

## Rodrigues e Varela: Dispute boards na nova Lei de Licitações

No último dia 1º, foi publicada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/21, que revoga, na forma prevista do artigo 193 do referido diploma, a Lei de Licitações anterior (Lei nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei 10.520/02) e parcela da Lei do Regime Diferenciado de Contratações



O novo texto legal, que entrou em vigor na data de sua

publicação (artigo 194 da Lei nº 14.133/21), estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluindo ainda os entes descritos nos incisos do artigo 1º da Lei 14.133/21. As empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, por sua vez, continuam a ser regidas pela Lei 13.303/16, não sendo abrangidas pela nova lei (artigo 1º, §1º, da Lei 14.133/21).

Nos seus artigos 151 a 154, a Lei nº 14.133/21 disciplina a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e arbitragem como meios *alternativos* de prevenção e resolução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos — métodos esses cuja qualificação como alternativos merece questionamento, como adiante se mencionará.

Embora se trate de uma novidade na legislação de licitações e contratos administrativos, a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nas contratações públicas já se encontrava positivada em diversas leis especiais, a exemplo do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95); do artigo 11, III, da Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/04); da Lei de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei nº 13.140/15); do artigo 1º, §1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96 alterada pela Lei nº 13.129/15); entre outras.

O único meio de resolução de controvérsias para contratações administrativas citado na Lei nº 14.133/21 que não possuía tratamento normativo no Brasil em nível federal [\[1\]](#) eram os *dispute boards*, motivo pelo qual — considerando a entrada em vigor da Lei nº 14.133/21 e sua previsão expressa — decidimos tecer, neste texto, breves comentários acerca do instituto e sua relevância para a nova lei em vigor.



A doutrina comumente aponta que as primeiras utilizações bem-sucedidas do *dispute board* ocorreram nos Estados Unidos, na década de 70 do século 20, especificamente no projeto de construção do *Eisenhower Tunnel* (Colorado), do *Mount Baker Ridge Highway Tunnel* (Seattle, Washington), e do *Chambers Creek Tunnel* (Tacoma, Washington)<sup>[2]</sup> <sup>[3]</sup>. Desde então, o êxito na utilização do referido método de solução de conflitos contribuiu para a sua propagação nos anos seguintes, principalmente em projetos de construção nos Estados Unidos e no mundo afora.

No Brasil, o *dispute board* é uma experiência jurídica ainda embrionária. Historicamente, nosso sistema jurídico sempre priorizou a jurisdição estatal em detrimento dos métodos então chamados alternativos de resolução de conflitos. Existe um certo apreço e uma cultura ainda voltada à judicialização dos conflitos. Sabe-se, contudo, que esse cenário vem sendo alterado paulatinamente. Assim como a arbitragem superou, ao longo das últimas décadas, as desconfianças existentes desde sua regulamentação pela Lei nº 9.307/96, é possível — como se verá à frente — trilharmos caminho similar para os *dispute boards* no Brasil.

Com efeito, o direito fundamental de acesso à Justiça, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, assim como positivado entre as normas fundamentais do processo civil no artigo 3º do Código de Processo Civil, representa não mais unicamente um direito de acesso à prestação jurisdicional justa, mas de acesso à solução justa para o conflito de interesses. Tanto assim que os parágrafos do mesmo artigo 3º consagram e estimulam o uso de diversos métodos mencionados nos artigos 151 a 154 da Lei nº 14.133/21.

Em âmbito nacional, ainda que de forma tímida, o *dispute board* já vem sendo utilizado em alguns projetos de grande magnitude, destacando-se, aqui, para citar alguns exemplos: os contratos para a construção da Linha 4 (Amarela) do metrô da cidade de São Paulo, os contratos celebrados para reforma dos estádios para a Copa do Mundo de 2014, os contratos internacionais relativos aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a parceria público-privada da Rodovia MG-050 e os contratos do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo.

Na sua acepção básica, o *dispute board* é considerado um mecanismo extrajudicial de solução e prevenção de conflitos por meio do qual as partes instituem, em geral, na ocasião da celebração do contrato, um especialista ou comitê de especialistas para acompanhar sua execução, prevenindo e solucionando eventuais litígios decorrentes do referido contrato.

As espécies de *dispute board* adotadas podem variar, a depender, principalmente, de três fatores: 1) o momento em que o comitê é formado; 2) o grau de vinculação das decisões proferidas pelo comitê; e 3) a quantidade de membros do comitê.

No que diz respeito ao momento de formação do comitê, existem duas modalidades. Na primeira, denominada *standing dispute board*, o comitê é formado contemporaneamente à celebração do contrato e permanece vigente ao longo de toda relação contratual. Na segunda, denominada *dispute board ad hoc*, o comitê é instituído apenas quando surgem controvérsias específicas no curso do contrato, sendo geralmente extinto após a prolação da decisão final.



