

Nova lei de licitações e os métodos mais adequados de resolução de conflitos

New Bidding Law And Appropriate Dispute Resolutions

Stela Franco Wieczorkowski^{1*}

RESUMO

Com a publicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a inclusão dos métodos mais adequados para a resolução de conflitos, nasce para o campo do direito público inúmeras possibilidades para facilitar a soluções das constantes controvérsias existentes nos contratos públicos, proporcionando maior técnica e adequação para a resolução da disputa. Neste contexto, este artigo pretendeu analisar a alteração legislativa sob a ótica da inclusão dos comitês de resolução de disputas, observando os dados disponíveis acerca das razões para paralisação das obras públicas e, por consequência, as principais causas que dão origem à litígios que envolvem os contratos públicos. Ainda, buscou-se um panorama básico acerca da situação do sistema judiciário atual e a constante tendência a judicialização da vida cotidiana comparando com as premissas dos métodos alternativos, a fim de indicar a possibilidade de solução de controvérsias com maior eficiência e agilidade na administração pública, propondo ainda que a alteração legislativa aqui estudada é, na verdade, uma resposta aos anseios da sociedade, buscando diminuir o número de demandas e possibilitar maior efetividade para as soluções dos contratos públicos.

Palavras-chave: Lei de licitações; Métodos alternativos; Resolução de disputas; Dispute boards.

ABSTRACT

The publication of the new Bidding and Administrative Contracts Law and the inclusion of the appropriate dispute resolutions methods, bring several possibilities in the field of public law to facilitate the resolution of the constant controversies existing in public contracts, providing better technique and adequacy for the resolution of the disputes. In this sense, the present study intended to analyze this law change from perspective of the ADR's, accessing the data with the reasons for the contracts execution stoppage and the main causes that give rise to the legal dispute involving public administration. In addition, the study intended to understand the situation of the courts and the trend towards judicialization, comparing with the assumptions of ADR's, in order to indicate the possibility of resolving disputes with efficiency and agility in the public administration, also proposing that the legislative change studied here is, in fact, a response to the desires of society, seeking to reduce the number of demands and enable effectiveness for the solutions of public contracts.

Keywords: bidding law; alternative dispute resolution; dispute board

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

*E-mail: stelafrancow@gmail.com

INTRODUÇÃO

A publicação da Lei nº 14.133 no dia 1º de abril de 2021, após sua apresentação há pouco mais de sete anos, trouxe ao cenário do direito administrativo e das contratações públicas importantes mudanças, que há muito já se faziam necessárias. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) substituiu integralmente a Lei nº 8.666/1993, sua antecessora, incorporando ainda a modalidade do pregão previsto na Lei nº 10.520/2002 e as disposições do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) da Lei nº 12.462/2011.

O interesse da sociedade, administração pública e dos operadores do direito em ver publicada a nova lei está diretamente relacionado com o fato de que a Lei Geral de Licitações em vigor datava de 1993 e sem qualquer alteração substancial que permitisse a sua atualização em face às modificações naturais da sociedade, seja em termos evolutivos, seja na modificação de alguns conceitos, como por exemplo, a forma de prestação de serviços e fornecimento de produtos. No entanto, ainda que este não seja o objeto do presente estudo, cabe informar que as disposições das Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011 continuarão em vigor por dois anos após a publicação da NLLCA, o que permitirá ainda inúmeras análises quanto aplicação do novo diploma legal.

Dito isto, dentre as principais inovações trazidas pela nova lei de licitações, o presente estudo se debruçará sobre a previsão do Título III do Capítulo XII, o qual faz menção aos meios alternativos de resolução de controvérsias, como a conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a arbitragem, trazendo para a administração pública a possibilidade de resolver conflitos de forma mais célere e eficaz. Se comparado à previsão da lei anterior, as possibilidades estavam limitadas à notificação administrativa ou o acionamento da tutela judicial como as únicas formas possíveis de solucionar os impasses em decorrência das contratações públicas, motivo pelo qual a inclusão é aqui entendida como benéfica.

Neste cenário, além de trazer a possibilidade de utilizar métodos mais adequados à resolução de controvérsias, a NLLCA traz para os contratos públicos técnicas atualmente empregadas pelos operadores do direito e pela grande maioria das empresas, no intuito de contornar um impasse judicial que, além de ter um resultado incerto, tem sido cada vez mais moroso e custoso para ambos os litigantes.

Considerando ainda os ensinamentos de Douglass North², o presente estudo compreenderá a importância das instituições – especialmente as formais – na formação e evolução social, bem como a necessidade de convergência e atualização constante entre estas instituições e a sociedade, vez que uma é produto da outra.

