

## **Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da administração pública**

Potential impact of adopting Dispute Boards in contracts by the public administration

**João Benício Vale de Aguiar<sup>1</sup>**

**Juliana Loss de Andrade<sup>2</sup>**

**Maria Fernanda de Oliveira Dyma Martins<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

Este artigo propõe viabilidade jurídica e conveniência da administração pública na utilização de comitês de resolução de disputas como instrumento de prevenção e solução de conflitos no âmbito de projetos de infraestrutura no Brasil. Para tanto, partiu-se de revisão bibliográfica e análise de dados secundários sobre o contexto de obras públicas no país, bem como no apontamento do cenário normativo vigente e da legislação projetada sobre o tema. Como resultado, foi identificado o grande desafio de eficiência, integridade e agilidade do setor. Notadamente apontou-se a dificuldade dos agentes públicos para atuar com inovação e para resguardar a responsabilidade diante da tomada de decisão fora dos auspícios do Poder Judiciário e também o grande impacto da atuação dos tribunais de contas. Como efeitos, observou-se por um lado o enorme número de obras paralisadas diante da ineficiência do sistema de prevenção e solução de conflitos e, por outro, uma expectativa

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela FGV Direito Rio. É assistente de pesquisa da FGV Projetos e membro fundador do Grupo de Estudos em Solução de Conflitos da Escola da FGV Direito Rio. E-mail: joaobenicio@outlook.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Privado pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne, na França, mestre e especialista em Direito e Mediação pela Universidade Carlos III de Madrid, na Espanha. Coordenadora de projetos da FGV Projetos na área de mediação e professora de mediação e negociação. E-mail: lossandrade.juliana@gmail.com

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela FGV Direito Rio. É assistente de pesquisa da FGV Projetos e membro fundadora do Grupo de Estudos em Solução de Conflitos da Escola da FGV Direito Rio. E-mail: mariafernandadyma@outlook.com.br

de necessidade de investimento e promoção de melhorias na infraestrutura brasileira. Tal mecanismo parece permitir a redução dos custos na prevenção e solução de conflitos relacionados às obras e também maior resguardo para que as obras não sejam paralisadas. Finalmente, a adequação de tal instrumento também prestigia os recentes mandamentos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente no que respeita às cortes de contas, em prestígio à sua função pedagógica e harmonizadora.

**Palavras-Chave:** Administração Pública. Infraestrutura. Obras Públicas. Órgãos de Fiscalização. Comitê de Resolução de Disputas.

## ABSTRACT

This paper proposes to explore the legal feasibility and convenience of the usage of Dispute Boards by Public Administration as an instrument for the prevention and solution of conflicts in Brazilian infrastructure projects. In this sense, the study began with a bibliographic review and analysis of secondary data of Brazilian public infrastructure works, as well as on the current normative scenario and projected legislation. As a result, a great challenge of efficiency, integrity and agility of the sector has been identified. Notably, the difficulty of public agents to act with innovation and to safeguard the responsibility for decision-making outside the auspices of the Judiciary were pointed out and also the great impact of the Courts of Accounts. On the one hand, there is the enormous number of infrastructure works paralyzed by the inefficiency of the system of conflict prevention and solution, and, on the other hand, there is a need for investment and promotion of improvements in the Brazilian infrastructure. Such mechanism seems to allow the reduction of costs in the prevention and resolution of conflicts related to the works and to guarantee a greater protection so the works are not paralyzed. Finally, the adequacy of this instrument also prestige the recent “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” commandments, especially with regard to the Audit Courts, as standing to its pedagogical and harmonizing function.

**Keywords:** Public Administration. Infrastructure. Public Works. Audit Bodies. Dispute Boards.

Recebido: 21-11-2018

Aprovado: 19-12-2018

## 1 INTRODUÇÃO

A atuação da administração pública no Brasil mudou nos últimos anos. Com a exposição de esquemas de corrupção, a opinião pública e, principalmente, os órgãos fiscalizadores passaram a pressionar de forma mais intensa os gestores públicos, para que a discricionariedade dos atos políticos próprios de seus cargos seja exercida com vistas ao atendimento do interesse público.

Entretanto, ainda que existam princípios constitucionais balizadores – como o da legalidade –, bem como parâmetros legais, como as leis de concessões e de licitações, há, na aplicação e fiscalização das normas, diferenças interpretativas que, muitas vezes, tornam tênue a linha entre o permitido e o proibido. Somado a isso, o cenário de extensa fiscalização punitiva e exposição pública tem gerado, nos administradores públicos, um enorme receio que dificulta, quando não impede, a tomada de decisão que promova inovações por temerem que seus atos venham a ser questionados.

