

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ADRIANA SILVA MAILLART

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-173-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Conflitos. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos apresentados no Grupo de Trabalho intitulado “Formas Consensuais de Solução de Conflitos I”, durante o II Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre 02 e 08 de dezembro de 2020. Nesta obra, poderão ser encontrados treze artigos apresentados no mencionado GT, selecionados após rigorosa análise pelo sistema double blind review e que apresentam uma complexidade de assuntos, demonstrando o amadurecimento dos estudos do tema deste GT. Observa-se, particularmente, nesta edição, a rápida e dinâmica reação de nossos autores em retratar os problemas jurídicos motivados pela eclusão da pandemia mundial do Covid-19 e que trouxe mudanças significativas no relacionamento interpessoal neste ano de 2020. Isto pode ser observado no texto “A racionalidade mecanicista e a exceção: conflito, consenso e pandemia”, de Gabriel Rojas Roscoe Salerno Penido, Henrique Silva Wenceslau e Márcio Luís de Oliveira. No estudo de Mariana Fiorim Bózoli Bonfim, Dionísio Pileggi Camelo e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro tratam também dos impactos do isolamento social e suas implicações para o agravamento da violência doméstica em tempos de pandemia do Covid-19 no Brasil, equanto que, Sandra Gonçalves Daldegan França e Fabiana Polican Ciena analisam a utilização da justiça restaurativa como instrumento de pacificação no convívio familiar pós-pandemia.

A justiça restaurativa também foi tema do artigo “a efetivação do ideário restaurativo a partir da aplicação das práticas restaurativas”, de Carolina Ellwanger.

As constelações sistêmicas também foi outro tema recorrente deste GT. A aplicação das constelações sistêmicas na prática da mediação foi tratada pelas autoras Geysa Naiana da Silva Rufino Araújo e Iracecilia Melsens Silva Da Rocha. Já o uso da constelação, no âmbito criminal, foi assunto do artigo proposto por Antonina Gallotti Lima Leão e Maria Beatriz Aragão Santos. Enquanto que, o direito sistêmico e o inventário foi abordado por Tarita Nascimento Cajazeira, Geysa Naiana da Silva Rufino Araújo e Rosalina Moitta Pinto da Costa, em artigo de mesmo nome.

A possibilidade da utilização de meios de pacificação de conflitos no âmbito ambiental foi assunto tratado em dois estudos, um de autoria Carina Deolinda Da Silva Lopes, Elenise Felzke Schonardie e outro de autoria de Magno Federici Gomes e Wallace Douglas Da Silva Pinto.

O papel do advogado na aplicação dos métodos consensuais, novas modalidades de resolução de disputas, como o dispute board, e o uso das novas tecnologias no ensino jurídico também foram temas abordados neste GT pelos autores Andreia Ferreira Noronha, Fernanda Fernandes da Silva e Hernando Fernandes da Silva; Juliana Bruschi Martins, Larissa Camerlengo Dias Gomes e Sergio De Oliveira Medici; Gisélia da Nóbrega Maciel e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro, Ricardo Augusto Bonotto Barboza, respectivamente.

E demonstrando que a análise interdisciplinar de pesquisa sempre traz bons resultados Amanda Inês Morais Sampaio, Yuri Matheus Araujo Matos e Tatiane Inês Moraes Sampaio, utilizam-se da música para analisar a mediação de conflitos, no artigo “Ensinamentos da mediação ante os conflitos intersubjetivos de Eduardo e Mônica”.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Encontro e desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra.

Boa leitura!

Adriana Silva Maillart

Valter Moura do Carmo

Nota técnica: O artigo intitulado “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: UM REFLORESCER NO ENTENDIMENTO” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DISPUTE BOARDS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DISPUTE BOARDS AND THE PUBLIC ADMINISTRATION

Juliana Bruschi Martins
Larissa Camerlengo Dias Gomes
Sergio De Oliveira Medici

Resumo

O presente artigo teve como objetivo estudar o instituto do Dispute Board, sua origem, sua finalidade, suas características, tipos e vantagens. A partir dessa análise inicial, foi verificada a evolução legislativa de modo a permitir o emprego desse método alternativo de solução de conflitos em contratos envolvendo a administração pública. Para tanto, foram estudados dois casos de grande repercussão envolvendo Dispute Boards e a administração pública. Concluiu-se que, se não houver uma mudança cultural, o esforço legislativo para regulamentação dos Dispute Boards será inócuo para diminuição dos conflitos em grandes projetos.