Para isso, o método adotado será o hipotético-dedutivo, realizando para tanto uma revisão bibliográfica sobre o tema e análise de estatísticas que possam instruir as conclusões obtidas ao final deste estudo. Por sua vez, tem como objetivo geral compreender como o uso de métodos alternativos à resolução de controvérsias nos contratos públicos, especialmente os comitês de resolução de disputas, poderá proporcionar um atendimento mais efetivo aos princípios da eficiência e da economicidade previstos no art. 37 da Constituição Federal, estabelecendo ainda como objetivos específicos: i) compreender quais são os métodos alternativos para resolução de controvérsias; ii) analisar a situação do sistema judiciário brasileiro em comparação aos métodos alternativos; iii) compreender o papel das instituições formais e informais na sociedade; e, iv) analisar a possibilidade de que os métodos alternativo à resolução de controvérsias possam trazer mais eficiência para a execução dos contratos públicos.

Ainda que os objetivos aqui traçados possam ser considerados ousados, ou ainda, impossíveis de se verificar diante do fato de que a previsão legislativa aqui estudada não teve nem um ano de publicação, buscar-se-á analisar as possibilidades num cenário hipotético e abstrato, diante dos dados obtidos junto aos levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com o Tribunal de Contas da União (TCU), bem como pela análise doutrinária dos institutos jurídicos aqui analisados, conforme será abordado nos tópicos a seguir.

MÉTODOS ALTERNATIVOS À RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Com fundamentação básica no Preâmbulo da Constituição Federal³, a resolução de controvérsias a partir de métodos alternativos que visam a consensualidade e agilidade

² NORTH, Douglass. Institutions and the Performance of Economies Over Time in MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. Handbook of New Institutional Economics. Ed. Springer, Netherlands: 2005. Pág. 21–30.

³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem

na solução têm ganhado força no direito brasileiro, haja vista o número cada vez maior de defensores de tais métodos.

Com efeito, nas palavras de Fernanda Tartuce, sendo verificado que o judiciário não é mais o meio adequado para a solução de controvérsias, deve o Estado garantir o acesso à justiça por outros meios, adotando assim o uso de métodos como a mediação e conciliação, inclusive com a positivação dessas técnicas junto ao Código de Processo de Civil de 2016.⁴

Ainda, com a posição cada vez mais firme e sedimentada no direito brasileiro, os ADR's (*alternative dispute resolution*) têm sido denominados como mais adequados à solução de conflitos (*adequate/appropriate dispute resolution*), considerando que cada lide é única e específica e que, diante de suas peculiaridades, ensejará a aplicação de diferentes técnicas e especialização para a sua resolução, portanto, a mais adequada.⁵

Acompanhando a tendência nacional, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não poderia (ou não seria aconselhável) fazer diferente e incluiu em seu bojo a previsão legal acerca da possibilidade de aplicação dos métodos mais adequados para solução de controvérsias. Não obstante, ainda que a lei de licitações os conceitue como métodos alternativos à resolução de disputas, no presente estudo será utilizado o termo “mais adequado”, acompanhando as mais recentes doutrinas sobre o assunto, bem como considera-se mais proveitoso o uso da denominação, haja vista que o objetivo principal é analisar a nova previsão legal sob a ótica dos comitês de resolução de disputas.

A título de demarcação temporal, destaca que a tendência nacional a que se refere o parágrafo anterior está diretamente relacionada com as normativas publicadas para incentivo – ou imposição – ao uso dos métodos mais adequados à solução de controvérsias, como por exemplo, a Resolução nº 125/2010⁶ do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário; o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015); a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015); bem como Lei nº 13.129/2015 que alterou alguns dispositivos da Lei de Arbitragem, dentre os quais incluiu a

interna e internacional, **com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (CRFB/1988) (sem grifos no original)

⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Ed. Método, 4ª Ed., São Paulo: 2018. Pág. 27.

⁵ COELHO, Eleonora. *Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma Urgência para o Brasil* in ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. *Arbitragem e Mediação*. Ed. Atlas, 2ª Ed., São Paulo: 2017. Pág. 101-126.

⁶ CNJ. Resolução nº 125/2010. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>

possibilidade de utilizar o método na administração pública quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Nesta senda, a Lei nº 14.133/2021 incluiu no Título III do Capítulo XII, especificamente no art. 151 e seguintes, a previsão acerca da resolução de controvérsias, oriundas das contratações públicas, segundo as formas consensuais, como por exemplo, a mediação e conciliação, bem como a resolução por especialistas em um comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) e o uso da arbitragem.⁷

Por outro lado, ainda que possa questionar a inclusão destes métodos como uma verdadeira inovação na nova lei de licitações, considerando que a lei de mediação e a lei de arbitragem já previam a sua aplicação junto à administração pública, destacando também que a previsão constante dos artigos 151 a 154 é genérica e, pode não trazer nada demais, é necessário reconhecer que tal inclusão não pode ser vista como dispensável, especialmente porque deixa clara e inequívoca a aplicação junto aos contratos públicos, outorgando à administração pública o uso de tais técnicas de forma inquestionável – até mesmo para aqueles mais resistentes em acreditar na sua aplicação.⁸