Em relação ao grau de vinculação das decisões, há três modalidades. Na primeira, o *dispute review board*, o comitê emite recomendações não vinculantes às partes acerca da controvérsia, as quais poderão ser revistas por ação judicial ou arbitragem. Na segunda, o *dispute adjudication board*, o comitê emite decisão obrigatória às partes sobre a controvérsia, que se mantém vinculante até que obtida eventual decisão judicial ou arbitral em sentido contrário. Na terceira, o *combined dispute board*, há uma combinação dos dois modelos anteriores, podendo o comitê emitir tanto recomendações não vinculantes como decisões vinculantes, a depender do caso.

No que diz respeito à quantidade de membros do comitê, o usual é que seja composto por três *experts*, mas nada impede a formação de um comitê com apenas um *expert* — na realidade, um *dispute review expert* —, ou que se acorde um outro número de membros, embora a prática seja incomum.

É preciso registrar, contudo, que tais classificações — aqui exaltadas, principalmente, para fins didáticos —, não esgotam, de forma alguma, todos os possíveis modelos de *dispute board*, tendo em vista que o referido meio de solução de conflitos é uma construção teórica originada, sobretudo, no princípio da autonomia da vontade das partes. Com efeito, as peculiaridades de cada *dispute board* — composição do comitê, forma de acompanhamento da execução do contrato, formato das decisões proferidas etc. — dependerão, ao cabo, do modo como as partes decidirem disciplinar o instituto em sede contratual, e estas poderão customizar o *dispute board* de acordo com as especificidades da relação jurídica.

De toda forma, atualmente é frequente que as partes submetam a regulamentação do *dispute board* previsto em seu contrato a câmaras especializadas, que já possuem regras preestabelecidas e padronizadas sobre o procedimento. A título de exemplo, em âmbito internacional, temos a *Internacional Chamber of Commerce*, a *American Arbitration Association* e a *Chartered Institute of Arbitrators*, e, no Brasil, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá e a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil.

O sucesso mundial do *dispute board* pode ser atestado por diversas estatísticas já produzidas sobre o tema. Mencionam-se, aqui, os dados coletados pela *Dispute Resolution Board Foundation* — fundação norte-americana que fomenta e difunde a utilização dos *dispute boards*. Segundo a fundação, dos 2.813 casos que possui catalogados, datados de 1975 a 2017, cujo valor das obras somadas perfazem aproximadamente US\$ 277 bilhões, há um percentual de sucesso dos litígios — medido pela não recorribilidade às vias externas, como arbitragem ou Poder Judiciário — de mais de 90% [4].

Como já dito, o *dispute board* foi concebido e desenvolvido essencialmente em contratos de construção. Conforme afirma Gilberto Vaz [5], o fato de se tratar de acordos de trato sucessivo, com tempos de execução especialmente dilatados, torna esses contratos propícios para o surgimento de controvérsias. Há, ainda, segundo o autor, a complexidade e a multiplicidade de saberes técnicos envolvidos numa obra, aliado à influência de fatores naturais de previsibilidade problemáticos, os quais igualmente contribuem para o aparecimento recorrente de conflitos. Daí a frequente adoção, em âmbito internacional, do *dispute board*, que, de forma ágil, especializada e imparcial, resolve e previne divergências decorrentes do contrato.

Acreditamos que, igualmente para os contratos administrativos regidos pela Lei 14.133/21, a previsão do *dispute board* pode ser uma escolha bem-sucedida, tanto para o particular como para a Administração Pública.

O instituto tem uma série de vantagens em relação aos demais mecanismos alternativos de resolução e prevenção de conflitos.

A primeira é que o comitê, geralmente instituído no início da relação contratual, acompanha toda a execução do contrato, permitindo-o solucionar as questões que surgem agilmente, a tempo dos fatos. Essa circunstância evita o escalonamento do conflito, e, conseqüentemente, a interrupção ou inviabilidade de execução do projeto, muitas vezes geradas por divergências não resolvidas.

O objetivo do comitê, vale frisar, é resolver qualquer tipo de divergência, de modo célere e visando à continuidade do cumprimento do contrato. O *dispute board*, portanto, acaba por manter a relação das partes mais harmônica e construtiva, ao menos ao longo do contrato, poupando-as, em princípio, de desgastes e prejuízos financeiros decorrentes, direta ou indiretamente, de litígios levados ao Poder Judiciário e arbitragem.

