

INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ON ADMINISTRATIVE CONTRACTS: ASPECTS OF THE NEW BRAZILIAN FEDERAL ACQUISITION LAW

Deny Eduardo Pereira Alves

Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.
Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG.
Subprocurador Jurídico da Prefeitura Municipal de Morro Agudo/SP.
E-mail: denyeduardo.academico@gmail.com

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. É membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e atua como membro do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center - BraS.
E-mail: fzanferdini@hotmail.com

Recebido em: 31/01/2022

Aprovado em: 18/08/2022

RESUMO: A consensualidade tem se tornado uma tônica no Direito Administrativo brasileiro nos últimos anos, com grandes avanços em áreas consideradas, anteriormente, como não aptas à consensualidade. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 11.433/2021), aprovada pelo Parlamento brasileiro, prevê a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos em contratos administrativos. Pretende-se com o presente trabalho abordar as técnicas previstas no novo diploma legal para resolução de controvérsias em contratos administrativos, trazendo contribuições para sua efetiva utilização pela Administração Pública, através da experiência do direito estrangeiro. Trata-se de pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, com objetivo descritivo, para se concluir que as modificações fazem parte da abertura do direito público para a consensualidade, exigindo adoção de novos paradigmas, bem ainda pela necessidade de efetivação de controles sobre esses instrumentos.

Palavras-chave: Consensualidade. Contratos Administrativos. Instrumentos alternativos. Nova Lei de Licitações.

ABSTRACT: At the last years the Administrative Law is being an area with a lot of consensuality

methods although the comprehension was that as not able to consensual. The New Brazilian Federal Acquisition Law (14.133 bill of 2021), approved by Brazilian Parliament, provides the use of these alternatives dispute resolution on administrative contracts. Intends with this article to address the techniques provides at the new law to dispute resolutions at administrative contracts, bringing contributions for your effective use by the Public Administration, through experience of foreign law. This is a bibliographic research, using the deductive method, with a descriptive objective, to conclude that the changes are part of the opening of public law to consensuality, requiring the adoption of new paradigms, as well as the need for effective controls on these instruments.

Keywords: Consensuality. Administrative Contracts. Alternative Dispute Resolution. New Brazilian Federal Acquisition Law.

SUMÁRIO: Introdução. I Instrumentos alternativos de resolução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 1 Conciliação. 2 Mediação. 3 Comitê de Resolução de Disputas. 4 Arbitragem. II Dos riscos dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito das licitações e contratos administrativos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A consensualidade no direito pátrio tem percorrido caminho vertiginoso nas últimas décadas, após constatada a falibilidade do sistema de justiça estatal quanto a desejada celeridade, contraposta pela complexidade de seu processo.

Vigoritti (2010dup) identifica que o processo passa por uma crise estrutural e funcional, cujas causas não são facilmente superáveis. Diante disso, o processo jurisdicional deixou de ser o centro nas resoluções de conflitos cíveis, senso substituído pelas ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) ou métodos de resolução alternativa de conflitos.

Ainda para o mesmo autor, a ausência de pessoal capacitado e técnico, treinados, para a resolução de litígios bastante específicos escapam à justiça estatal, em virtude destas deficiências.

Moreira Neto (2000, p. 41) cita os benefícios da consensualidade para a democracia:

“As consensualidades tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).”

Trata-se então de um complexo conjunto de leis que conferem prerrogativas à Administração Pública, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, supremo na ordem jurídica nacional, capazes de, nas palavras de Juan Dupuis (2010, p. 217) promover: (i) a prevenção da escalada do conflito; (ii) diminuição do grau de litigiosidade das demandas; (iii) prevalência da vontade dos envolvidos; (iv) diminuição dos gastos; (v) celeridade e, em definitivo, (vi) melhoria da qualidade do serviço de justiça.

Embora a Administração Pública detenha a característica da imperatividade, sendo este um dos atributos do ato administrativo, a realização da democracia através do princípio da consensualidade tem se mostrado como indeclinável no bojo das relações complexas nas quais está envolvido o Poder Público e seus inúmeros direitos programáticos a serem realizados.

A utilização dos meios consensuais pela Administração traça importante caminho como instrumento de transformação pois amplia a participação dos particulares – diretamente envolvidos

ou simplesmente interessados – no processo decisório administrativo e, com isso, possibilita mais aceitação do que imposição (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008), desjudicializando conflitos.

A consensualidade tem se mostrado, portanto, como uma alternativa válida para sobrepujar a eficiência administrativa, conforme preconizado pelo artigo 37, *caput* da Constituição Federal, inclusive pela celeridade, facilidade e economia para atingimento dos fins estatais (MOREIRA NETO, 2011), desde as fases iniciais do ciclo de políticas públicas até na avaliação da sua execução, ultimando-se na *accountability* do administrador público, uma vez que admite-se, atualmente, até mesmo a conciliação e transação no âmbito da improbidade administrativa, conforme artigo 17-B da Lei nº 8.429/92, com alteração dada pela Lei nº 14.230/2021, através do acordo de não persecução cível.

Pela primeira vez, portanto, a Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) passará a prever os instrumentos de resolução de conflitos decorrentes de contratos administrativos, efetivando a autorização legal para, em definitivo, incorporar os métodos de solução consensual nesta seara do direito administrativo.

Conforme classificação trazida por GOUVEIA (2014) a Lei nº 14.133/2021 traz métodos voluntários, consensuais e adjudicatórios, bem como centrados nos direitos e nos interesses das partes.

São métodos voluntários por que a Nova Lei de Licitações faculta ao administrador público a sua utilização, deixando à margem da discricionariedade administrativa a sua utilização, de conformidade com a complexidade e a previsão no contrato administrativo.

Em razão de prever tanto a possibilidade de atribuição do poder de decisão a um terceiro, alheio à relação jurídica de base, como ainda resguarda a possibilidade de as próprias partes formularem a decisão sobre o litígio. Assim, tratam-se de métodos adjudicatórios e consensuais, respectivamente.

E, por fim, o novo diploma legal não se afasta da decisão centrada nos direitos das partes, sendo corolário do princípio da legalidade (art. 37, *caput* da Constituição Federal e art. 5º, da Lei nº 14.133/2021), não desmerecendo a análise, no caso concreto, dos interesses das partes em conflito para que se tenha uma solução consensual consentânea com as expectativas econômicas, financeiras e de atendimento ao interesse público e às políticas públicas a cargo do Estado.