Sobre este ponto, é cabível utilizar as conclusões de Marçal Justen Filho – ainda que se refira a outro assunto – como forma de destacar a relevância da inclusão de tais normas junto ao texto legal, não deixando dúvidas acerca de sua aplicação:

Isso não afasta a relevância e a utilidade do art. 20 da LINDB. A consagração expressa das regras afasta o argumento da “especialidade” da atividade ou das “peculiaridades” do processo. Elimina a insegurança jurídica quanto à incidência imperativa da disciplina contemplada no art. 20 no âmbito das diversas esferas – não apenas judicial, mas também administrativa e controladora.⁹

⁷ “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. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

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 resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.” (Lei nº 14.133/2021)

⁸ OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias in NIEBUHR, Joel de Menezes (org). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Zenite, 2021. Pág. 126-139.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro, 2018. Pág. 13-41.

Ora, ainda que o excerto acima faça referência a outra norma, é possível a aplicação por analogia ao presente caso, vez que o uso dos métodos mais adequados a resolução dos conflitos poderia ser obstado sob a justificativa de impossibilidade de aplicação pela administração pública, haja vista a natureza de suas normas e especificidade dos conflitos que, em sua maioria, têm como fundamento principal o interesse público, ainda que esta expressão trate de um conceito extremamente abstrato e sem qualquer definição, de toda forma, não pretende aqui olvidar ou desacreditar a caracterização do interesse público como fundamento e limitador do Poder Público ou então como finalidade da função administrativa, o que traz ao presente é o uso como justificativa independentemente do contexto fático, como se pudesse ser entendido como fundamentação universal.

Não se pode deixar de destacar ainda que, pela primeira vez, os *dispute boards* são incluídos – positivados – em uma legislação federal, principalmente permitindo o seu uso junto à administração pública.¹⁰

Ainda sobre os métodos mais adequados para a resolução das controvérsias, diante de todo o contexto do Poder Judiciário brasileiro, é importante destacar o benefício da solução de conflitos de forma consensual para as partes interessadas, reduzindo consideravelmente os custos incidentes em qualquer litígio, podendo estes ser entendidos como custos de transação.

A ideia de custos de transação e a necessidade de avaliação de tais custos como meio de refletir a realidade do mercado em desacordo com o modelo econômico neoclássico vigente, foi cunhada por Ronald Coase ainda no século XX e tem guiado os estudos em matéria de economia. Com efeito, os custos de transação possibilitarão a formação e fixação de preços adequados e, também, – o que possui maior ênfase para o presente estudo – terão papel fundamental nas escolhas dos empresários.¹¹

Nesse sentido, sob o ponto de vista daqueles que contratam com o Poder Público, o uso de métodos mais adequados para a solução de controvérsias poderia significar a redução dos custos de transação, facilitando assim a operacionalização do negócio. Conforme HIPP E MCLAUGHLIN, o uso da mediação na comunidade agrícola em um

¹⁰ OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias in NIEBUHR, Joel de Menezes (org). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Zenite, 2021. Pág. 126-139.

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. RONALD COASE: o fim da caixa preta in KLEIN, Vinícius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org). Análise Econômica do Direito. Ed. CRV, Curitiba: 2019. 357-365

grave momento de crise financeira possibilitou a negociação entre os envolvidos, permitindo a continuidade de inúmeras atividades em suas terras.¹²

Vale dizer, de acordo com o relatório de auditoria elaborado pelo Tribunal de Contas da União nº TC 011.196/2018-1, alguns dos motivos para paralisação das obras públicas são i) problemas no projeto/execução; ii) inadimplência do tomador/conveniente; iii) decisão judicial; entre outros.¹³

Neste cenário, a resolução de controvérsia segundo métodos mais adequados que – em tese – proporcionariam maior agilidade e eficácia para os interessados, permitiriam a continuidade destas obras com menor ônus, vez que o empresário que presta o serviço não precisaria deixar sua equipe paralisada, mas ainda assim à disposição do contratante, bem como poderia entregar suas medições e faturamento de forma mais ágil. No que tange à inadimplência do tomador, neste caso, a solução segundo os meios mais adequados permitiria a negociação entre as partes, de modo ambas pudessem chegar a um acordo que entendessem favorável para a manutenção e continuidade do empreendimento de forma saudável e estável.

Por outro lado, o mesmo pode ser aplicado à administração pública, que pode fazer uso dos métodos mais adequados para possibilitar o alcance de seus objetivos junto aos contratados, sem que isso represente uma complicação junto ao judiciário, que poderi deixar a obra ou serviço paralisado por grande período.