A segunda vantagem é que os integrantes do comitê — pela experiência internacional, comumente formado por dois engenheiros e um advogado — são especialistas na matéria objeto do contrato, tanto o aspecto técnico como o jurídico, além de terem familiaridade com as condições do contrato e os responsáveis por sua execução, o que favorece a prolação de decisões qualificadas.

A terceira vantagem são os custos inerentes ao *dispute board*. Dados do *Dispute Board Foundation* demonstram que o custo de um conflito resolvido por *dispute board* é em torno de 0,05% a 0,25% do custo final da obra [6], o que corresponde a uma despesa baixa, caso comparado, por exemplo, à arbitragem. Além disso, salienta-se que, em regra, as partes dividem igualmente os custos para pagamento do trabalho executado pelo comitê.

Uma circunstância estimulante para o uso do *dispute board*, especificamente para os contratos administrativos, é o fato de que esse método de solução de conflitos, como antes mencionado, é altamente recomendado para o setor de construção, que, no Brasil, como se sabe, tem íntima relação com a esfera pública. Por vezes, obras de infraestrutura brasileiras — construção de estradas, usinas de geração de energia, sistemas de saneamento etc. —, possuem vínculo com o Estado, seja por meio de contratações diretas, financiamentos ou esquemas de parceria, entre a Administração Pública e particulares [7]. Nesse sentido, em outras palavras, o nosso setor público é um campo fértil e privilegiado para a utilização dos *dispute boards*.

Portanto, como se nota, as perspectivas para o uso dos *disputes boards* nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/21 são promissoras, seja em razão da nova previsão expressa na legislação — que confirma tendência do ordenamento jurídico brasileiro em autorizar e incentivar outros métodos de solução de conflitos no âmbito público —, seja em razão das vantagens, anteriormente mencionadas, oferecidas pelo instituto.

Não custa registrar que o uso do *dispute board*, em outras espécies de contratos administrativos, disciplinadas ou não pela Lei nº 14.133/21, também pode ser vantajoso às partes, a exemplo dos contratos de concessão, de prestação de serviço e de fornecimento de longo prazo. Afinal, tais espécies de contratos podem envolver assuntos de alta complexidade técnica, possuir períodos longos de vigência, bem como podem ser alvo constante de atrasos na execução do contrato, que acabam por ocasionar prejuízos em cadeia a uma série de agentes. Todas essas características citadas tornam a disponibilidade imediata de um comitê especialista na matéria também atraente para esses contratos.

No que diz respeito à regularização do *dispute board* na Lei 14.133/21, veja-se que, apesar de louvável a sua menção expressa, o legislador não aprofundou a disciplina normativa do instituto, tendo estabelecido regras genéricas nos artigos 151 a 154. No entanto, isso não deve ser visto como um ponto negativo da lei. Assim como existem as Leis nº 9.307/96 e nº 13.140/15, disciplinando a arbitragem e a mediação, certamente virá legislação própria para tratar do *dispute board*.

Atualmente, aliás, existem em trâmite dois projetos de lei sobre o assunto: o Projeto de Lei nº 9.883/18, da Câmara dos Deputados, que dispõe do uso dos *disputes boards* em contratos administrativos em nível nacional, e o Projeto de Lei nº 206/18, do Senado Federal, que regulamenta a instalação dos *dispute boards* em contratos administrativos continuados celebrados pela União.

Diante de todo o exposto, vemos com otimismo o uso do *dispute board* nos contratos administrativos disciplinados pela Lei 14.133/21, como mecanismos de ampliação de eficiência, celeridade, qualidade das decisões proferidas e segurança jurídica na solução de litígios no âmbito público.

[1] Fez-se referência ao *dispute board* como novidade na esfera da legislação federal, tendo em vista que, em nível municipal, por exemplo, desde 2018, está em vigor, no município de São Paulo, a Lei nº 16.873 — posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 60.067/21 —, que regulamenta a instalação dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo.

[2] RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos *dispute boards* no Direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 52, p. 197-219, jan.-mar.2017.

[3] É necessário mencionar, no entanto, que há autores, como Cyril Chern e Michael Kamprath, que afirmam que o *dispute board* tem origem anterior, na década de 60, na construção do Boundary Dam, em Washington (CHERN, Cyril. Chern on dispute boards: practice and procedure. 3ª. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015. p. 11).

[4] MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos *dispute boards* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Revista de doutrina e jurisprudência. 54. Brasília. p. 12-31, jul.-dez. 2018.



[5] VAZ, Gilberto Vaz. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 38, p. 131-147, jul.-set. 2013.

[6] DOS SANTOS, Carolina Mallman Tallamani. Dispute boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56, p. 243-261, jul.-set. 2018.

[7] VAZ, Gilberto Vaz. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 38, p. 131-147, jul.-set. 2013.