Quanto ao momento da utilização dos métodos alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas, a legislação brasileira vai no caminho que já noticiava MILLER (2006, p. 654), para quem poderiam ser resolvidos os casos de “(a) um licitante ou contratante quanto ao processamento e o resultado da licitação; (b) o contratante, durante a fase de administração do contrato administrativo e (c) qualquer questão relacionada à contratação em controvérsia”.

Através de análise bibliográfica e método dedutivo, o presente trabalho traz considerações sobre a inclusão dos métodos alternativos de resolução de controvérsias na área de licitações e contratos administrativos, analisando cada um dos instrumentos legalmente previstos e trazendo as possibilidades de utilização em cada uma das controvérsias administrativas.

O objetivo central do trabalho é buscar uma elucidação doutrinária a respeito dos instrumentos previstos na Lei nº 14.133/2021 para solução consensual de conflitos, para que se permita, através das fontes de direito alienígena, principalmente para aqueles menos utilizados no direito pátrio – como o Comitê de Resolução de Disputas – contribuindo para que a previsão normativa possa ser mais seguramente utilizada, através da busca de sentido, potencialidades e limitações do instrumento analisado.

I INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) traz em seu capítulo XII, os meios alternativos de resolução de controvérsias em contratos administrativos,

prevendo a utilização da conciliação, da mediação, da arbitragem e o comitê de resolução de disputas.

Contudo, não se trata de um rol fechado de instrumentos, podendo outros serem disciplinados em âmbito local para a utilização pela Administração Pública, desde que seguidos os princípios informadores das contratações públicas (art. 5º, da Lei e também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

O artigo 150 da Lei nº 14.133/2021, ao utilizar a expressão “*notadamente*” conduz a essa ideia de que não se trata de um rol fechado, pronto e acabado, senão traduz autorização ampla para a utilização de quaisquer métodos consensuais de resolução de disputas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a codificação legal lista os métodos consensuais de resolução de conflitos como sendo a conciliação, a facilitação, a mediação, o *fact-finding* (apuração de fatos ou averiguação), os *mini-trials*, a arbitragem, o uso dos *ombudsmans* ou ouvidores e qualquer combinação dentre estes métodos (MILLER, 2006).

As espécies de ADRs, o papel do profissional, natureza da disputa e a manutenção do relacionamento entre as partes, é objeto de sintetização por Sousa (2017), para quem, além da clássica classificação entre métodos adversariais (adjudicação, arbitragem e procedimentos judiciais) e não-adversariais (negociação, conciliação e a mediação), existiria esta segunda classificação:

Espécie de ADR	Papel do Profissional de ADR	Natureza da Disputa	Manutenção do relacionamento
<u>Base adjudicação</u> Adjudicação Arbitragem Expert determination	Decisão final e vinculante	Prevalência de questões jurídicas e técnicas	Não importante
<u>Base recomendação</u> Conciliação Early neutral evaluation	Recomendação não vinculante	Prevalência de questões fáticas	Importante
<u>Base facilitação</u> Mediação Stakeholder dialogue	Facilitação do diálogo, sem recomendação ou decisão vinculante	Prevalência de questões fáticas	Importante
<u>Métodos híbridos</u> Dispute boards Ombudsman Cláusulas de mediação, arbitragem e adjudicação	Varia	Combinação	Varia

Tabela 1: Classificação dos ADRs segundo Sousa (2017)

O ADRA de 1990 (The Administrative Disputation Resolution Act) foi a primeira legislação estadunidense que previu os métodos consensuais de resolução de conflitos para as contratações

públicas norte-americanas. Foi sucedido pelo ADRA de 1996 que trouxe como preferenciais os métodos consensuais para resolução de conflitos na área administrativa (MILLER, 2006).

A Lei Federal nº 8.666/93, partindo de um modelo de Administração Pública burocrática, calcada na impessoalidade, no caráter racional atribuído às regras e na concessão do caráter vitalício ou da estabilidade funcional, para proteger o funcionário de atos arbitrários (SANABIO; SANTOS; DAVID, 2013), trouxe um estatuto de contratações públicas no qual sequer cogitou qualquer solução consensual de resolução de conflitos.

A admoestação de órgãos públicos com função de repressão de condutas também sempre foi um fator preponderante para que o administrador público sempre buscasse resolver as questões afetas às contratações seja se baseando no poder de império do ato administrativo e nas cláusulas exorbitantes do contrato, seja na invocação da necessidade do dever geral de agir, sob pena de prevaricação.

Ocorre que tais práticas inviabilizavam a solução consensual dos conflitos, fazendo com que o contratado somente pudesse apresentar suas razões, justificativas ou propostas de adequação quando a decisão já havia sido tomada ou o ato administrativo já havia sido expedido, normalmente com abertura de oportunidade para apresentação de defesa prévia, formalizando processo administrativo sancionador.

A modernização das relações com a Administração Pública, contudo, fez ser necessária uma abertura do país para as obras de adequação para a Copa do Mundo e para o desenvolvimento geral da economia, com a criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), gerando interesse internacional, competitividade e eficiência para as contratações.

A Lei nº 12.462/2011 ao criar a modalidade do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) trouxe simplificação de procedimentos, conferindo agilidade e diminuição do “burocratismo” e veio a permitir a possibilidade de negociação direta com os licitantes (PERSSON; PORTO; LAVOR, 2016), o que não era possível em nenhuma das modalidades da Lei nº 8.666/93, sendo previsão exclusiva do pregão, modalidade da Lei nº 10.520/2002, que não abrangia as obras.

Embora a arbitragem fosse prevista como método de resolução de conflitos no âmbito das concessões (Lei nº 8.987/1995) e das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) seu escopo ficou limitado a grandes contratos públicos em que a disputa judicial se mostraria muito mais prejudicial do ponto de vista econômico, em virtude do vulto destes contratos e dos riscos da sucumbência.

Nesse hiato, contratos menores mas que também teriam o condão de conferir sensíveis prejuízos ao Estado, ao contratado e aos próprios administrados, abalando o dever de ação estatal eficiente, razoável e proporcional, a Administração Pública permaneceu engessada pelo modelo burocrático e de legalismo supremo.