Neste tocante, é permitido concluir pela total possibilidade de aplicação da teoria dos custos de transação na administração pública, todavia, é igualmente necessário destacar que as principais análises econômicas são realizadas sob o prisma dos princípios administrativos constantes do art. 37 da Constituição Federal, especialmente em relação à eficiência, e também ao princípio da economicidade presente no art. 5º da Lei nº 14.133/2021. Ainda, utilizando como base o estudo de FERREIRA E SOUZA, onde se propõe a criação de um Índice de Custos de Transação (ICT) para as licitações, com os custos de transação decorrentes da existência de controvérsias alocados *ex-post*, seria

¹² HIPPI, Janie Simms; MCLAUGHLIN, Toni Stanger. Sowing an Updated Dispute Resolution System. Dispute Resolution Magazine, American Bar Association, 2021.

¹³ TCU. Acórdão nº 1079/2019. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/011.196%252F2018-1%2520/%2520/DTAUTUACAORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/15/%2520>

possível calcular os possíveis conflitos e então determinar as formas mais adequada para solucioná-las.¹⁴

Ato contínuo, conduzindo o presente estudo segundo as conclusões obtidas através da obra *The Problem of Social Costs* de Ronald Coase, é permitido afirmar que a solução ideal para qualquer controvérsia seria aquela negociada entre as partes interessadas. No entanto, segundo o mesmo autor, tal condição pressupõe a igualdade de condições, ou na palavra originalmente utilizada pelo autor “*shrewdness*”, entre os negociantes.¹⁵

Neste sentido, no que toca a relação público-particular, tal condição pode ser melhor aplicada numa negociação acerca da inadimplência do tomador, momento em que o particular poderia ofertar possibilidades de pagamento considerando a condição financeira e orçamentária do ente público, levando também em conta os prazos para pagamento de precatórios.

Dito isso, em relação à questões técnicas como reequilíbrio econômico-financeiro e divergências no projeto ou execução da obra, a resolução por meio de comitê de resolução de disputas ou então pela via arbitral, poderiam ser mais eficazes e ágeis, permitindo a continuidade da obra.

Outrossim, merece destaque a problemática do Poder Judiciário como fonte da presente discussão. Ora, não haveria que se falar de maneira tão enfática sobre a inclusão dos métodos mais adequados para a resolução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, se tal alternativa não decorresse diretamente do fato de que o Poder Judiciário brasileiro está à beira de um colapso, ou pior, já tenha colapsado.

A inefetividade da tutela jurisdicional é condição que tem recebido cada mais atenção da doutrina e dos operadores do direito em geral, seja pela morosidade do procedimento, a total imprevisibilidade das decisões, o ativismo judicial ou mesmo os altos custos para patrocinar uma demanda.

Por certo não se pretende comparar os custos do sistema judicial brasileiro com os custos astronômicos praticados em outros países como Estados Unidos e Inglaterra, todavia, a possibilidade de fazer com que um processo judicial dure facilmente mais de

¹⁴ FERREIRA, Fabrício da Costa; SOUZA, Antônio Artur de. Custos de transação em licitações: análise da eficiência do processo de compra de medicamentos por organizações públicas. *Revista Cadernos de Finanças Públicas*, v. 20, n. 2. Brasília:2020. Pág. 1-36.

¹⁵ COASE, Ronald. *The Problem Of Social Cost*. *The Journal of Law & Economics*, vol. III. Virginia: 1960. Pág. 1-44.

dez anos aumenta consideravelmente os custos da demanda, em função da remuneração do advogado, tempo e de todo o esforço despendido pelas partes, especialmente daquele que propõe a demanda.

Ainda assim, a sobrecarga nos tribunais brasileiros é fato inquestionável e conhecidamente um fator de desestímulo para o ingresso com qualquer reclamação. Considerando um sistema em que o valor da causa é igual ao valor do contrato que se pretende discutir, considerando ainda que os valores de cada contratação pública podem facilmente ultrapassar a casa dos milhões de reais, a propositura de uma demanda que não tem data para acabar, aliada a total imprevisibilidade das decisões, deixa de ser interessante para aquele que pretenda – de fato – a solução da controvérsia.