Palavras-chave: Dispute boards, Administração pública, Conceito, Vantagens, Casos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aimed to study the institute of the Dispute Board, its origin, its purpose, its characteristics, types and advantages. From this initial analysis, the legislative evolution was verified in order to allow the use of this alternative method of conflict resolution in contracts involving the public administration. For that, two cases of great repercussion involving Dispute Boards and the public administration were studied. It was concluded that, if there is no cultural change, the legislative effort to regulate Dispute Boards will be harmless to reduce conflicts in large projects.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dispute boards, Public administration, Concept, Advantages, Cases

1. INTRODUÇÃO

A administração pública constitui-se em um agente de alta relevância nas sociedades contemporâneas. Ela é a esfera que representa o interesse coletivo, e deve assegurar o bem-estar geral de toda uma sociedade, frente aos interesses privados (AMORIM, 2000). O atual momento histórico exige um novo perfil do profissional que trabalhará na coisa pública, com destaque para: (a) proporcionar provas dos resultados de seus programas; (b) estabelecer relações com instituições privadas ou sem fins lucrativos; (c) buscar a eficiência, como preconiza a Constituição Federal; e (d) envolver os cidadãos na tomada de decisão (VENDRAMINI, 2013). Por consequência, a condução da administração pública deve estar em consonância com as demandas da sociedade, garantindo a empregabilidade e, sobretudo, a renovação das práticas de gestão consolidadas, para que então, seja possível alcançar patamares superiores de desempenho no que se refere à gestão pública (VENDRAMINI, 2013). Neste sentido, a gestão de conflitos na administração pública é uma demanda crescente. E o *Dispute Boards se revela* como sendo uma ferramenta fundamental.

Os chamados *Dispute Boards* não são uma novidade. Sua origem está nos Estados Unidos, na década de 60, durante as obras do projeto *Boundary Dam*, em que especialistas (o chamado *Joint Consulting Board*) foram contratados para acompanhar e dar pareceres sobre os conflitos oriundos do projeto. Devido ao sucesso da experiência, em 1972, amparado por estudo realizado pela instituição americana *National Committee on Tunelling Technology*, que concluiu que conflitos no decorrer de projetos subterrâneos levavam a consequências indesejadas, os *Dispute Boards* começaram a ser institucionalizados. Como resultado do estudo, em 1975 foi estabelecido um *Dispute Review Board* para construção do *Eisenhower Tunnel* no estado americano do Colorado (FERNANDES, 2019).

Devido ao sucesso na resolução dos conflitos que normalmente surgem durante contratos de prestação continuada e de alta complexidade, como grandes obras de engenharia, o instituto passou a ser amplamente utilizado, em especial, em projetos patrocinados pelo Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que normalmente impõem tal condição para o financiamento de grandes obras. Apesar de ainda ser de utilização reduzida no Brasil, os *Dispute Boards* despontam como mais uma forma de solução alternativa de conflito bastante eficaz, que pode ser somado aos outros institutos já empregados, como a mediação e

arbitragem. O objetivo deste artigo é evidenciar as características do *Dispute Boards* na administração pública.

2. DISPUTE BOARDS - CONCEITO E VANTAGENS

Segundo a *International Chamber of Commerce*, os *Dispute Boards* são organismos independentes composto por um ou três membros, geralmente estabelecido mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato¹.

Arnaldo Wald, por sua vez, define que os *Dispute Boards*:

(...) são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boardes* - DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boardes* - DAB), ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* - CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes" (WALD, 2005).

A principal vantagem atribuída ao *Dispute Board* está no fato de que, ao contrário da arbitragem ou dos conflitos judiciais, não há a figura de um vencedor no *Dispute Board*, já que sua função precípua é preventiva. O *Dispute Board* nasce juntamente com o contrato, em que três experientes profissionais são nomeados para acompanhar o projeto contratado, sendo abastecido desde o início sobre todas as informações relevantes do caso².

Nesse sentido, ao contrário da arbitragem ou de procedimentos judiciais, em que os julgadores somente conhecem a realidade do projeto durante o julgamento, o que pode implicar no conhecimento distorcido da realidade da obra, o *Dispute Board*, acompanha o projeto desde o início, emitindo recomendações sobre conflitos que surgem durante grandes projetos, tendo como fim manter o bom relacionamento entre as partes durante a execução contratual, bem como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Segundo a *International Chamber of Commerce*:

¹ Disponível em <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>. Acesso em 23 jul. 2020.

² Para obras de menor envergadura, o *Dispute Board* pode ser composto por apenas um especialista.

DBs têm três funções básicas. Eles enfatizam a importância da aproximação formal e informal em disputas. As Regras explicitamente determinam que, percebendo um potencial conflito, o DB deve identificar o conflito e encorajar as partes a o resolverem sozinhas, sem maior envolvimento do DB. Se for impossível ou o conflito for muito complexo, o DB pode intervir com assistência informal para auxiliar as partes a resolver a questão por acordo. Alternativamente, o DB pode também determinar que a disputa seja resolvida por uma recomendação ou decisão emitida após instituição de procedimento formal. Cada uma dessas funções tem igual importância para redução de riscos e custos de uma ruptura do contrato assinado entre as partes³.

