decisão que vincula as partes de imediato. Ocorre que mesmo no caso das decisões tomadas pelo Comitê de Adjudicação ainda é possível que o caso seja questionado junto a instância arbitral e judicial. É o que prevê o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 16.873, de 2018,⁵⁰ do Município

notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação, hipótese em que o litígio em questão poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial; II – caso nenhuma das partes notifique a outra sobre sua insatisfação com a recomendação conforme disposto no inciso I deste parágrafo, essa recomendação passará a ser vinculativa e final para as partes, devendo, então, ser cumprida imediatamente.” Município de Belo Horizonte, Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/> Acesso em 30/08/2020.

⁴⁸ Neste sentido, já se manifestaram os autores do presente artigo: “Assim, defendemos, em prol do interesse do particular, que não pode ser aniquilado pelo interesse público primário, que a falta de resposta seja compreendida como silêncio positivo. A inação deve ser entendida como recepção ao pleito, de maneira a tornar desnecessária a interferência judicial”. Cristiana Fortini/ Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel, “O silêncio administrativo: consequências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor”, *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, ano 6, n. 64, pp. 7394-7402, jun. 2006.

⁴⁹ Maria João Mimoso/Joana D’Arc Amaral Bortone, “A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos Dispute Boards”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Maio/Agosto, v. 22, ano 2020, Rio de Janeiro. P. 301 – 313. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/versao-digital/313/ Consulta em: 20/03/2021.

⁵⁰ “Art. 2º (...) II – ao Comitê por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; (...) Parágrafo único. As decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes”. Município de São Paulo. Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018> Acesso em: 15/09/2020

de São Paulo e a o art. 2º, § 2º, II da Lei nº 11.241, de 2020, do Município de Belo Horizonte.⁵¹

Percebe-se que em ambas as leis municipais houve a intenção do legislador em diferenciar o comitê que recomenda do comitê que decide. No caso do primeiro, sua “recomendação” não tem caráter decisório e não tem aplicabilidade imediata para as partes, a não ser que ambas adiram à aludida recomendação. No caso do segundo, porém, há uma decisão tomada pelo comitê de adjudicação, a qual tem aplicabilidade imediata para ambas as partes. Acaso alguma das partes discorde desta decisão, deverá recorrer ao Poder Judiciário ou instância arbitral.

Portanto, no âmbito do Comitê Revisor, após a recomendação, duas soluções são possíveis: (i) aceitação por ambas as partes da recomendação, o que torna a controvérsia decidida no âmbito contratual, obrigando-se ambas as partes a cumprir a recomendação; (ii) uma das partes (Administração-contratante ou empresa contratada) discorda da recomendação, subsistindo, assim, o conflito contratual. Se é a Administração a discordante, ela deve proferir decisão devidamente motivada que substitua a recomendação do Comitê de Revisão, a qual pode ser impugnada judicialmente; se é a empresa a discordante, a Administração também terá o dever de tomar decisão no caso concreto, cabendo à empresa submeter o assunto às instâncias judiciais ou arbitrais.

No que tange ao Comitê de Adjudicação, por outro lado, há diferença importante: o Comitê efetivamente decide a controvérsia, a qual já possui validade. Aquele que dela discorda poderá recorrer às instâncias judiciais e arbitrais cabíveis; porém, diferentemente do que ocorre com o Comitê revisor, a decisão já está tomada. O que se abre para a empresa-contratada ou até mesmo para a Administração-contratante é a possibilidade de submeter o conflito à apreciação judicial ou arbitral. Observa-se que as leis (dos Municípios de São Paulo e Belo Horizonte) conferem efeito

⁵¹ “Art. 2º (...) § 2º Ao Comitê de Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio, considerando-se que: I – a decisão vinculada é obrigatória para as partes desde o seu recebimento; II – qualquer parte que não esteja satisfeita com a decisão emitida deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação, hipótese em que o litígio poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial;” Município de Belo Horizonte. Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/> Acesso em 30/08/2020.

imediato à decisão proferida pelo Comitê de Adjudicação. Logo, ainda que a questão seja levada à instância arbitral ou judicial, ela já deverá ser cumprida até que sobrevenha decisão (judicial ou arbitral) em sentido oposto.