A essa sobrecarga do judiciário, Fernanda Tartuce, utilizando do conceito de Humberto Theodoro Junior, atribui o conceito de “síndrome da litigiosidade”, ocasião em que a maior parte da população tem ingressado com demandas que buscam a tutela de seus direitos ofendidos, sejam estes quais forem. Esta tendência tem provocado uma sobrecarga nos tribunais de modo a atrasar ainda mais a solução das controvérsias levadas às cortes brasileiras.¹⁶

Não se limitando a ideia exposta acima, esta tendência de acionamento da tutela jurisdicional decorre também da omissão do Poder Executivo e Legislativo, cuja abstenção de agir permite que os cidadãos ingressem com demandas comuns e que tenham por objeto a solução de conflitos da vida cotidiana.¹⁷ Tal entendimento tem como defensor o Ministro Luis Roberto Barroso, que destaca a resolução de questões pelos tribunais, quando estas poderiam ser decididas na instância política.¹⁸

Por sua vez, o ativismo judicial pode ser entendido quando há atuação dos tribunais de modo a atingir os fins constitucionais, agindo de forma mais intensa nas palavras de Luis Roberto Barroso. Ainda, a ação ativista, na visão do autor, decorre de uma atuação proativa dos juízes, ampliando o alcance das normas para além do legislador ordinário.¹⁹ Não cabe no presente estudo analisar a adequação ou não de tais condições, muito menos aprofundar sua análise nas razões existentes para que os juízes atuem desta

¹⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Ed. Método, 4ª Ed., São Paulo: 2018. Pág. 26.

¹⁷ AZAMBUJA, Marcelo Athayde. *A Judicialização da Vida* in ROCHA, Lilian Rose Lemos; PINTO, Gabriel R. Rozendo; BARROSO, Luis Roberto Barroso (org). *Neoconstitucionalismo*. UniCEUB, Brasília: 2018. Pág. 39-48

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis, vol.5, nº 1. Rio de Janeiro: 2012. Pág. 23-32.

¹⁹ *Ibidem*

maneira, entretanto, cabe apenas destacar a situação de instabilidade que o sistema judiciário nacional têm adquirido, o que, sob o ponto de vista da aplicação do métodos mais adequados para a resolução de conflitos podem direcionar o litigantes para outras alternativas que estão além dos tribunais tradicionais.

DISPUTE BOARDS

Os *dispute boards*, ou, comitê de resolução de disputas conforme descrito na NLLCA, são constituídos por um grupo de profissionais, selecionados em razão de sua especialidade no escopo do contrato em que estiver previsto.

Nascido nos Estados Unidos, na década de 70, os *dispute boards* foram inicialmente utilizados em construções, com o fito de possibilitar decisões mais céleres, reduzindo os custos se comparado às soluções obtidas em processos judiciais ou arbitrais. Com efeito, o uso da arbitragem já nasceu como alternativa aos altos custos dos tribunais, todavia, o procedimento arbitral – ainda mais rápido e barato – pode também alcançar um alto custo em razão da alta complexidade do caso. Assim nasceram os comitês de resolução de disputas, evitando a litigiosidade do conflito.²⁰

A formação dos *dispute boards* decorre da previsão contratual para a sua ocorrência, sendo comumente composto por três membros, podendo ainda ser composto por apenas um, a depender do convencionado entre os contratantes. O comitê é composto por profissionais com expertise relacionada diretamente ao objeto do contrato, podendo envolver uma equipe multidisciplinar, ou seja, com profissionais de mais uma área, mas todos com conhecimento técnico-específico na área de abrangência do contrato.²¹

Os membros deste comitê acompanham a execução do contrato em todas as suas fases, auxiliando a resolver divergências, bem como prevenindo o surgimento de um litígio, podendo tal comitê ser instaurado a qualquer momento.²²

Ainda sobre o funcionamento destes comitês, destaca-se que, assim como na mediação e no procedimento arbitral, as partes podem acordar sobre os procedimentos

²⁰ DRF – Dispute Board Manual: A Guide to Best Practice and Procedures. Charlotte, USA:2019. Disponível em <https://www.drb.org/dispute-board-manual>

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

adotados, abrangência de atuação, bem como se o comitê estará ligado à uma instituição de resolução de disputas, como por exemplo, as câmaras de arbitragem e mediação.²³

No que tange à aplicação, conforme RIBEIRO E ALMEIDA, os *dispute boards* podem ser de dois tipos: resolução e adjudicação. No primeiro tipo a decisão será na verdade uma sugestão dada pelo comitê, a qual poderá ou não ser acatada de acordo com a vontade das partes; no segundo caso, a decisão deverá ser implementada, ainda que a questão possa ser discutida judicialmente ou no tribunal arbitral, todavia, se torna vinculativa quando não houver objeção por nenhuma das partes.²⁴

Ato contínuo, sob a perspectiva das autoras, os comitês de resolução de disputas possuem como desvantagens o fato de que se as partes não acatarem as decisões do comitê, ainda subsistirá a necessidade de resolver o litígio perante o Poder Judiciário ou o tribunal arbitral, bem como a impossibilidade de executar judicialmente as decisões dos *dispute boards*, visto que possuem natureza essencialmente contratual.²⁵

No entanto, é imprescindível destacar que, ainda que não constituam título executivo, as decisões oriundas dos *dispute boards* são, em essência, dotadas de perícia técnica e imparcial, a qual poderá ser utilizada como instrumento influenciador da decisão posteriormente proferida pelo tribunal, seja ele judicial ou arbitral.²⁶

Assim, diante das perspectivas trazida no tópico 2 no que tange às principais causas para paralisação de obras públicas no Brasil, pode-se entender que o uso de *dispute boards* poderia trazer maior agilidade à resolução de questões técnico-específicas relacionadas à execução dos contratos públicos.