Num contexto de pandemia, com emergência de saúde pública que exigiu pronta resposta, mas que a ação estatal ficou rendida aos preceitos burocráticos da Lei nº 8.666/93, foi que o Congresso Nacional finalizou a análise de um projeto de lei que tramitava há mais de vinte anos no Parlamento.

A prática brasileira de adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos trazido pelas reformas pelas quais passou o processo civil e penal, bem como pela inevitável necessidade de adoção de um modelo gerencial de Administração Pública, pautado nos resultados, fez popularizar meios alternativos que foram erigidos pela Lei nº 14.133/2021 como preferenciais – mas não exclusivos, como já dissemos – para a solução das controvérsias nas contratações públicas, dos quais se passará a cuidar nos tópicos a seguir.

1 Conciliação

A conciliação é instrumento recomendado para demandas pontuais, nas quais não haja vínculo anterior entre as partes, conduzida por conciliador, que poderá sugerir soluções para o litígio (art. 165, §2º do CPC).

No âmbito das contratações públicas não se cogita em avaliar a existência ou não de vínculo anterior entre as partes, uma vez que a sucessão de contratos administrativos dos quais se serve a Administração Pública para seus fins permite que um mesmo contratado possua, ao mesmo tempo, diversos contratos vigentes, bem como que venha a se manter como regular fornecedor, com relação jurídica sempre ativa com o Poder Público.

A melhor compreensão seria a de que a conciliação é recomendada quando o conflito a ser solucionado diz respeito a contrato administrativo de fornecimento imediato, não havendo relação continuativa dele decorrente. Isso permite vislumbrar e circunscrever um âmbito pontual de conflito, originado e solucionado em condições homogêneas.

Para Grinover (2016) na justiça conciliativa as próprias partes constroem o consenso conforme sua vontade informada e trazem solução para a sua disputa. E neste caso a pacificação social é também construída pelo consenso, evitando-se a imposição de uma decisão, judicial ou arbitral, traduzindo o pilar político da administração da Justiça, permitindo às partes intensa participação na decisão que lhes irá afetar.

A conciliação, assim, “*é indicada para a solução rápida e objetiva de conflitos superficiais, que não envolvem relacionamento entre as partes, não tendo a solução encontrada repercussão no futuro das vidas dos envolvidos*” (GRINOVER, 2016, p. 67).

Retomando os aspectos abordados por Gouveia (2014), a conciliação no bojo das contratações públicas é mais centrada nos direitos do que nos interesses das partes, daí por que, ao enunciar diferenças entre a conciliação e a mediação, ela conclui que

A conciliação é desenvolvida por profissionais com conhecimentos técnicos (normalmente jurídicos) sobre o assunto em disputa. [...] Estes procedimentos distinguem-se da mediação facilitadora na medida em que, primeiro, não se limitam a facilitar a comunicação entre as partes, incluindo avaliações do caso e propostas de acordo; segundo, não se baseiam necessariamente nos interesses, mas nos direitos; terceiro, e talvez mais determinante, não têm de ser conduzidos por um mediador treinado.

Há diferenciação na doutrina, ainda, acerca da transação e da conciliação. Para Oliveira e Schwanka (2008, p. 47) quando as próprias partes “*envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígio*” tem-se a transação e, lado outro, quando “*a solução do conflito é conferida por terceiro alheio ao litígio, o qual procura aproximar as partes e promover a busca do entendimento entre elas, estar-se-á diante da conciliação, e não da transação*”.

Pode-se dizer, então, que a conciliação é recomendada, no âmbito dos contratos administrativos, para fornecimentos únicos e de obrigações exauríveis de imediato, especialmente nos casos de dispensa de licitação para aquisição de mercadorias e serviços em função do valor global da contratação.

Esta compreensão é corroborada pela redação do artigo 95 da Lei nº 14.133/2021 que trata de situações pontuais em que a relação da Administração Pública com o contratado é sumária, tanto que dispensa-se a formalização de termo de contrato, podendo ser substituído por outros instrumentos de registro da relação jurídica e suas condições.

Nesses casos há exigência de uma solução rápida e objetiva do conflito, que não ganha profundidade tal que mereça hipóteses mais elaboradas de resolução da disputa. Se a própria lei possibilitou não realizar a licitação – caminho mais longo e relativamente mais demorado do que

a dispensa de licitação – não se concebe que eventuais e pontuais conflitos possam culminar com um atraso na sumariiedade do procedimento.

Tanto a dispensa de licitação em razão do valor, quanto as compras, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, são exemplos de relações episódicas da Administração Pública em que o surgimento de conflito poderá ser dirimido pela conciliação.

Será conciliável, por exemplo, a ampliação do prazo de entrega inicial sem imposição de ônus ou sanção administrativa ao contratado, desde que a ausência do item não tenha trazido maiores prejuízos ao contratante; a eventual substituição da marca ou especificação técnica cotada, sobrevindo situação devidamente justificável e impeditiva para o contratado, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro da contratação; a inexecução parcial ou total da contratação, com a imposição consensual de penalidade ou sua substituição por indenização acertada entre as partes, inclusive mediante fornecimento adicional de produtos, como forma de compensação, dentre outras situações.

A própria extinção do contrato encontra previsão de ser operada por meio da conciliação, sendo hipótese específica de término da relação de direito público estabelecida com o particular (art. 137, II da Lei nº 14.133/2021). Ressalte-se, porém, que para que isto ocorra deve restar evidenciado o interesse da Administração.

Esse interesse não se resume apenas à instauração da conciliação, que poderá ser demandada tanto pelo particular, quanto pela própria Administração. Trata-se, na verdade, de uma referência ao interesse público secundário, isto é, relacionado ao interesse patrimonial do ente público, já que a resolução consensual possui autocontenção legislativa, decorrente do parágrafo único, do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021, ao vincular este agir administrativo aos direitos patrimoniais disponíveis do ente público.

Por diversas vezes a Administração Pública fica obrigada por relação contratual a um determinado contratado relativamente a um item de grande relevância para a manutenção das políticas públicas. Os gêneros alimentícios, por exemplo, que abastecem desde a merenda das escolas até os presídios, são exemplos de itens de primeira essencialidade e que não podem se sujeitar a uma descontinuidade de fornecimento, sob pena de graves consequências.