E, se tal dificuldade pode ser quase que generalizada dentro do setor público, há determinados setores ainda mais afetados porquanto tratam de questões costumeiramente instáveis ou mutáveis em razão da própria essência da atividade. Assim, é nesse cenário delicado que se insere o setor administrativo dedicado a gerir obras públicas e de infraestrutura. Afinal, tais obras, apesar de contarem com projeto inicial, que deveria guiar as etapas de precificação e licitação, podem sofrer com alterações, descobertas após o início das operações. Estas ensejam, por parte da prestadora de

serviços, um valor maior do que aquele previsto no contrato, como forma de garantir o equilíbrio econômico financeiro do negócio.

Por outro lado, como indagação aos administradores, é comum haver dúvidas sobre o grau de surpresa da informação e o receio quanto à linha divisória entre a manutenção da exequibilidade econômica da obra e a sua sobreprecificação. Neste caso, em não raras vezes, o resultado é a paralisação do empreendimento até que a questão seja resolvida, seja pela via judicial ou arbitral, caso assim disponha o contrato.

Do mesmo modo, os órgãos fiscalizadores, como o Tribunal de Contas, que verifica as contas e os resultados provenientes, por exemplo, de obras e de infraestrutura, acabam igualmente pressionados a fiscalizar de forma intensa atos administrativos envolvendo grandes valores, como uma forma de conceder maior segurança à adequada aplicação dos recursos públicos. Preocupam-se, portanto, com a utilização de instrumentos adequados que permitam a aferição dos dados e dos ocorridos ao longo do ato administrativo de forma precisa.

Os *dispute boards* podem ser um desses instrumentos. Conhecidos no Brasil como comitês de resolução de disputas, são uma forma extrajudicial de prevenção e solução de controvérsias. Esse mecanismo é utilizado, principalmente, em contratos de obras e infraestrutura que, por suas características, exigem um acompanhamento contínuo durante a execução.

Dessa forma, o intuito deste artigo é explorar os elementos conceituais básicos dos *dispute boards*, examinar sua potencial aplicação pela administração pública, sua utilidade ao administrador tomador de decisão, bem como ao órgão fiscalizador. Para tanto, será apresentado o atual contexto das obras públicas de infraestrutura paralisadas no Brasil, com enfoque nas causas desse cenário e nas consequências geradas. Toda a abordagem proposta é guiada pela ênfase da aplicabilidade do *dispute board* pela administração pública e os seus benefícios ao controle da execução das obras de infraestrutura, tanto para o administrador quanto para o fiscalizador.

## 2 O CENÁRIO DAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL

Os investimentos de obras de infraestrutura são fundamentais em qualquer país. Afinal, ela tanto interfere diretamente na satisfação ou manutenção de alguns dos deveres do Estado e dos direitos do cidadão – como no caso de fornecimento de luz e saneamento básico –, quanto impacta na economia, pela necessidade de conexões modais para escoamento da produção.

Por um lado, o Brasil precisará investir cerca de R\$ 8,7 trilhões em infraestrutura entre 2018 e 2038 para eliminar o “hiato de investimento” (INFRA 2038, 2018, p. 3). Por outro, estima-se que cerca de mil obras de infraestrutura estejam completamente paradas no Brasil (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

Em primeira análise, uma causa possível para a paralisação dessas obras é a crise econômica, orçamentária e fiscal que acomete o país nos últimos anos. De fato, alguns projetos dentro do número apresentado foram abandonados por fatores relacionados à crise.<sup>4</sup> Entretanto, a maior parte das interrupções nas obras ocorre por problemas relativos aos respectivos contratos.

Esse tema está presente no debate político brasileiro desde meados da década de 1990, inclusive com a criação de uma Comissão Temporária no Senado Federal<sup>5</sup> com o objetivo de modernizar e aperfeiçoar questões no setor, e evidenciou, já em 1995, a recorrente paralisação das obras públicas na história do Brasil (BRASIL, 1995). Naquela época, 2.214 obras

<sup>4</sup> Estudos da Confederação Nacional da Indústria (CNI) exemplificam tal situação com os casos dos projetos de concessões elaborados com base em projeções futuras extremamente otimistas. Nestes casos, diante da não concretização dessas expectativas futuras, havendo inclusive um cenário de recessão, a finalização do projeto significou grandes perdas para as concessionárias e grave desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

<sup>5</sup> Comissão Temporária, criada por meio do Requerimento nº 651, de 1995-SF, possuía as seguintes funções principais: i) inventariar as obras inacabadas em todo país; ii) analisar a situação dessas obras; iii) estabelecer uma escala de prioridade para a retomada dessas obras; iv) apontar eventuais ilícitos de irregularidades; v) propor legislação moralizadora na execução de obras públicas; vi) propor a instituição de mecanismos de acompanhamento pelo poder legislativo e vii) contribuir para o aperfeiçoamento do processo orçamentário.

já se encontravam estagnadas.<sup>6</sup> Na mesma linha, com o descarte da crise econômica como principal razão para o frequente abandono das obras de infraestrutura no Brasil, pesquisa divulgada no início de 2018 pela CNI evidencia as principais causas deste problema:

Entre os fatores a explicar esse problema recorrente no Brasil estão a **baixa qualidade da estruturação de projetos**, o excesso de burocracia e a má gestão da execução das obras. Cite-se também a **difícil interação entre os gestores públicos, responsáveis por fazer os projetos virarem realidade e os órgãos de controle**, uma interface cheia de incentivos perversos e resultados nem sempre favoráveis, do ponto de vista do andamento das obras.