No que toca a alegação de que os comitês poderão trazer maiores custos ao processo caso as partes não cheguem a uma solução mesmo após a manifestação do comitê, é possível chegar a duas conclusões: i) os custos com o comitê poderão ser incluídos no custo geral da licitação, seguindo a fórmula desenvolvida por FERREIRA E SOUZA²⁷ sobre os custos de transação das licitações; e, ii) a inclusão deste custo não

²³ GUEDES, Katucia Maria Lauricella. Considerações acerca dos *dispute boards* e perspectivas de sua utilização no mercado brasileiro. Dissertação, Mestrado, INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo:2017.

²⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas *Dispute Board*: Eficiência e Casos Práticos. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 18, n. 2. 2013.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ FERREIRA, Fabrício da Costa; SOUZA, Antônio Artur de. Custos de transação em licitações: análise da eficiência do processo de compra de medicamentos por organizações públicas. *Revista Cadernos de Finanças Públicas*, v. 20, n. 2. Brasília:2020. Pág. 1-36.

constituiria verdadeiro ônus à administração pública, visto que o acompanhamento da execução contratual por profissionais especializados possibilitaria maior controle na qualidade final da obra ou serviço, bem como o documento elaborado pelo comitê serviria como instrumento que balizaria a intenção de judicializar a demanda, ou então como instrumento de prova para a questão.

De qualquer forma, sob a ótica de como são executadas as obras públicas atualmente, é possível concluir que, ou haveria a redução do custo final ou ainda a equivalência destes custos, se levar em consideração as perdas em decorrência do decurso do tempo.

A SOCIEDADE ORGANIZADA SEGUNDO SUAS INSTITUIÇÕES

Aliado às premissas da nova economia institucional, Douglass North em sua obra *Institutions and the Performance of Economies Over Time*, discorre sobre evolução da sociedade e dos modelos econômicos de acordo com as experiências vivenciadas ao longo do tempo, sendo portanto, o tempo como um instrumento de aprendizado para a evolução social.²⁸

Ainda, sob a análise de Adriano José Pereira, a contribuição de Douglass North seria exatamente no que tange ao desenvolvimento da teoria institucionalista. Ao estabelecer um comparativo entre Veblen e North, o autor destaca os pontos de convergência e de divergência entre os trabalhos de cada um, ressaltando finalmente a importância que ambos aplicam às instituições.²⁹

Para North o desempenho econômico estaria diretamente ligado às instituições, formais (órgãos, leis, etc) e informais (costumes, normas de conduta, etc), haja vista que são elas quem determinam a estrutura de incentivos sociais.

Ainda, destaca o autor a influência que as instituições possuem sobre a sociedade, tanto quanto esta possui grande influência em relação àquela. Vale dizer, segundo Douglass North os organismos componentes de uma instituição exercem forte influência sobre elas, seja em decorrência da alteração de hábitos, costumes e normas de condutas, bem como pela mudança social que obriga a atualização de uma instituição

²⁸ NORTH, Douglass. *Institutions and the Performance of Economies Over Time* in MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of New Institutional Economics*. Ed. Springer, Netherlands: 2005. Pág. 21–30.

²⁹ PEREIRA, Adriano José; LOPES, Herton C; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. *Economia institucional e dimensões do desenvolvimento*. Ed. UFSM, Santa Maria, 2019.

formal, como no caso de uma necessária alteração legislativa pela convenção social de que uma norma não possui mais aplicação, seja pelo entendimento de que tal conduta não deveria mais ser proibida, dentre outras possibilidades.

Por outro lado, as instituições igualmente exercem grande influência nas organizações sociais, seja pela imposição de novas condutas ou pela criação de incentivos que conduzirão a sociedade a agir de diferente forma, como por exemplo, nos casos de fumar em lugares fechados, uso do cinto de segurança, uso da cadeirinha para crianças, e assim por diante.

Desta forma, o economista relacionou em sua teoria as constantes trocas entre as organizações sociais e as instituições, compreendendo a influência mútua que uma exerce sobre a outra, seguindo um processo evolutivo segundo a aprendizagem de modelos mentais, tendo como fator catalisador o decurso do tempo e experiências vividas.³⁰

Diante de tal condição e o objeto do presente estudo, permite-se compreender que a alteração legislativa contendo as normas gerais de licitação, trata-se verdadeiramente da influência da sociedade sobre uma instituição formal, qual seja, a lei.