Em crítica ao modelo dos Comitês de Adjudicação, Renata Faria Silva Lima demonstra preocupação com o caráter vinculante das suas decisões. A autora destaca que diferentemente da arbitragem, para a qual há previsão legal para sua obrigatoriedade, não haveria instrumento legal específico para obrigar quanto à executividade dessas decisões do “*Dispute Board*”, as quais a autora denomina como “não judiciais”.⁵²

Mas, havendo, como há, para os Municípios de São Paulo e Belo Horizonte, previsão legal específica, não há nenhuma incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Pelo contrário: como o objetivo do instituto é garantir maior agilidade na solução das controvérsias oriundas da execução de contratos administrativos, é desejável que as decisões do Comitê tenham caráter vinculante e não apenas de recomendação. Ficará, todavia, a critério da Administração a escolha por um ou outro modelo, se a lei aplicável prever a dupla possibilidade.

Trata-se de decisão (ou recomendação) que pode substituir a decisão administrativa, havendo, porém, a possibilidade de judicialização, como ambas as leis deixam claro, caso haja discordância de alguma das partes.

A propósito, os “*Dispute Boards*” distinguem-se dos Tribunais Arbitrais em especial porque a sentença arbitral é catalogada como título executivo extrajudicial. Concordando ou não com a sentença arbitral, não cabe às partes

⁵² “Contudo, a aplicabilidade aos contratos públicos firmados no Brasil dos DBs dotados de poder para emitir decisões vinculativas merece reflexão. Isso porque, diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas em sede de arbitragem, cuja obrigatoriedade no cumprimento é prevista em expressa disposição legal, contida no art. 31 do diploma nº 9.307/96, não há instrumento legal específico que assegure a executividade dessas outras decisões finais não judiciais provenientes dos demais mecanismos privados para solução de disputas, aí incluídos os comitês de solução de controvérsias ou *dispute boards*. Assim, uma cláusula que estabeleça ser final a decisão de um *dispute board* poderia ser tomada como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com o princípio da legalidade que rege a Administração Pública”. Renata Faria Silva Lima, “Contratos Administrativos – mecanismos privados para resolução de disputas”, in Onofre Alves Batista Júnior/Sirlene Nunes Arêdes/Federico Nunes de Matos, *Contratos Administrativos. Estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 277.

rediscuti-la no âmbito judicial (exceto nos casos de nulidade da sentença arbitral estabelecidos pela Lei nº 9.307, de 1996).⁵³

Da mesma forma, há previsão neste sentido para a mediação, já que a Lei nº 13.140, de 2015 em seu art. 20, parágrafo único estabelece que o termo final de mediação mediante acordo tem natureza de título executivo extrajudicial,⁵⁴ até pela concordância expressa de ambas as partes com o acordo.

No caso dos “Dispute Boards”, a decisão proferida pelo Comitê de Adjudicação não tem natureza de título executivo extrajudicial, considerando os contornos das leis aqui referidas. A ele podem aderir, voluntariamente, Administração-contratante e empresa-contratada. Caso discordem, poderão rediscutir o mérito da decisão judicialmente (e não apenas eventual nulidade, conforme se dá com a arbitragem).

Importante destacar ainda que ambas as Leis (do Município de São Paulo e do Município de Belo Horizonte) preveem também a criação do chamado “Comitê Híbrido”, o qual poderá emitir tanto recomendações (Comitê de Revisão) ou decisões terminativas (Comitê de Adjudicação). Neste caso, deverá o contrato regular as hipóteses em que o Comitê atuará com uma ou outra competência.

⁵³ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.” Brasil, *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm Consulta em: 11/03/2021.

⁵⁴ “Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.” Brasil, *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Consulta em: 11/03/2021.

Outra relevante inovação trazida pela Lei nº 11.241, de 2020, do Município de Belo Horizonte, envolve a previsão de que a recomendação não vinculante do Comitê de Revisão possa ser utilizada como objeto do Termo de Compromisso, o qual é previsto no art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (alterado pela Lei nº 13.655, de 2018):

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Trata-se de instituto alinhado com a ideia de consensualidade do Direito Administrativo. Quando se trata de comitê revisor, a decisão em acatar ou não a recomendação dada por ele é individual de cada uma das partes. O que a Lei então viabiliza com a aludida previsão é que essa decisão se dê de forma consensual entre as partes, reduzindo-se a Termo mediante compromisso baseado no art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942.