Por sua experiência e conhecimento sobre o projeto, sua experiência técnica e confiança depositada pelas partes, as chances de êxito dos *Dispute Boards* costumam ser altas. Segundo Antônio Luís Pereira de Sousa:

Os DBs têm a seu favor estatísticas de sucesso, uma vez que em 98,7% dos casos em que houve uma decisão deles, esta perdurou até o fim do projeto sem ser questionada por um procedimento arbitral ou judicial posterior. Em 60% dos casos terminam sem nenhuma disputa. (...). Em conclusão, os DBs impedem que os contratos de construção saiam da rota original traçada pelas partes, mantendo-se o cronograma e o fluxo de caixa projetado, preservando o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente existente, condição fundamental nas operações de project finance para atrair capitais privados, ao mesmo tempo em que impedem que sobrecustos alterem o custo de oportunidade e de transação dos projetos (SOUSA, 2015).

Segundo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, esses índices são ainda mais altos, elencando que as empresas que usam desse mecanismo em seus contratos também têm melhor credibilidade no mundo corporativo:

A eficiência do dispute board, tanto em termos de obter soluções quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada. Dados da Dispute Resolution Board Foundation indicam que 99% dos conflitos que usam dispute boards são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo. Além de ser sua eficácia, os dispute boards constituem também um importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos. Dessa forma, o mecanismo acaba contribuindo para a reputação das partes envolvidas no meio corporativo, conferindo-lhes vantagens intangíveis no mercado⁴.

³Tradução livre do original “DBs have three basic functions. They emphasise the importance of informal and formal approaches to disputes. The Rules explicitly provide that, upon perceiving a potential disagreement, the DB may identify the disagreement and encourage the parties to resolve it on their own without further involvement of the DB. If this is impossible or the disagreement is too entrenched, the DB can intervene with informal assistance to help the parties resolve the matter by agreement. Alternatively, the DB could also determine a dispute through a recommendation or a decision issued after a procedure of formal referral. Each of these functions is of equal importance in helping to reduce the risk and cost of disruption to the parties’ contract”. Disponível em <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>. Acesso em 23 jul. 2020.

⁴ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acesso em 23 jul. 2020.

Outra grande vantagem atribuída aos *Dispute Boards* advém do fato que os conflitos são resolvidos a medida em que vão surgindo (*real time*), o que evita um desgaste entre as partes, que pode culminar com a rescisão do contrato e abandono da obra, com sérios prejuízos para todas as partes envolvidas. Como bem descreve Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda Rodrigues:

Assim é que as características desse mecanismo contratual apresentam vantagens valiosas e, por que não, vitais, para os contratos de construção e infraestrutura que objetivam a implantação de grandes empreendimentos. Isso porque, o alcance de uma solução para a controvérsia no momento em que ela está sendo desenvolvida (ou logo quando surgiu), já que os boards são formados desde o início da relação contratual, torna menos necessária a utilização de medidas drásticas para conter os prejuízos das partes enquanto não resolvem os seus impasses. Exemplo disso é a paralisação das obras e serviços contratados, medida que traz danos econômicos e financeiros para o projeto como um todo, porquanto exige das partes um replanejamento dos recursos alocados e a repactuação do equilíbrio contratual em termos de cronograma e valores contratuais (RIBEIRO; RODRIGUES, 2015).

Apesar de ser classicamente formado no início do contrato (os chamados *full term Dispute Boards*), os *Dispute Boards* também podem ser formados *ad hoc*, durante a relação contratual, para opinar sobre questões específicas. Nota-se que mesmo existindo essa possibilidade, não é recomendável a instauração de *Dispute Board ad hoc*, ao passo que este perderá sua característica preventiva, bem como não poderá dar seu parecer na velocidade requerida pelas partes quando optam por essa forma alternativa de resolução de conflito, ao passo que os expertos nomeados deverão conhecer todas as informações técnicas sobre o projeto antes emitirem seu parecer.