Ato contínuo, o estabelecimento de métodos mais adequados para a resolução de conflitos no texto legal, pode também ser considerado como uma forma de influência de uma instituição formal na sociedade.

Com efeito, conforme já destacado no início do presente texto, é dever do Estado garantir o acesso à justiça, ora, considerando os panoramas apresentados acerca da sobrecarga do sistema judiciário, o que tem provocado maior decurso de tempo para a resolução de demandas e prejuízos de ordem financeira diante da inefetividade da tutela jurisdicional, a medida encontrada pode ser entendida como um incentivo à resolução das controvérsias pela via da consensualidade, inclusive nos conflitos que envolvam a própria administração pública.

Ademais, é de notório conhecimento o grande interesse que as contratações públicas geram nos empresários prestadores de serviços ou fornecedores de produtos,

³⁰ “O processo de aprendizagem dá origem a modelos cognitivos individuais, responsáveis pela modelagem da realidade. Trata-se do desenvolvimento de uma estrutura por meio da qual se interpretam os sinais que recebem os nossos sentidos. North (1998,2005) observa que a estrutura inicial da aprendizagem é genética, mas seu desenvolvimento é resultado das experiências provenientes do meio físico e do meio sociocultural. A partir da evolução dessas experiências, o indivíduo forma os modelos mentais, que explicam e interpretam o meio no qual ele se insere e, em última instância, determinam o comportamento social.” Sobre a teoria institucionalista em North PEREIRA, Adriano José; LOPES, Herton C; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. Economia institucional e dimensões do desenvolvimento. Ed. UFSM, Santa Maria, 2019. Pág. 80.

movimentando recursos de forma significativa, bem como proporcionando a abertura do mercado de trabalho mediante a demanda de cada contrato.

Neste contexto, a adaptação da norma legal aos novos rumos que a sociedade toma, no caso, pela previsão da possibilidade de resolução de controvérsias segundo os métodos mais adequados e visando a consensualidade, assegurando maior satisfação no resultado final, tanto quanto a agilidade necessária num país em que o acionamento do Poder Judiciário é sinônimo de perda de grande período de tempo em uma demanda que possivelmente não terá um resultado efetivo, ou ainda a perda do objeto.

Por este motivo a inclusão dos comitês de resolução de disputas na nova lei de licitações deve ser analisado sob o viés de atendimento a um objetivo institucional, qual seja o de possibilitar a sociedade maior eficiência³¹ na execução de tais contratos e garantindo (ou mesmo que apenas buscando garantir) a finalização de obras públicas e a satisfação de um interesse e uma expectativa criada quando da idealização de uma licitação, a qual, em última análise, pode até mesmo ser instrumento para realização de um política pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as informações trazidas no presente artigo, conclui-se que a edição da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos pode ser entendida como uma forma de adequação de uma instituição formal à um anseio da sociedade, qual seja o de possibilitar a atualização nos procedimentos relativos às licitações. Por sua vez, a inclusão da previsão dos métodos mais adequados à resolução de conflitos é também um instrumento institucional para possibilitar a implementação cada vez mais forte destes métodos, buscando assim diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário.

Por outro lado, a inclusão de possibilidades de solução de controvérsias pela via consensual, ou ainda pelo emprego de métodos diversos da clássica resolução mediante o acionamento da tutela jurisdicional, tratam de uma forma de trazer maior eficiência e economicidade aos contratos públicos.

Com efeito, a previsão constante do artigo 37 da Constituição Federal, assim como o estabelecimento de princípios no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, especialmente os

³¹ Aqui entendida como a eficiência descrita no art. 37 da Constituição Federal.

princípios da eficiência e da economicidade, consistem em objetivos a serem alcançados pelas contratações públicas.

Neste sentido, a adoção de métodos ou instrumentos que possam consagrar tais princípios devem ser incentivados e implementados segundo as melhores práticas, buscando também a redução dos custos de transação.

Assim, uma controvérsia oriunda de um contrato público que antes poderia apenas ser resolvida pela aplicação de sanção administrativa ou então pela propositura de demanda judicial de alto custo, considerando os valores dispendidos com custas judiciais e remuneração de advogados, poderá agora ser resolvida segundo métodos consensuais ou ainda independentes como a arbitragem e os comitês de resolução de disputas.

Ato contínuo, ainda que possa parecer ingênua a crença de que o simples emprego de uma mediação ou conciliação trará maiores resultados aos impasses da administração pública, é imperioso destacar que o nascimento de técnicas como mediação, conciliação, arbitragem e *dispute boards* decorrem justamente do clamor por métodos mais eficazes para a solução de controvérsias, especialmente quando envolvem assuntos de alta complexidade.