O motivo técnico continua sendo, porém, o mais importante, também pela ótica do valor do investimento restante. Quando se foca no investimento em obras paralisadas de infraestrutura, os motivos de paralisação responsáveis por parcelas mais elevadas de recursos são o **técnico e o orçamentário/financeiro**, respectivamente. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE INDÚSTRIAS, 2018, p. 14, grifos nossos).

A informação converge diretamente com dois relatórios de levantamentos de auditoria do Tribunal de Contas da União, um proveniente de 2006 (BRASIL, 2006b) e outro do ano de 2013 (BRASIL, 2013). Naquele realizado em 2006, houve o enfoque nas obras de valor acima de R\$ 450 mil das instituições que participaram e colaboraram com o evento em conjunto com diversos órgãos, como o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e os ministérios da Educação, do Planejamento, da Saúde, da Ciência e Tecnologia, das Cidades, da Integração Nacional, das Comunicações e do Turismo. A partir das informações de 400 obras, o Tribunal de Contas da União avaliou os principais motivos para a paralisação na execução dos projetos. Dentre mais fre-

<sup>6</sup> Ressalta-se que esse número pode ser menor do que a realidade na época, conforme estabelece o Relatório Final apresentado pela Comissão Temporária: “Por outro lado, sabemos que esse inventário está incompleto, pois existem obras inacabadas que não pudemos registrar em razão de não termos recebido, das autoridades competentes, as respectivas informações” (BRASIL, 1995, p. 7).

quentes encontravam-se problemas no “fluxo orçamentário/financeiro”, “inadimplência do tomador/conveniente”, “rescisão contratual” e, ainda, “problemas com a construtora”.

Já no relatório realizado em 2013, as obras em análise foram aquelas estagnadas no setor aeroportuário e cujos contratos contavam com valor acima de R\$ 1 milhão. Nessa linha, foram encontrados 14 contratos. De acordo com a análise, o fator comum que levou à paralisação desses casos foi a existência de problemas com a empresa contratada, seja por descumprimento contratual ou por atrasos por parte da empreiteira.

Diante desse cenário, verifica-se a existência de um problema sistemático, de interrupção e paralisação das obras por problemas relativos ao cumprimento do contrato. A prevenção de escalada e a resolução desses conflitos, se contarem com a arbitragem, levará, em média, 16 meses, e implicará altos custos econômicos e relacionais dada a natureza adversarial do mecanismo. Já pela via judiciária, o tempo médio de julgamento seria de cinco anos (BRASIL, 2017). Enquanto não houver o resultado desses processos, as obras permanecerão paradas, a implicar atrasos em seus potenciais benefícios futuros e a gerar problemas e custos de manutenção ao longo da paralisação, quando não a total inviabilidade do prosseguimento do projeto.

Os *dispute boards*, ou comitês de solução de conflitos, podem ser bastante proveitosos, trazendo maior agilidade no tratamento de eventuais ou potenciais conflitos e também para a mitigação das decorrências dos eventuais problemas que surjam no transcorrer da obra. Podem ainda contribuir para que as obras respeitem os cronogramas acordados. Diante disso, o tópico a seguir se encarregará de apresentar as principais características desse mecanismo.

### 3 O PAPEL DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA

Os *dispute resolution board* ou comitês de resolução de disputas são comitês formados por profissionais experientes, imparciais e tecnicamente preparados (geralmente dois engenheiros e um advogado), contratados logo no início do projeto de construção para acompanhar o progresso no canteiro de obra, “encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva” (VAZ et al., 2014, p. 327).

O comitê pode ser previsto desde a criação do contrato<sup>7</sup> ou somente ser instituído quando do surgimento de uma questão técnica a ser discutida.<sup>8</sup> Esses comitês são criados para atender de diferentes formas a necessidade de decisão técnica na execução de contratos complexos. A depender do que for pactuado pelas partes, as decisões tomadas pelos comitês podem se traduzir na forma de *recomendação*, sem vinculação das partes,<sup>9</sup> ou na forma de *decisão vinculante*, com caráter de obrigatório cumprimento.<sup>10</sup>

Apesar de ser um instituto relativamente novo no Brasil, a sua consolidação como mecanismo adequado à execução de contratos complexos teve início ainda nos anos 1970 com a construção do túnel Eisenhower em Colorado, nos Estados Unidos (BUENO; FIGUEIREDO, 2017). Adotado inicialmente com o objetivo de reduzir os sobrepreços das obras de infraestrutura e construção civil, o comitê de resolução de disputas foi sendo expandido geograficamente ao redor do mundo.