A vantagem de se transformar a recomendação expedida pelo Comitê Revisor em Termo de Compromisso entre as partes é a possibilidade de se fixar por meio do termo “as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento” (previsão do art. 26, § 1º, IV do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942). Deste modo, a recomendação fixada pelo Comitê de Revisão traduzida no Termo de Compromisso terá regulação mais detalhada quanto ao seu cumprimento e até mesmo as sanções que poderão advir da inadimplência quanto a elas. Trata-se de decisão que deixa de ser apenas individual (acatar ou não a recomendação) e passa a ser consensual (celebração conjunta do Termo de Compromisso), ideia que se encontra condizente com o novo princípio da consensualidade do Direito Administrativo.

5. Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a evolução do Direito Administrativo no que tange às novas formas de solução de conflitos surgidos

durante a execução dos contratos administrativos. A substituição das operações decisórias unilaterais por métodos consensuais de solução de conflitos é a tônica que tem preponderado na doutrina dos contratos celebrados com o Poder Público. A decisão solitária e unilateral adotada pela Administração quando do surgimento de conflitos com a Administração não atende a um Direito Administrativo democrático e participativo.

Instrumentos como conciliação, mediação, já devidamente regulamentados em legislação nacional e direcionados a solucionar conflitos que envolvem a Administração, são ferramentas que se ajustam ao ideário dialogal. Mais recentemente, ganham relevância as discussões em torno dos “Dispute Boards”, inicialmente utilizados diante de exigências de bancos internacionais financiadores de projetos e que ganham crescente atenção da doutrina, bem como surgem de forma esparsa na legislação brasileira. Os pioneiros na regulação do instituto foram os Municípios de São Paulo, em 2018 e Belo Horizonte, em 2020, que instituíram os Comitês de Resolução de Disputas. Tais comitês podem emitir manifestações com natureza de recomendação (Comitês de Revisão), com natureza vinculativa para as partes (Comitês de Adjudicação), ou até mesmo possuírem natureza híbrida (ora expedindo recomendações, ora expedindo decisões vinculativas).

A legitimidade das decisões administrativas e até mesmo a eficiência delas depende da participação dos envolvidos e da formação de consenso, para que o litígio seja resolvido de forma ágil, eficiente e eficaz. Decisões administrativas que geram processos contenciosos longos e morosos são uma das principais causas de paralisação de obras públicas, interrupção da prestação e serviços públicos, tendo como possível consequência a oneração do erário e prejuízo para o cidadão. Naturalmente que a busca por consensualidade e agilidade nas decisões jamais poderá afastar a Administração do interesse público. Porém, os novos instrumentos sobre os quais tratamos no presente trabalho servem para demonstrar que esses conceitos são compatíveis.

Referências Bibliográficas

Adriana Goulart Sena, *Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça*. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf Consulta em: 28/03/2021;

- Antônio Luís Pereira Sousa, *Dispute Boards*. Disponível em: https://www.instituto-deengenharia.org.br/site/wpcontent/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_ADRs-DBs.pdf Consulta em: 20/09/2020.
- Cristiana Fortini, “Solução extrajudicial de conflitos com a Administração Pública: o hoje e o porvir”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica> Consulta em: 11/03/2021;
- Cristiana Fortini/Mariana Bueno, *De adversários a parceiros: o Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de cooperação no tradicionalmente inóspito cenário das licitações públicas*. 1ed.BH: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 145-175;
- Cristiana Fortini/Caio Mário Lana Cavalcanti, O pagamento: aspectos favoráveis ao contratado no Projeto de Lei nº 4.253/2020. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/02/Pagamento_PL4253_2020_CaioCavalcanti_CristianaFortini.pdf Consulta em: 28/03/2021;
- Cristiana Fortini/Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel, *Osilêncio administrativo: consequências jurídicas no Direito Urbanístico e em matéria de aquisição de estabilidade pelo servidor*. Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte, ano 6, n. 64, p. 7394-7402, jun. 2006;
- Cristiana Fortini/Juliana Almeida Picinin, *Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>. Consulta em: 28/03/2021;
- Diogo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Renovar, 2007, p. 423;
- Eduardo García de Enterría/ Tomás-Ramón Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 598;
- Érica Miranda dos Santos Requi, “Dispute Boards nos contratos administrativos”, in Cristiana Fortini/Gabriela Verona Pércio, *Inteligência e inovação em contratação pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021;
- Eurico Bittencourt Neto, *Concertação Administrativa Interorgânica. Direito Administrativo e Organização no Século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017;
- Fernando Dias Menezes Almeida, *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012;
- Florianio Marques, *Do contrato administrativo à administração contratual*. IN: Revista do Advogado, ano XXIX, dezembro de 2009, nº 107, p. 74-81;
- José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 504;
- Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. P. 138;