A uma primeira demonstração de inadimplemento ou hipótese de inadimplemento pelo contratado, por razões das mais diversas, até que a Administração processe o devido expediente para constatação das razões invocadas pelo fornecedor para seu inadimplemento e possa motivar adequadamente sua decisão (art. 137, *caput* da Lei nº 13.144/2021), por quaisquer das tipicidades legais para rescisão, a extinção da obrigação contratual por conciliação entre as partes traduz-se em economia processual e celeridade para a realização de nova contratação ou convocação dos demais interessados, segundo a ordem de classificação.

Casos mais complexos como a análise de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos, inexecução total ou parcial de obras e serviços contínuos, em tese não são passíveis de conciliação em virtude da impossibilidade de, através deste instrumento, considerar eventuais provas a serem colhidas e que são necessárias para a definição, ainda que consensual, da solução a ser dada ao conflito.

2 Mediação

Na mediação, em paralelo com a conciliação, o Código de Processo Civil ressalta ser ela destinada à resolução de conflitos nos quais as partes já possuam vínculos anteriores, sendo função do mediador o restabelecimento da comunicação entre as partes, para compreender e identificar as questões e os interesses conflitantes, elencando as soluções consensuais de benefício mútuo (art. 165, §3º).

É pressuposto da mediação que as partes estejam imbuídas de uma troca consensual, com audição propositiva sobre as questões controvertidas e que pressupõe a existência de um espaço democrático, em que tanto as partes quanto o próprio mediador partilham de modo comum e participativo, para que dali sobrevenha a construção do consenso (MORAIS; SPENGLER, 2012), mediado por um terceiro que não terá qualquer implicação sobre o direito das partes, no caso de não se atingir um consenso (SPENGLER; MARCANTÔNIO, 2013).

Nesse contexto a mediação, em virtude de estar adstrita à linguagem que deve ser empregada como forma de permitir o consenso, traduz muito da teoria habermasiana sobre o agir comunicativo, conforme comenta Martins (2018, p. 243), para quem “o *agir comunicativo tem como pano de fundo a busca de acordo entre os sujeitos acerca de uma situação de forma consensual, sendo que a linguagem desempenha função importante na obtenção de um acordo por meio da interpretação*”.

A oportunidade de mediação nos contratos de trato sucessivo da Administração Pública, como aqueles decorrentes de Parcerias Público-Privadas (PPPs) ou de concessões baseadas na Lei nº 8.987/1995, como reconhece Sousa (2017, p. 14)

“o que está em jogo é o relacionamento entre as partes, que pode ter duração de décadas, é por demais importante que o terceiro investigue as partes e sua relação mais profundamente, para que coordene de modo imparcial e independente, apto e diligente. Carece um diálogo pacífico e cooperativo em reuniões separadas e conjuntas com as partes, onde as ajudará a gerir o conflito. Para isso, a mediação certamente demanda mais de uma ou duas reuniões”.

O diálogo institucional, portanto, é a principal e primorosa ferramenta para se estabelecer a mediação como o método preferencial de resolução dos conflitos surgidos durante a relação contratual que se perdurará no tempo, tais como os contratos de prestação de serviços continuados, de fornecimento de mão-de-obra, as obras e as aquisições de grande vulto, com entregas parceladas e programadas e os contratos de concessões e parcerias.

É bem verdade que é dever do fiscal do contrato adotar as providências ou informar seus superiores para a boa execução contratual (art. 117, da Lei nº 14.133/2021). Isso não significa, contudo, que a lei o obrigue a adotar, de imediato, procedimentos contenciosos que serão óbices à resolução consensual do conflito.

Quando a lei exige que o fiscal informe seus superiores em tempo hábil, para a adoção das medidas convenientes (art. 117, §2º da Lei), não está a obrigar que seja expedida a imediata notificação para início do procedimento de penalização do contratado. É possível que os regulamentos locais estabeleçam, portanto, que previamente à adoção de quaisquer medidas sancionatórias, será realizada tentativa de solução consensual da controvérsia, o que privilegia o sentido da Lei.

Não se olvida, ademais, que a mediação, ao tratar de contratos de natureza continuada, normalmente envolverá conflitos que dizem respeito à responsabilidade subsidiária ou solidária da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários e comerciais resultantes da execução contratual (art. 120 e 121, da Lei).

A mediação nesses casos poderá ser suficiente à resolução da controvérsia sobre os pagamentos e débitos incidentes, mas não poderá desconsiderar, ainda, a hipótese de aplicação consensual de sanção administrativa (art. 156, da Lei); sendo viável considerar, nestes casos, como circunstância atenuante, a pronta regularização dos débitos, a ausência de maiores prejuízos frente a reclamações trabalhistas que seriam, em grande hipótese, julgadas procedentes e a própria possibilidade de manutenção dos empregos, que é princípio norteador do direito do trabalho.

3 Comitê de Resolução de Disputas

Os Comitês de Resolução de Disputas ou, no original estrangeiro, os *Dispute Boards* são juntas de técnicos nas áreas afetas ao contrato, de confiança das partes, com o intuito de acompanharem a execução contratual, emitindo opiniões e pareceres, vinculativos ou não, com intuito de prevenir conflitos que poderiam surgir diante da falta desta atuação técnica (MIMOSO; BORTONE, 2020).

Sousa (2017) define os Comitês de Resolução de Disputas como os conselhos, comitês ou juntas, compostos usualmente de um, três ou mais profissionais da construção civil ou especialistas, aptos a promoverem a interpretação dos documentos contratuais, razão pela qual devem ser conhecedores do idioma contratual, com habilitação para atuarem em métodos de solução consensual de conflitos.

Dentro das habilidades para atuarem como membros desses Comitês, Sousa (2017) também pondera sobre a necessidade de serem profissionais imparciais, independentes e respeitados, com possibilidade de atuação objetiva, com apreço e confiança das partes, garantindo campo neutro para a solução das divergências, podendo serem escolhidos pelas partes sendo componentes ou não do quadro de uma instituição especializada.

Os Comitês, por sua vez, podem ser instituídos antes do início da execução contratual ou após o início do conflito, sendo que neste caso são denominados “*ad hoc*”, cuja vantagem é a possibilidade de melhor delimitar os técnicos que comporão referida instância, primando pela sua especialização no objeto do conflito (MIMOSO; BORTONE, 2020).

O histórico dos *Dispute Boards* nos indica que são comumente utilizados em contratos de grandes obras, tendo surgido na construção da segunda parte do Túnel Eisenhower, no Colorado, Estados Unidos, no ano de 1975 (WALD, 2011). Mas Sousa (2017) reconhece a possibilidade de sua utilização em contratos de empréstimos, financiamentos e seguros.

