



Dispute Boards e
Arbitragem
na Administração
Pública

Realização



Apoiadores



DISPUTE BOARDS E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**DISPUTE BOARDS E A PREVISÃO NA NOVA LEI DE
LICITAÇÕES**

FLÁVIO AMARAL GARCIA

ABRIL DE 2023

UMA PRIMEIRA CONTEXTUALIZAÇÃO



- A Lei nº 14.133/21 representa um avanço no desenho normativo das licitações e contratos
- A convergência dos instrumentos do “Direito Administrativo dos Negócios” e do “Direito Administrativo dos Clipes”
- Alguns exemplos: *(i)* alocação de riscos; *(ii)* diálogo competitivo; *(iii)* Procedimento de Manifestação de Interesse; *(iv)* seguro garantia; *(v)* métodos adequados de solução de controvérsias;

O CONTRATO ADMINISTRATIVO E OS APORTES DA AED



CONTRATOS INCOMPLETOS

A percepção de que os contratos concessionais de longo prazo são **incompletos**: incapacidade que existe em prever todas as consequências para as possíveis variáveis e contingências que podem impactar o contrato

Impossibilidade de definir *ex ante* todas as condições e variáveis. A existência de lacunas súbitas e deliberadas

CONTRATOS RELACIONAIS

Reconhecimento da flexibilidade como mola mestra para a construção de uma dinâmica contratual mutável e permanente cambiável – Correto sistema de incentivos

A lógica da cooperação, confiança e boa-fé como elementos centrais da construção coordenada das soluções pós-contratuais “logo de ganha/ganha”

UMA MUDANÇA CULTURAL EM CURSO: A GESTÃO DO CONFLITO



- O conflito deve ser esperado como algo normal e previsível. Segurança jurídica não é ausência de conflito, mas a forma de lidar com eles
- Estruturas de governação aptas a solucionar a infinidade de contingências que podem interferir na sua execução (mediação, conciliação, dispute board e arbitragem)
- Premissa de que são ineficientes as intervenções judiciais (lógica binária) nos contratos, já que as partes detêm maior capacidade, conhecimento e informação do que qualquer decisor externo. A questão cultural brasileira de tutela do Judiciário e de convicção apenas na via judicial.
- FERNANDO MARCONDES: *“um contrato de construção bem sucedido não se caracteriza pela ausência de divergências entre as partes ao longo da obras, mas, sim, pela inexistência de divergências ao seu final”.*

O DISPUTE BOARD



- Comitê ou painel formado por *experts* que acompanha a execução do contrato, com o objetivo de **prevenir conflitos**
- Mecanismo endocontratual
- Acompanhamento do contrato em tempo real por especialistas
- Além da função de prevenir conflitos, também emite decisões vinculativas ou recomendações para dirimir eventuais divergências instaladas entre as partes
- Ferramenta que fomenta a cooperação, a confiança e a boa-fé entre as partes
- O dispute board e a sua aderência como ferramenta integrativa dos contratos incompletos e relacionais

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O DISPUTE BOARD



- Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:
- II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;
- Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, **o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.**
- Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.
- Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.
- Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos **comitês de disputas, observará** critérios isonômicos, técnicos e transparentes

AS VANTAGENS DO DISPUTE BOARD



- Mecanismos de gestão contratual e de aproximação e confiança entre as partes e de incentivo ao diálogo.
- Especialização dos experts e agilidade no seu procedimento
- Atuação proativa para evitar o conflito, valendo-se da experiência dos experts e do seu conhecimento do contrato (inibição de pleitos descabidos)
- Mesmo que não previna o litígio, as questões técnicas estão refletidas e enfrentadas e no caso de posterior arbitragem ou mesmo judicialização da questão, conflito já está mais amadurecido (com maior chance de **deferência** às decisões do Board)
- Concretização do **princípio da eficiência** nos contratos administrativos

AS DISTINTAS FORMAS DO DISPUTE BOARD



- *Dispute Review Board*: as opiniões ou recomendações sem natureza vinculativa
- *Dispute Adjudication Board*: a decisão é vinculativa e obrigatória para as partes, que estão contratualmente obrigadas a dar cumprimento.
- *Combined Dispute Board*: poderão ser emitidas recomendações ou decisões vinculantes, com base nas regras de constituição do board
- *Ad hoc Dispute Board*: nomeação do Comitê para um conflito específico que venha a ocorrer, sendo desfeito assim que for solucionado

A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTES BOARDS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



- Contratos de longa duração (relacionais e incompletos)
- Contratos de Concessão (o caso da Linha 04 do Metrô de SP) e PPP
- Contratos de Obras Públicas
- As mais de 14 mil obras paralisadas (Acórdão 1079/19 – TCU). Em torno de 45% das obras estão paralisadas em razão de questões técnicas.
- Existe a possibilidade de aditar os contratos e adotar o dispute board?
- Possibilidade de utilização em diversos tipos contratuais (ex: contratações complexas de Tecnologia de Informação)

CONCLUSÕES



- Maior aproximação do regime dos contratos administrativos com soluções privadas
- Regulação do contrato: *(i)* criação dos corretos incentivos para as partes; *(ii)* alocação adequada dos riscos
- A governança e a gestão como um dos mais importantes eixos dos contratos administrativos no século XXI
- A autonomia da vontade pública e a retomada do protagonismo do contrato: o dispute board como um representativo exemplo
- Uma proposta budista: desapego das premissas da Lei nº 8.666/93
-

OBRIGADO!

famaral@mayerbrown.com

flavioamaral@pge.rj.gov.br

Realização



Apoiadores