De acordo com os dados do *Dispute Resolution Board Foundation*,

7 Quando constituído desde o início do contrato é chamado de *standing dispute board*.

8 Já quando a instituição se dá apenas quando surge um litígio técnico, esses comitês são conhecidos como *ad hoc dispute boards*.

9 Os comitês que não emitem decisões vinculantes às partes são conhecidos como comitês de revisão ou *dispute review board* (DRB).

10 Quando os especialistas membros do comitê proferem decisões que vinculam as partes desde o início, independentemente da insatisfação dos contratantes, os comitês são conhecidos como comitês de adjudicação ou *dispute adjudication board* (DAB).



este instituto já havia, até abril de 2017, sido utilizado em pelo menos 2.813 grandes empreendimentos, totalizando um montante de aproximadamente R\$ 1,05 trilhão (DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION, 2017). Muitas obras de elevado grau de complexidade técnica só puderam ser entregues no tempo previsto graças à atuação do comitê de resolução de disputas, como a construção do Canal do Panamá.

Um dos maiores fatores de impulso desse mecanismo se deu com a introdução pelo Banco Mundial, desde 1995, da obrigatoriedade dos financiamentos cujo valor seja acima de U\$50 milhões de adotarem cláusulas que prevejam o uso dos *dispute boards*. A razão por trás disso está no reconhecimento de que o uso desse instituto traz maior segurança jurídica ao convênio e evita o aumento de riscos pelo surgimento de litígios após a cristalização da relação contratual.

Assim, independentemente do formato que assuma, o dispute board já é reconhecido como um método adequado para solução de controvérsias com ampla aplicação para contratos de construção civil e infraestrutura no debate jurídico brasileiro. Objeto de três enunciados – nº 49<sup>11</sup>, 76<sup>12</sup> e 80<sup>13</sup> – na “I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2016), o comitê de resolução de disputas não só foi enquadrado como um método de solução de conflitos no § 3º do art. 3º do Novo Código de Processo Civil, como também foi elencado como uma via recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, uma vez que, ao permitir a imediata solução dos conflitos surgidos no curso da execução dos contratos,

11 “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”

12 “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emita nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.”

13 “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”

evita o surgimento de litígios e reduz os custos correlatos de execução.

Reforçando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422/RJ (BRASIL, 2017) reconheceu a compatibilização de decisões vinculantes dos *dispute boards*. Na mesma linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) admitiu, em recente decisão no agravo de instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000(SÃO PAULO, 2018b), a manutenção da decisão adotada pelo *dispute boards* nos casos em que o instituto escolhido tiver o formato de emitir decisões vinculantes. A deliberação mostra-se relevante ao gerar segurança jurídica às partes adotantes e, ainda, conferir legitimidade ao comitê de resolução de conflitos, de maneira a garantir sua aplicabilidade e eficácia. Tal posicionamento do judiciário brasileiro parece ser fundamental para que a expansão do uso de mecanismos extrajudiciais como os comitês não seja fragilizada pela possibilidade de revogação judicial e se transforme em mera fase protelatória prévia ao litígio.

Nota-se que, de modo similar, na consolidação da arbitragem no Brasil, o poder judiciário também teve papel essencial no fortalecimento do instituto, seja na apreciação da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1974), seja na robusta proteção à autonomia da vontade e do respeito pela via arbitral pela farta jurisprudência do STJ (BRASIL, 2006a, 2007, 2008, 2012).

Na perspectiva de Ribeiro e Rodrigues (2015, p. 137), de maneira geral, os contratos de construção e de infraestrutura:

Exigem que a execução de seu objeto seja diferida no tempo, isto é, dilatam a implantação do empreendimento em etapas sucessivas. Esse fato, aliado às circunstâncias técnicas que envolvem a execução das obras e serviços – por exemplo, imprevisibilidades geológicas, geotécnicas –, torna mais fácil o surgimento de divergências e controvérsias entre os contratantes, resultando na instauração de disputas que podem impactar na continuação do contrato.

Por isso há grande eficácia nos *dispute boards* quando se trata de contratos dessa natureza. Afinal, o propósito por trás dos comitês de resolução de disputas está na celeridade, na capacidade técnica e, principalmente, no fato de que os profissionais envolvidos foram eleitos pelas partes como capazes e, portanto, legítimos para resolverem os conflitos da forma mais especializada, imparcial e compatível com as complexidades do contrato em análise (RIBEIRO; ALMEIDA, 2013).

Os números apontados pela *Dispute Board Resolution Foundation* indicam a eficiência no uso do instituto. De acordo com a instituição, em até 97% dos casos as decisões e recomendações feitas pelos comitês não são levadas à arbitragem, nem discutidas em disputas judiciais (BUENO; FIGUEIREDO, 2017). Além de sua eficácia, os comitês possuem custos relativamente baixos, que variam entre 0,05% e 0,26% do valor total do contrato, se comparados às despesas com mecanismos tradicionais como a arbitragem e o processo judicial, e ainda mais se contrastados com as perdas resultantes da paralisação das obras (AGUIAR, 2018).