Os Comitês, portanto, estão intimamente ligados à necessidade de fiscalização contratual, notadamente das obras públicas, de conformidade com a prerrogativa-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 104, III da Lei nº 14.133/2021). A ausência dessa fiscalização contratual enseja a responsabilização solidária ou subsidiária do ente público quanto a encargos trabalhistas e solidária quanto a débitos previdenciários (art. 121, §2º da mesma Lei).

A composição destes Comitês na Administração Pública deverá estar prevista em contrato e edital de licitação, principalmente se as opiniões e pareceres emitidos forem vinculantes para a autoridade encarregada da fiscalização do contrato, pois o Edital é a norma que regula a contratação, nos termos do artigo 25 da nova Lei, sendo a imposição do efeito vinculante decorrente do princípio da vinculação ao Edital (art. 5º, I e art. 91, II).

Sousa (2017) indica que há algumas modalidades de Comitês, dentre os quais encontram-se os *Dispute Review Experts* (DRE), *Dispute Review Boards* e os *Dispute Resolution Boards* (DRB), cujas recomendações não são vinculantes, possuindo apenas caráter consultivo e de orientação; e os *Dispute Adjudication Boards* (DAB) que emitem decisões vinculantes, possuindo caráter deliberativo. Por fim, existe ainda a modalidade mista, denominada de *Combined Dispute Review Boards* (CDB), que embora tenha de emitir preferencialmente recomendações, tem o poder de emitir decisões vinculantes, quando solicitado e acordado pelas partes.

É forçoso reconhecer, todavia, que a existência destes Comitês pode não alterar em nada a rotina administrativa de muitos entes públicos submetidos ao dever de licitar e fiscalizar os contratos daí decorrentes. Diversos órgãos já realizam a fiscalização contratual mediante sistemas preventivos, com emissão de pareceres e decisões que impactam na prestação dos serviços e na realização das obras contratadas.

Contudo, a previsão da utilização dos Comitês em grandes obras terá o potencial de evitar que as decisões unilaterais da Administração Pública sejam ignoradas pelos contratados ou

questionadas no âmbito de controle e judicial, o que faria, muitas vezes, haver a paralisação das obras e uma sucessiva e incontável gama de outros problemas.

Se a obra fica paralisada, haverá necessidade, na sua retomada, de reavaliar os custos da sua continuidade, pois poderá ter havido desequilíbrio econômico e financeiro do contrato; a existência de intempéries climáticas ou de outras ordens, são típicos exemplos de que qualquer paralisação de obra pública enseja um inegável aumento de litigiosidade.

Como os Comitês são consensualmente estabelecidos, tanto na sua composição, quanto como o meio primordial de resolução dos conflitos, por constarem de cláusula contratual e editalícia, ambas as partes contratantes serão obrigadas a seguirem as recomendações e pareceres vinculantes emitidos.

Há que se registrar, porém, que os Comitês de Resolução de Disputas possuem uma limitação implícita decorrente do próprio sistema normativo em que inserido. Se não se admite que a arbitragem no âmbito da Administração Pública seja de equidade, sendo autorizada ser apenas de direito (art. 2º, §3º da Lei nº 9.307/1996), por interpretação sistemática e teleológica, não se poderá admitir que os Comitês de Resolução de Disputas emitam pareceres vinculantes baseados em equidade, pois não há autorização legal explícita que isto permita.

A prevalência do entendimento técnico dos membros do Comitê deverá ser, então, compatibilizada com os limites que a Lei de Licitações impõe, por exemplo, para a alteração dos contratos administrativos e os limites para os aditamentos contratuais, pois o método consensual não derogou o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração só realiza o que é expressamente permitido. Nesse sentido Ribeiro e Rodrigues (2015, p. 153-154):

“(...) apesar de expressamente permitido em lei a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, essa mesma legislação não prevê que os atores envolvidos na persecução da harmonia entre os contratantes estarão munidos dos mesmos poderes conferidos a um juiz estatal togado, o qual detém, pelo Estado, função jurisdicional e todos os elementos a ela inerentes para fazer cumprir as decisões judiciais que profere em nome do Estado-juiz”.

E também não destoia do entendimento a doutrina de Lima (2014, p. 278) que conclui:

Contudo, a aplicabilidade aos contratos públicos firmados no Brasil dos DBs dotados de poder para emitir decisões vinculativas merece reflexão. Isso porque, diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas em sede de arbitragem, cuja obrigatoriedade no cumprimento é prevista em expressa disposição legal, contido no art. 31 do diploma n. 9.307/96, não há instrumento legal específico que assegure a executoriedade dessas outras decisões finais não judiciais provenientes dos demais mecanismos privados para solução de disputas, aí incluídos os comitês de solução de controvérsias ou dispute boards. Assim, uma cláusula que estabeleça ser final a decisão de um dispute board poderia ser tomada como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com o princípio da legalidade que rege a Administração Pública

Portanto, se a Administração Pública utilizar-se, eficazmente, dos Comitês de Resolução de Disputas em obras públicas, com regras claras e específicas sobre a participação dos técnicos do contratado na emissão de pareceres aptos a evitarem os conflitos, além de se privilegiar o princípio da eficiência administrativa, haverá ganho com relação ao prazo de conclusão das obras e uma provável desjudicialização das questões afetas a estes contratos.

4 Arbitragem

A arbitragem na Administração Pública foi autorizada mediante a edição da Lei Federal nº 13.129/2015, que incluiu dispositivos na Lei Federal nº 9.307/1996 a disciplinar essa modalidade de resolução de conflito.

A arbitragem, na definição de Cretella Junior (1988, p. 137) importa em

“um sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida”.

Daí por que é comum dizer-se que a arbitragem é uma justiça privada (MAGANO, 1986), em contraposição ao conceito de justiça pública, isto é, exercido por um ente estatal.

Embora a arbitragem seja instituída, no âmbito privado, por meio de convenção das partes, dada a necessidade da capacidade de contratar, referida no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.307/1996, sendo esta a modalidade voluntária, a nova Lei de Licitações admite, com mais eloquência, a existência da arbitragem necessária ou vinculante.

Magano (1986) adverte que não se trata de inconstitucionalidade por retirar da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da Constituição), mas sim aborda a arbitragem como cláusula de postergação da via judicial ou das vias de fato.