Por óbvio, o alcance de soluções efetivas e eficazes depende diretamente da disposição das partes envolvidas em efetivamente resolver o conflito, deixando de lado a cultura da litigiosidade e a dificuldade comunicacional envolvida em qualquer impasse. É justamente por este motivo que o uso de métodos que visam a abertura de diálogos honestos e com espaço para retórica têm ganhado cada vez mais força.

Ainda, é nesse momento que a relevância da influência institucional sobre a sociedade atuará, direcionando e promovendo incentivos para a adoção de técnicas que visem a solução eficaz e célere, e não a obtenção de ganhos sem se considerar as perdas como hoje é praticado em nosso sistema judicial.

Aprofundando quanto ao objetivo principal, a normatização dos *dispute boards* traz ao cenário das contratações públicas brasileiras importante alteração de paradigmas, permitindo a negociação e adoção de um grupo de profissionais qualificado e especializado que possibilitará a aproximação das partes interessadas e evitando o surgimento de litígios, tudo isso com fundamento no uso da melhor técnica, possibilitando maiores ganhos para o resultado da obra, inclusive no que toca ao atendimento da qualidade final do objeto contratual.

Ademais, conforme destacado em momento específico, a técnica de resolução de conflitos por meio de *dispute boards* não é considerada perfeita ou sem qualquer possibilidade de falha, todavia, a sua previsão normativa, assim como a sua efetiva implementação possibilitarão novos caminhos para que a administração pública possa atingir seus objetivos no que toca ao uso adequado de recursos públicos e a finalização completa dos contratos pactuados.

Repisa-se, ainda que as conclusões aqui obtidas possam parecer a mais pura ingenuidade ou até mesmo loucura, entende-se que a inclusão de dispositivos que permitem tomar caminhos diferentes é, por si só, um grande passo para o alcance de uma maior e melhor eficiência da atividade pública.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Marcelo Athayde. **A Judicialização da Vida** in ROCHA, Lilian Rose Lemos; PINTO, Gabriel R. Rozendo; BARROSO, Luis Roberto Barroso (org). Neoconstitucionalismo. UniCEUB, Brasília: 2018. Pág. 39-48

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, vol.5, nº 1. Rio de Janeiro: 2012. Pág. 23-32.

CNJ. **Resolução nº 125/2010.** Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>

COASE, Ronald. The Problem Of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. III. Virginia: 1960. Pág. 1-44.

COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma Urgência para o Brasil** in ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e Mediação. Ed. Atlas, 2ª Ed., São Paulo: 2017.

DRF – Dispute Board Manual: **A Guide to Best Practice and Procedures**. Charlotte, USA:2019. Disponível em <https://www.drb.org/dispute-board-manual>

GUEDES, Katucia Maria Lauricella. **Considerações acerca dos dispute boards e perspectivas de sua utilização no mercado brasileiro**. Dissertação, Mestrado, INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo:2017.

FERREIRA, Fabrício da Costa; SOUZA, Antônio Artur de. Custos de transação em licitações: análise da eficiência do processo de compra de medicamentos por organizações públicas. **Revista Cadernos de Finanças Públicas**, v. 20, n. 2. Brasília:2020. Pág. 1-36. Disponível em <https://publicacoes.tesouro.gov.br/index.php/cadernos/article/view/68/70>

HIPP, Janie Simms; MCLAUGHLIN, Toni Stanger. Sowing an Updated Dispute Resolution System. **Dispute Resolution Magazine**, American Bar Association, 2021.

Disponível em https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/publications/dispute_resolution_magazine/2021/dr-magazine-reckoning-with-race-and-racism/sowing-an-updated-dispute-resolution-system/

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro, 2018. Pág. 13-41.

NORTH, Douglass. **Institutions and the Performance of Economies Over Time** in MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. Handbook of New Institutional Economics. Ed. Springer, Netherlands: 2005. Pág. 21–30.

OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. **Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias** in NIEBUHR, Joel de Menezes (org). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Zenite, 2021. Pág. 126-139.

PEREIRA, Adriano José; LOPES, Herton C; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. **Economia institucional e dimensões do desenvolvimento**. Ed. UFSM, Santa Maria, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **RONALD COASE: o fim da caixa preta** in KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org). Análise Econômica do Direito. Ed. CRV, Curitiba: 2019. 357-365

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 18, n. 2. 2013. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. Ed. Método, 4ª Ed., São Paulo: 2018.

TCU. **Acórdão nº 1079/2019**. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/011.196%252F2018-1%2520/%2520/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/15/%2520>

Recebido em: 03/02/2022

Aprovado em: 05/03/2022

Publicado em: 08/03/2022