A redução dos custos e a eficiência na resolução de problemas nos contratos de construção e infraestrutura são tão evidentes a ponto de agentes financiadores internacionais<sup>14</sup> exigirem cláusulas contratuais que tenham como previsão o uso de métodos extrajudiciais para a solução de controvérsias durante a execução do contrato, como é o caso do Banco Mundial (WALD, 2005).

<sup>14</sup> “Dentre esses agentes financiadores estão organismos internacionais como a American Society of Civil Engineers (Asce), o Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Fidic), a Institution of Civil Engineers (ICE), a International Chamber of Commerce (ICC), a DRBF e o Banco Mundial” (RIBEIRO; RODRIGUES, 2015, p. 140).

#### 4 O DESAFIO CULTURAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA EM APLICAR MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Embora já tenha amplo reconhecimento internacional desde a década de 1990, os comitês de resolução de disputas começam a ser introduzido aos poucos no Brasil. Atualmente, o único documento normativo existente no país sobre esse mecanismo é uma lei municipal de São Paulo que, promulgada em fevereiro de 2018, vem sendo considerada um verdadeiro marco para o uso dos *dispute boards* em contratos brasileiros de infraestrutura (SÃO PAULO, 2018a). Tanto que, na sequência da novidade legislativa na capital paulista, dois projetos de lei federal<sup>15</sup> já tramitam no Congresso e pulverizam o debate construtivo em torno da modernização dos contratos administrativos de infraestrutura pela introdução dos comitês de resolução de disputas na administração pública federal.

No entanto, a barreira da legalidade não é a única a ser enfrentada para que a administração pública possa fazer uso dos *dispute boards* como mecanismo gestor nas obras. Há um desafio muito maior em jogo: a cultura do Direito Administrativo brasileiro em não aceitar métodos alternativos à via judicial para dar respostas a direitos patrimoniais da administração pública (FITCHNER; MONTEIRO, 2017).

Interessante e delicado, tal debate tem sido travado historicamente, notadamente com a introdução do instituto da arbitragem no Direito brasileiro há mais de duas décadas (LEMES, 2007). De início, quando a arbitragem começou a ser apresentada como uma solução aos entraves judiciais que dificultavam o impulso a investimentos no Brasil, houve, até mesmo, a cogitação de total proibição por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC)<sup>16</sup> da utilização da arbitragem nos contratos celebra-

<sup>15</sup> Cf. o PL nº 9.883/2018 e o PLS nº 206/2018

<sup>16</sup> A PEC 96/1992 possuía o seguinte texto: “Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação: Art.98 [...] §4º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei”.

dos pela administração pública (SCHMIDT, 2018, p. 27). Muito embora essa proposta não tenha sido introduzida no texto constitucional, a ideia de vedação de métodos extrajudiciais para discutir questões envolvendo o Poder Público perdurou por muito tempo.

O próprio Tribunal de Contas<sup>17</sup> já se posicionou de maneira resistente à admissibilidade de utilização da via arbitral no âmbito da administração pública (SCHMIDT, 2018, p. 28). Principalmente quando ainda não havia sido introduzida expressamente a possibilidade da administração se submeter às cláusulas arbitrais<sup>18</sup>, o que ocorreu com a recente e exitosa reforma da Lei de Arbitragem de 2015. Por trás desse impedimento estava a crença de que entregar a prestação jurisdicional, por via contratual, a terceiros não integrantes do Poder Judiciário seria dispor da coisa pública (MELLO, 2006), o que poderia ser entendido como vedado supostamente do direito administrativo brasileiro. Essa indisponibilidade se alicerça na busca pela garantia de que os bens públicos sejam utilizados em conformidade com os interesses primários da coletividade.

Não obstante, o interesse público envolvido na contratação arbitral de questões patrimoniais é secundário e, conseqüentemente, disponível (SCHMIDT, 2018, p. 55). Isso porque a adoção de cláusula arbitral tem simples natureza instrumental, deslocando o litígio da seara judicial para a arbitral (LEMES, 2007). Atualmente prevalece, inclusive, o entendimento de que o uso da arbitragem é, além de autorizado, recomendável (PEREIRA; GIOVANINI, 2017). Isso porque a adoção de métodos alternativos, adequados ou apropriados para solucionar litígios privilegia o interesse público (GRAU, 2002, p. 50), especialmente por tornar o processo decisório mais célere e especializado (LOSS; CHACEL, 2017). Nessa linha,

17 Cf. TCU, 2ª T, Acórdão 0584/2003, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. em 10.04.2003, DOU de 28.04.2003; e TCU, 2ª T, Acórdão, 0537/2006, Rel. Min. Walton Alencar, j. em 14.03.2006, DOU de 17.03.2006.