Isso significa dizer que somente será cabível o acionamento do Poder Judiciário diante de inobservância das regras da convenção arbitral ou da própria lei que prevê suas minúcias, ou ainda, o acionamento judicial se dará *a posteriori*, por meio da ação de anulação de sentença arbitral ou outro meio adequado.

Traçando importante distinção entre o uso da arbitragem e dos *dispute boards*, no caso, pela técnica legislativa brasileira os Comitês de Resolução de Controvérsias, Oliveira (2019) indica que no caso da arbitragem a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e no caso dos Comitês, a controvérsia é dirimida pelo colegiado técnico, que acompanha a evolução da obra e integra a relação contratual. Para Oliveira (2019, p. 103) os Comitês preferem à arbitragem pois possuem *“melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão”*.

A arbitragem para a Administração Pública será sempre de direito e constitui-se como uma exceção do próprio sistema arbitral, haja vista a determinação de publicidade do procedimento (art. 3º, Lei nº 9.307/96).

No campo dos contratos administrativos a arbitragem já está incorporada na maioria dos órgãos de grande porte e que possuem estrutura de pessoal técnico para essa atuação, como é o caso da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, através da Assistência de Arbitragens, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. No âmbito federal, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, sendo órgão integrante da Advocacia-Geral da União.

Acera da classificação dos direitos disponíveis da Administração Pública para utilização da arbitragem, Sundfeld e Câmara (2008) utilizam da distinção entre atos administrativos de império e de gestão para indicar quais poderiam ser submetidos à arbitragem. Para os autores a arbitragem seria possível com relação aos atos de gestão, mas não com relação aos atos de império pois estes referem-se às matérias inerentes ao Estado.

O mesmo caminho é seguido por Carvalho Filho (2014, p. 223) para quem “*a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter como preponderante o aspecto de patrimonialidade, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade*”.

Na mesma linha Cunha (2018) especifica que a arbitragem perpassa pela presença da arbitrabilidade, subjetiva ou objetiva, referindo-se, respectivamente, a quem pode ser parte numa arbitragem e à possibilidade de que a parte possa dispor ou transigir sobre o direito patrimonial.

Se não houver capacidade de administração de bens, não haverá possibilidade de se prever a arbitragem como método de resolução de conflito, pois o artigo 1º, §1º da Lei nº 9.307/96

menciona a disponibilidade e, igualmente, a patrimonialidade do direito. Há uma arbitrabilidade ampla relativamente ao Poder Público quando este atua jure gestionis, ou seja, quando ele estiver inserido numa relação de Direito Privado. Quando, porém, a relação for pública, na qual houver manifesto exercício do poder de império, será preciso examinar o grau (in)disponibilidade do direito. Para que seja possível a arbitragem, deve haver disponibilidade e o direito deve ser patrimonial. (CUNHA, 2018, p. 622)

Há que se ponderar, contudo, nesse contexto, que no caso do Poder Público a arbitragem é sempre de direito, o que permite afirmar que ainda no caso de aplicação de sanção administrativa, nítida evidência do exercício do poder de império, caso a regulamentação do órgão preveja, em ato normativo próprio, os critérios objetivos de liquidação da sanção, o árbitro agirá apenas de forma a aplicar a norma, o que todavia manteria o exercício do poder de império da Administração, ainda que por heterocomposição.

É o caso, por exemplo, da Instrução Normativa nº 67, de 10 de julho de 2020, editada pela Diretoria-Geral do Conselho Nacional de Justiça, cujo ato normativo prevê as condutas e a própria penalidade administrativa a ser aplicada, dentre aquelas dispostas na Lei de Licitações de regência. Trata-se de nítido caso de poder de império mitigado pelo próprio órgão, que diante de razões de proporcionalidade, razoabilidade e interpretação autêntica, estatui sanções mínimas e máximas para as condutas recorrentes em contratações públicas, conferindo previsibilidade ao ajuste e, portanto, passível de aplicação pelo árbitro.

Por sua vez, eventual impugnação por parte de terceiros com relação ao contrato ou ao procedimento de inexigibilidade, dispensa ou licitação não tem o condão de vedar a instituição ou prosseguimento da justiça arbitral pois “*o contrato, mesmo sendo objeto de questionamento judicial, continuará versando sobre direitos patrimoniais, negociáveis e, portanto, passíveis de exame em procedimento arbitral*” (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 124).

Na arbitragem nos contratos administrativos não se vislumbra autorização legal para que os próprios servidores assim atuem, quando a arbitragem disser respeito aos interesses da própria entidade que os remunere, pois pensamento diverso conflitaria com o dever de imparcialidade e independência exigido dos árbitros (art. 13, §6º da Lei nº 9.307/1996).

Contudo, é forçoso reconhecer que a arbitragem restaria totalmente inviável principalmente para os Municípios, de modo isolado, seja pelo distanciamento territorial destes dos grandes centros, onde existentes as Câmaras Arbitrais, seja pelos custos envolvidos.

Uma solução plausível e exequível seria a criação de Câmaras Arbitrais dentro das próprias estruturas administrativas dos Municípios ou ainda, dentro dos consórcios públicos criados para integração regional, ficando tais Câmaras aptas a julgarem controvérsias submetidas por outros entes públicos, pois ao mesmo tempo em que se aproveita a competência técnica dos servidores que lidam com a matéria, promove-se o respeito à equidistância das partes, mediante imparcialidade arbitral.

É bem verdade que há uma desconfiança sobre a imparcialidade do árbitro nas relações estatais, como pontuado porém rechaçado por Oliveira (2019), para quem inexistem dados

concretos que demonstrem uma tendência de favorecimento, bem ainda por que a imparcialidade dos árbitros seria garantida por meio de consenso entre as partes na sua escolha.

II DOS RISCOS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A área de licitações e contratos administrativos sempre foi a área que concentrou os maiores escândalos de corrupção das últimas décadas no Brasil, sendo possível verificar a engenhosidade e especialização dos agentes públicos na obtenção de vantagens ilícitas, ainda que o procedimento licitatório sempre tenha sido de índole absolutamente formal (art. 4º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

A consensualidade amplia a atuação discricionária do administrador público que se vê com maior margem de liberdade de escolha, o que não se confunde com arbitrariedade, como já advertia Meirelles (2015).