18 A introdução expressa da possibilidade da administração pública se submeter à cláusula arbitral ocorreu em 2015 com a reforma da Lei de Arbitragem. Veja o §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96): “Art. 1º [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Carlos Alberto Salles (2011) afirma que “a adoção de mecanismos eficientes de solução das controvérsias é tendente a reduzir o custo total dos contratos, pois reduz os riscos contratuais associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo”.

Se, por um lado, no âmbito da arbitragem essa é uma questão já superada, por outro, os comitês de resolução de conflitos ainda são uma novidade para a administração pública brasileira. Desse modo, os gestores públicos tanto não conhecem suficientemente essa ferramenta como também lidam com o receio de inovar na contratação e serem responsabilizados por isso.

A introdução de novas tecnologias contratuais na administração pública deve, portanto, passar por uma reforma cultural de reconhecimento pelas instituições operacionalizadoras do direito – como o Judiciário – e os órgãos fiscalizadores – a exemplo do Tribunal de Contas. Para tanto, serão apresentadas no próximo tópico algumas vantagens da introdução desse mecanismo aos contratos administrativos.

## **5 AS VANTAGENS DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Uma das principais vantagens dos comitês de resolução de disputas é evitar que as obras sejam paralisadas em razão de disputas técnicas que surgem entre o contratante e o contratado. Nesse sentido, além de diminuir os litígios judicializados entre concessionário e administração pública, esse método alternativo pode evitar atraso no cronograma do projeto. Além disso, entre outros efeitos, os comitês contribuem para diminuir o impacto sobre o fluxo de caixa, trazer segurança jurídica ao administrado e ao administrador, como também, para facilitar o trabalho fiscalizatório dos agentes responsáveis por auditar a execução de obras públicas.

Consequência disso? O risco operacional diminui e a segurança ao bom sequenciamento das obras aumenta, refletindo diretamente na redução dos preços das obras contratadas.

Desse modo, aqui pretende-se demonstrar como esse método pode ser dotado de utilidade direta aos agentes públicos no desenvolvimento de suas atividades e na promoção do interesse público.

### 5.1 Para a administração e para o administrador público

O papel do administrador público é primordial para o funcionamento do país e para a satisfação das políticas públicas adotadas pelo Estado, implementando e gerindo-as. Desse modo, torna-se ainda mais importante a criação de um sistema de acompanhamento e fiscalização das ações desses indivíduos, como forma de assegurar que suas ações sigam o interesse público e os princípios que regem a administração pública no Brasil, como a moralidade e a impessoalidade.

Diante dos diversos escândalos envolvendo administradores públicos em razão de supostos descumprimentos desses preceitos, o acompanhamento do cidadão, dos órgãos fiscalizadores e sancionadores aumentou.

Por um lado, como efeito positivo, algumas ações prejudiciais à saúde político-financeira do Estado passaram a ser coibidas. Aumentam-se os riscos e os custos de se adotar posturas ilegítimas, escusas e pessoais: há maior atenção dos organismos fiscalizadores sobre os atos praticados pelos agentes públicos e aumento de probabilidade de possíveis repercussões, diante de qualquer inconsistência entre suas ações e a legislação aplicável. Por outro lado, cria-se um efeito negativo e indesejado de insegurança jurídica. Diante da possibilidade de mudanças interpretativas da legislação e seus limites, seja por transformação do contexto ou até mesmo por perspectivas diferentes que possam ser apresentadas pelos órgãos de controle, aquilo que pode ser entendido como legal pelo administrador

e sua equipe, pode ser entendido como ilegal pelos órgãos fiscalizadores.<sup>19</sup>

Nessa seara, o administrador deixa de tomar determinadas decisões como forma de evitar possíveis riscos e exposições. Em razão do mesmo preceito, passa a buscar alternativas para não extrapolar linhas mais seguras da administração pública e a abster-se de atuar de forma inovadora. Ainda, passa a apoiar decisões somente quando houver alguma determinação judicial ou arbitral que não o comprometa por fazer uso de sua discricionariedade.

Contudo, as disputas relativas aos contratos de obras públicas e de infraestrutura não podem depender de decisões judiciais e arbitrais para terem prosseguimento, sob a pena de continuarmos na situação de estagnação de investimento conhecida hoje no Brasil. E existem algumas razões para isso: primeiro, quando submetidas ao juízo, muitas vezes as decisões carecem de fundamento técnico. Do mesmo modo, quando submetidas à arbitragem, altos custos processuais encontram-se envolvidos. Por fim, conforme já exposto acima, ambos os procedimentos levam tempo, o que, em se tratando de obras públicas e de infraestrutura, pode impactar na gestão pública e, ainda, repita-se, gerar custos de manutenção da obra paralisada.