Isso significa que o exercício dessa liberdade de atuação fora dos limites da lei, tem o condão de invalidar o ato administrativo, além de consubstanciar excesso de poder, notabilizando mácula administrativa.

Há de serem estabelecidas algumas premissas e garantias necessárias para a aplicação desses instrumentos consensuais, como meio de acautelar a boa administração pública, evitando que Homero seja seduzido pelo canto das sereias.

Freitas (2017, p. 37-38) resume os riscos da atuação consensual ao afirmar que “*são proibidos compromissos ímprobos, desproporcionais, impermeáveis a procedimentos de controle e autocontrole e que tentam, maliciosamente ou não, contornar a reserva legal (...) e abusivamente endereçados a contornar a juridicidade*”.

Para que haja a diminuição desses riscos, a estabilidade do servidor público é uma das garantias que entendemos necessária para que haja a correta utilização dos instrumentos que se popularizam dentro da consensualidade administrativa.

A garantia decorre do texto constitucional que permite o desligamento do servidor público contratado em caráter efetivo somente mediante processo administrativo, em que assegurada a ampla defesa, por sentença judicial com trânsito em julgado e por avaliação especial de desempenho (art. 41, §1º).

Embora alguns façam coro para abolir essa garantia (vide a PEC nº 32/2020, do Poder Executivo, chamada de Reforma Administrativa), ou mesmo restringi-la, a estabilidade garante ao servidor que esteja incumbido da conciliação, mediação ou seja integrante do Comitê de Resolução de Disputas que possa decidir sem interferências internas ou externas, que normalmente não são exercíveis em face de juízes togados.

Nessa mesma linha de raciocínio, a decisão a respeito da aceitação da proposta de transação no âmbito dos contratos administrativos não deve ser realizada por servidores detentores de cargos precários – temporários ou em comissão – pois passíveis de sofrerem interferências na celebração desses acordos.

Reforça esse entendimento as previsões explícitas da nova Lei de Licitações quando prevê que os agentes públicos destinados ao desempenho das funções essenciais à execução da Lei sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, possuam qualificação compatível (art. 7º, I e II da Lei nº 14.133/2021) e não estejam em caso do que se poderia dizer suspeição ou impedimento administrativo, conforme presumido em boa ordem pelo artigo 7º, inciso III da Lei nº 14.133/2021.

Isso tudo sem considerar que haverá um agente de contratação (art. 8º da Lei nº 14.133/2021), este sim, obrigatoriamente, um servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente, para zelar pelo bom andamento do certame até a homologação.

Estas são mostras de que a Lei nº 14.133/2021 ao mesmo tempo em que confere ampliação de poderes para o administrador, saindo de um modelo burocrático para um modelo gerencial de compras públicas, estatui uma obrigação ao gestor público, depositando a confiança do legislador nos servidores que possuem, presumidamente, garantia de atuação administrativa esmerada e técnica, sem compromisso com os acertos e ajustes políticos que podem ocorrer, para utilização das licitações públicas para financiamento de interesses escusos.

As decisões a respeito da celebração da transação ou acordo devem ser tomadas em conjunto pela área técnica, pelo requisitante do serviço ou produto, bem como pela área de finanças e jurídica da entidade, permitindo realizar um controle prévio sobre a legalidade, economicidade e viabilidade da solução consensual.

Não é por outra razão que o controle das contratações será feito em três linhas de defesa, alinhadas e complementares, sendo os próprios servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades da estrutura do órgão ou entidade, a primeira linha; as unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade, a segunda linha e o órgão central de controle interno da Administração e os Tribunais de Contas como a terceira linha.

Além destes requisitos ou habilidades, Freitas (2017, p. 34) também indica que os agentes públicos que devem conduzir os processos consensuais na Administração devem ter:

(a) maturidade para desenhar alternativas não adversariais, polinizadoras da confiança legítima; (b) impessoalidade e autocontrole em face dos estímulos aversivos; (c) desviesamento e troca consciente de automatismos mentais; (d) capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; (e) aptidão para construir saídas honrosas e (f) vocação para as performances integradas, a despeito de cizânias competenciais que inibem a articulação sistêmica.

Em virtude da incidência do princípio da publicidade, as transações e acordos devem seguir o mínimo de publicidade, permitindo que através do conhecimento do ajuste, os cidadãos e os órgãos de controle exerçam a fiscalização sobre a atuação.

Por fim, a instituição de um Sistema de Controle Interno eficiente na entidade é medida pertinente para avaliar, através dos mecanismos próprios da atividade, a regularidade da celebração destes ajustes, podendo atuar de forma prévia, concomitante ou posterior.

Para Sundfeld e Câmara (2011, p. 10) “*será a motivação – expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento – o instrumento de controle e de legitimação do acordo*”.

Disso advém a importância de que os atos relacionados à utilização dos instrumentos consensuais se revistam de forma específica e formal – escrita – declinando-se os pormenores até a chegada da solução em comento.

Os pedidos de solução consensual devem ser instaurados por procedimento apartado mas vinculados ao procedimento licitatório, pois dele será parte integrante. Nesse apartado, todos os atos que formalizam as tratativas da celebração dos acordos ou transações devem dele fazer parte, tais como atas de reuniões e sessões conciliatórias ou de mediação, decisões ou consensos parciais e provisórios, dentre outros, pois cabe conceber que estes ajustes encerram ato administrativo complexo, com necessidade de manifestação de diversos órgãos, a respeito de aspectos particulares do ajuste.

Assim, para se formalizar um acordo de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato, é necessário que previamente à sua assinatura haja a devida consulta ao órgão contábil para que este informe a existência de dotação orçamentária suficiente para fazer frente ao compromisso que será assumido, como já é preconizado pelo artigo 40, inciso V, alínea “c” e artigo 72, inciso IV da Lei nº 14.133/2021.

CONCLUSÕES

A Administração Pública não se deve apegar ao preciosismo de regra segundo o qual a solução consensual de conflitos, no âmbito administrativo, não seria solucionável por meio dos instrumentos extrajudiciais disponíveis.

A posição que a Administração Pública se encontra, como um dos maiores litigantes do Poder Judiciário, implica reconhecer que, se existentes mecanismos, devidamente reconhecidos e autorizados, para a solução não jurisdicional da controvérsia, estes devem ser priorizados em contraponto à clássica justiça estatal, que possui inúmeras outras valiosas preocupações para entrega de prestação jurisdicional.