Nesse sentido, o *dispute board* preenche essa necessidade de segurança jurídica ao estabelecer um processo decisório imparcial, eficiente e técnico, gerando ao administrador uma tomada de decisão informada e técnica sobre as eventuais disputas que possam advir do contrato, conforme estabelece a afirmação dos advogados João Paulo Pessoa e Leonardo Toledo, em entrevista concedida ao *Valor Econômico* sobre o instituto: “Um agente público tem muito mais segurança para justificar pagamentos extras, por exemplo, a partir do momento em que existe decisão de uma junta técnica” (BACELO, 2018).

<sup>19</sup> Essa situação tem sido definida pelos meios de comunicação como “apagão das canetas”. O conceito, que se configura. Diante do temor de ser responsabilizado pessoalmente, muitos técnicos deixam de agir. Na prática, significa que os gestores públicos, em vários níveis, têm medo de serem responsabilizados jurídica ou criminalmente por assinarem documentos que liberam, por exemplo, a duplicação de estradas. Cf. CONFLITO..., 2018.



## 5.2 Para os órgãos de fiscalização

De maneira geral, como aponta a Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, Daldice Santana, e Bruno Takahashi (2017), a imagem que se tem dos tribunais de contas é a de um órgão repressivo que, ao fiscalizar a aplicação de recursos financeiros públicos, busca os culpados e aplica as sanções cabíveis com rigidez. Contudo, para Carlos Wellington Almeida (2003), embora as cortes de contas sejam mais conhecidas pelo seu papel sancionador, é importante destacar também sua atividade pedagógica e harmonizadora, ou seja, quando age ativamente recomendando aos gestores a adoção de providências e melhorias nas práticas de gestão.

Na mesma linha, Vera Monteiro e André Rosilho identificaram por meio da jurisprudência dos tribunais de contas que essas cortes possuem preocupação com o aprimoramento da gestão pública no Brasil, seja apontando falhas ou sugerindo mudanças em prol de melhorias nas práticas administrativas (MONTEIRO; ROSILHO, 2017). Desse modo, embora sejam órgãos fiscais, a atividade das cortes de contas é também – na linha das novas mudanças da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), de 4 de setembro de 1942<sup>20</sup> – contributivo à gestão pública. Isso porque os tribunais de contas podem oferecer aos gestores públicos sugestões de alternativas úteis à adequação dos seus atos aos limites da legalidade, inclusive pela adequação dos contratos públicos ao modelo dos *dispute boards*. Portanto, as cortes de contas são importantes atores na introdução de mudanças dentro da rígida administração pública brasileira.

A inovação trazida pelos comitês de resolução de disputas aos contratos públicos não é uma via benéfica somente ao administrador e à administração, mas também serve de auxílio à atuação fiscalizatória dos

20 Para melhor entendimento do espírito das mudanças da LINDB, cita-se como exemplo o parágrafo único do seu art. 20: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 1942, grifo nosso).

tribunais de contas e do Ministério Público (ANASTASIA; CARNEIRO, 2018). Inicialmente, porque a tomada de decisão técnica por meio de um comitê independente dificulta a negociação direta entre o poder concedente e o concessionário para fins corruptivos. Segundo porque os membros do comitê, como próprio de sua atividade, emitem pareceres técnicos sobre as questões controversas e isso auxilia no balizamento fiscalizatório. Por fim, a própria atividade constante no canteiro de obras facilita o trabalho de inspeção, já que há uma produção ágil e contínua de documentos que permite uma proximidade das auditorias à execução da obra.

## 6 CONCLUSÃO

Há certo consenso sobre a necessidade de se reinventar o modo como a administração atua na contratação pública no Brasil. Nota-se um grande *deficit* de infraestrutura ao tempo em que milhares de obras se encontram paradas. Parte desse problema é consequência de discussões técnicas no canteiro de obras que poderiam ser resolvidas entre as partes, mas que, quando escalam e se convertem em conflitos, são judicializadas e, com isso, atrasam a execução da construção.

A eficiência dos contratos públicos passa, portanto, pela introdução de ferramentas contratuais capazes de prevenir e diminuir os litígios discutidos na via judicial ou arbitral. O instituto do comitê de resolução de disputas surge, assim, como uma alternativa para abrandar as dificuldades do investimento infraestrutural brasileiro e, em longo prazo, criar um ambiente de segurança jurídica benéfico tanto para a administração pública quanto para agentes privados interessados em aplicar capital em grandes obras nacionais.

O potencial contributivo que os *dispute boards* têm, como ferramenta contratual, para a administração pública é extenso e há muito es-

paço a ser explorado. Enquanto por um lado já é possível indicar cenários benéficos do uso desse mecanismo para a execução de grandes obras de infraestrutura, por outro, ainda falta um longo caminho para que esse mecanismo seja contemplado pela administração. Isso decorre tanto pelo aguardo de um arcabouço normativo que satisfaça o princípio da legalidade, quanto pela ainda presente cultura de adversidade aos modelos extrajudiciais de resolução de conflitos nos contratos públicos.