A nova Lei de Licitações, ao prever a utilização da conciliação, mediação, arbitragem e do Comitê de Resolução de Disputas para solução de controvérsias em contratos administrativos, indica ao gestor público e aos contratados a priorização destas soluções frente ao acesso ao Poder Judiciário.

A utilização da conciliação, assim, tem recomendação para contratos de fornecimento de entrega imediata, onde surgem conflitos pontuais, não havendo relação continuativa dele decorrente.

A mediação será indicada para contratos em que haja uma relação continuativa, tais como os contratos de fornecimento de mão de obra terceirizada, de obras e contratos de fornecimento com entregas parceladas, de vigência ampliada, ocasiões em que o decurso do tempo tem influência nos preços, nas condições de entrega, nas condições dos produtos e no próprio equilíbrio-financeiro contratual.

O Comitê de Resolução de Disputas, por seu turno, originado dos *Dispute Boards* é instrumento a privilegiar os contratos de obras públicas de grande monta, que exijam acompanhamento e fiscalização preventiva à ocorrência de sinistros e problemas, pois permite maior celeridade à obra diante da gestão dos riscos inerentes por meio de equipe técnica passível de orientar corretamente o gestor público e o contratado sobre os riscos internos e externos ao empreendimento. É possível sua utilização, ainda, em contratos de locação e terceirização de mão de obra, além dos contratos de empréstimos, seguros e financiamentos.

A arbitragem, embora já incorporada para a Administração Pública há algum tempo, permite a solução da controvérsia por terceiro equidistante e imparcial. A congregação de Municípios em consórcios intermunicipais de interesse público permite que dentro destas instâncias sejam criadas e instaladas Câmaras de Arbitragem que possam solucionar as demandas dos entes públicos consorciados, respeitando-se os deveres do árbitro.

Embora existam riscos para a celebração de acordos e transações em âmbito tão sensível do direito público, algumas garantias e procedimentos permitem legitimar a atuação estatal e fazer com que as demandas administrativas sejam mais eficazmente solucionadas.

A motivação do ato de decisão de celebração do acordo ou transação será o demonstrativo da atuação esmerada e dentro dos limites da legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. Brasília, DF, 28 set. 2007. Advocacia-Geral da União. Disponível em: http://sistemasweb.agricultura.gov.br/conjurnormas/index.php/ATO_REGIMENTAL_N%C2%BA_5_DE_27_DE_SETEMBRO_DE_2007. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 1 abr. 2021. Nova Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Instrução Normativa nº 67, de 10 de julho de 2020. Dispõe sobre o procedimento de apuração e aplicação de penalidades às empresas participantes de licitação e às contratadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3411>. Acesso em: 04 jun. 2021.

CRETELLA JUNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 98, n. 25, p. 127-138, jun. 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181851>. Acesso em: 04 jun. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 831 p.

DUPUIS, Juan Carlos. **Resolución alternativa de conflictos**. Buenos Aires: Hamurabi, 2010. Tradução livre.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. 359 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. 204 p.

LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; ARÉDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (org.). **Contratos administrativos**: estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araujo. Belo Horizonte: Forum, 2014.

MAGANO, Octávio Bueno. Arbitragem. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 31-40, 1986.

MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o agir comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, v. 27, n. 2, 14 dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1205>. Acesso em 16 jan. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILLER, John R. Alternative Dispute Resolution (ADR): a public procurement best practice that has global application. In: International Public Procurement Conference, 2., 2006, Roma.

Proceedings [...]. Roma: IPPA, 2006. p. 653-668. Disponível em:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.486.1275&rep=rep1&type=pdf>.

Acesso em: 30 maio 2021. Tradução livre.

MIMOSO, Maria João; BORTONE, Joana D´arc Amaral. A prevenção de litígios nos contratos de construção: a operatividade dos dispute boards. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 301-313, ago. 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/3174>. Acesso em: 26 fev. 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 262 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa, 2000. 287 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 3, n. 45, p. 13-37, set. 2011. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/207>. Acesso em: 30 maio 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 101-123, jun. 2019. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18>. Acesso em: 13 fev. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 31-50, 1 abr. 2008. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504>. Acesso em: 03 jun. 2021.

PERSSON, Erik; PORTO, Ricardo da Silveira; LAVOR, Alfredo Kleper Chaves. O RDC como nova aposta da administração pública gerencial em licitações: o caso da Universidade Federal de Santa Catarina. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 1, n. 67, p. 55-84, mar. 2016. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/639>. Acesso em: 31 maio 2021.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no Direito brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 9, p. 129-159, jun. 2015.

Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10108>. Acesso em: 04 jun. 2021.

SANABIO, Marcos Tanure; SANTOS, Gilmar José dos; DAVID, Marcus Vinicius.

Administração pública contemporânea: política, democracia e gestão. Juiz de Fora: Editora Ufjf, 2013. 246 p. Disponível em: https://www.ufjf.br/virgilio_oliveira/files/2014/10/Texto-s%C3%ADntese-Oliveira-2013.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

SÃO PAULO. Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, SP, 25 ago. 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. **Dispute boards**. [S.L.]: Instituto de Engenharia, 2017. 67 p. Disponível em: <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2017/10/arqnot8844.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTÔNIO, Roberta. A Mediação como Forma de Tratamento de Conflitos Decorrentes da Guarda dos Filhos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 9, n. 1, p. 78-97, 30 jun. 2013. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/508>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 34, n. 9, p. 1-15, jun. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod_resource/content/1/Acordos%C2%A0substitutivos%C2%A0nas%C2%A0san%C3%A7%C3%B5es%C2%A0regul%C3%B3rias.pdf. Acesso em: 26 fev. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 117-126, 2008.

VIGORITTI, Vincenzo. Mito e Realtà: processo e mediazione. **Rassegna Forense**, Roma, v. 1, n. 1, p. 39-47, jan. 2010. Disponível em: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/284399/2010-01+I-03+VIGORITI+MITO+E+REALTA+PROCESSO+E+MEDIAZIONE.pdf/f6d173d8-8e73-4683-a578-bcbbcdce8e72?version=1.0>. Acesso em: 16 jan. 2021.

WALD, Arnoldo. DISPUTE RESOLUTION BOARDS: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l], v. 30, p. 139-151, set. 2011.