Assim, torna-se primordial que instituições pilares da administração pública, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, adotem posturas vanguardistas, porém responsáveis, para debate e introdução de mecanismos como os comitês de resolução de disputas nos contratos públicos brasileiros.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, G. A. T. Dispute Board como solução de controvérsias. **JOTA**, São Paulo, 27 abr. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/afUv7E>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

ALMEIDA, C. W. L. Controle externo e técnicas de mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. **Revista do TCU**, Brasília, n. 98, p. 47, out.-dez., 2003.

ANASTASIA, A.; CARNEIRO, C. M. “Dispute Boards” para desenvolver o Brasil”. **Estadão**, São Paulo, 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/Zzwe4P>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BACELO, J. Tribunal paulista mantém decisão extrajudicial desfavorável ao Metrô. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/vwRpvh>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: <<https://bit.ly/2JN4Ss2>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator: Ministro Olavo Bilac Pinto, j. Em: 14 nov. 1973. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 15 fev. 1974.

\_\_\_\_\_. **Comissão temporária das obras inacabadas**: relatório final. Brasília: Senado Federal, 1995. Disponível em: <<https://goo.gl/xXaFeh>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator: Ministro Luiz Fux, j. Em 28 jun. 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 14 ago. 2006a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Levantamento de Auditoria (TC 012.667/2006-4)**. Brasília: TCU, 2006b.

\_\_\_\_\_. 2ª T., RESP 606.345/RS, Relator: Ministro João Otávio Noronha, j. Em 17 maio 2007. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 8 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção, MS 11.308/DF, Relator: Ministro Luiz Fux, j. Em 9 abr. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 maio 2008.

\_\_\_\_\_. 3ª T., RESP 904.813/PR, Relator: Ministra Nancy Andrichi, j. Em 20 out. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Relatório de Levantamento de Auditoria: Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação – Secob**. Edificação. (TC 016.052/2013-7). Brasília: TCU, 2013.

\_\_\_\_\_. REsp 1569422/RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26 abr. 2016, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. Os Dispute Boards em contratos de construção e grande projetos de infraestrutura. *Cadernos FGV projetos*, [S.l.], ano 12, n. 30, p. 88-97, abr.-maio 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/86Bamy>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Grandes obras paradas**: como enfrentar o problema? Brasília: CNI, 2018. (Propostas da indústria eleições 2018; v. 25).

CONFLITO entre órgãos é entrave para investir, analisam especialistas. **O Globo**, Rio de Janeiro, 2 ago. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/uMa869>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **I jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”** – 22 e 23 de agosto de 2016. Brasília, CJF, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HeJJGf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Project Database*, 2017.

SEPPALA, C. The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board. **The International Construction Law Review**, Paris, v. 14, part 4, [s.p.], 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/pRmkar>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

FITCHNER, J. A.; MONTEIRO, A. L. 20 anos da Lei de Arbitragem: pas-

sado, presente e futuro. **Caderno FGV projetos**, [S.l.], ano 12, n. 30, 2017.

GRAU, E. R. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 50, jul.-dez. 2002.

INFRA 2038. **Quanto precisamos investir até 2038?** Consulta Pública 01 – janeiro de 2018. São Paulo: Infra 2038, 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/QBdU8c>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

LEMES, S. F. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOSS, J.; CHACEL, J. A gestão extrajudicial de disputas e o tempo. **Cadernos FGV projetos**, [S.l.], ano 12, n. 30, P. 30-37, 2017.

MELLO, C. A. B. As parcerias Público-Privadas (PPPs). **Migalhas**, [S.l.], 12 jan. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/46Tbts>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MONTEIRO, V.; ROSILHO, A. **Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União**: Direito da Infraestrutura: v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, A. L. P.; GIOVANINI, A. E. P. P. Arbitragem na administração pública brasileira e a indisponibilidade do interesse público. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/4K4f9j>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

RIBEIRO, M. C. P.; ALMEIDA, C. S. Análise crítica das cláusulas Dispute Board: eficiência e casos práticos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, 2013.

RIBEIRO, A. P.; RODRIGUES, I. C. Os dispute boards no direito brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 128-159. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/o5HWzW>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

SALLES, C. A. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTANA, D.; TAKAHASHI, B. O papel do Tribunal de Contas da União na institucionalização dos meios consensuais e a responsabilização pessoal do advogado público. **Caderno FGV projetos**, [S.l.], ano 12, v. 30, 2017.

SÃO PAULO. Câmara Legislativa Municipal de São Paulo. Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 1, 23 fev. 2018a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Público. Relator: Torres de Carvalho. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, 24 maio 2018b.

SCHMIDT, G. R. **Arbitragem na administração pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

VAZ, G. J. et al. Os Dispute Boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, abr.-jun. 2014.

WALD, A. A arbitragem contratual e os dispute boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.