Conforme disposições contratuais pactuadas, os pareceres do *Dispute Board* podem ser obrigatórios (vinculantes), não obrigatórios ou mistos. Nesse sentido, conforme Renata Faria Silva Lima:

Esses consultores que passam a integrar o board, após nomeação e convocação, reúnem-se periodicamente para analisar e decidir questões surgidas entre as partes durante a execução do contrato, fazendo: (i) recomendações não obrigatórias (no caso dos dispute review boards – DRB), (ii) tomando decisões obrigatórias (dispute adjudication boards – DAB) ou até (iii) tendo ambas as funções (combined dispute boards – CDB), em conformidade com os poderes que a eles forem outorgados pelas partes para solução dessas questões. (LIMA apud Ribeiro; RODRIGUES, 2015)

Muito embora, por força de contrato, os pareceres do *Dispute Board* tenham força vinculante (no caso dos *Dispute Adjudication Boards* – DAB), por ausência de previsão legal

específica, tais recomendações não têm a força de título executivo. Nesse sentido, as decisões dos *Dispute Adjudication Boards* são consideradas como “quase sentenças arbitrais”, por não possuírem a mesma força executiva atribuída às sentenças arbitrais.

Uma vez instituído o *Dispute Adjudication Board* em contrato, suas recomendações devem ser cumpridas pelas partes, normalmente de forma imediata, permanecendo válidas até que sejam desconstituídas decisão arbitral ou judicial.

Para o caso das decisões não obrigatórias, apesar de poderem não ser observadas pelas partes, aquelas podem fazer prova em futuro procedimento arbitral ou judicial, podendo tornar o procedimento mais rápido e objetivo. Chern ainda relaciona os principais pontos a favor modalidade de *Dispute Review Board*:

- Recomendações não vinculantes frequentemente auxiliam na resolução da disputa quando as partes têm respeito pela posição e competência dos membros;
- Tradições culturais podem influenciar na adoção de recomendações, como, por exemplo, na China, onde a tradição de conciliação leva as partes a muitas vezes adotarem recomendações para evitar novos conflitos;
- Processo não ameaçador;
- As audiências são mais simples;
- Os custos tendem a ser menores do que em processos judiciais ou arbitrais;
- Partes já experientes são muitas vezes capazes de resolver suas questões apenas com base numa recomendação;
- Nos EUA, as recomendações não vinculantes costumam ser aceitas, pois nenhum dos lados usualmente deseja prosseguir a disputa por vias arbitrais ou judiciais. (CHERN apud FERNANDES, 2019)

Outra vantagem elencada sobre o uso dos *Dispute Boards* é o custo, em especial, se comparado com sua taxa de sucesso. Segundo Sousa, o custo dos *Dispute Boards* se situa de 0,05% do custo final do contrato de construção, para projetos com poucas disputas, a um máximo de 0,25% em projetos mais complexos, que envolvam muitas disputas (SOUSA, 2015).

Nesse sentido, se comparado o custo dos *Dispute Boards* com seus benefícios, conclui-se que a previsão daqueles em contrato é altamente recomendável como meio alternativo de solução de conflitos que normalmente advém de grandes projetos, em especial, se verificado que a atuação dos *Dispute Boards* tem um viés preventivo, sempre tendo por fim precípua a continuidade da relação contratual.

No entanto, por conta de seu custo, há indicação de que os *Dispute Boards* sejam instituídos apenas em obras de orçamento significativo. Segundo CHARRETT apud FERREIRA (2019), a adoção de *Dispute Boards* é mais indicada para empreendimentos com

orçamento igual ou superior a US\$ 50 milhões, pois o custo da contratação e manutenção de especialistas ao longo de toda a obra pode não ser insignificante em projetos com orçamentos menores.

3 DISPUTE BOARDS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De um modo geral, pode-se conceituar administração pública como um conjunto das atividades diretamente destinadas à execução das tarefas ou a incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal (BOBBIO, 1998), sendo reconhecida por ser o setor responsável por defender o interesse da coletividade, tendo a prerrogativa da utilização legítima da força. A administração pública também é reconhecida como a soma de todo o aparelho de Estado, estruturada para realizar os serviços públicos, visando à satisfação das necessidades da população, ou seja, ao bem coletivo. Assim, administrar é gerir, por meio de prestação e execução, os serviços públicos. A administração pública, dessa forma, deve atuar como um eixo de transmissão entre o governo e a sociedade com o objetivo de concretizar o bem comum (MATIAS-PEREIRA, 2009). Por consequência, o aparelho estatal deve ser entendido como a estrutura organizacional do Estado em seus três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. E nos três níveis, União, Estados e Municípios

Existem, na trajetória da administração pública brasileira, três diferentes formas de atuação: a patrimonialista, a burocrática e a gerencial (BRESSER-PEREIRA, 1996), as quais explicitam os modelos de governo durante os anos, através de uma trajetória histórica dos conceitos e envolvimento da estrutura organizacional do Estado. O Estado apresenta-se concomitantemente como um sistema político e uma organização. Ele nasce com um sistema político absoluto, passa a liberal ao longo do século XIX e adota a democracia no século XX. Por sua vez, como organização, o Estado nasce como patrimonial, atravessa o século XIX e chega quase até o final do século XX como burocrático. E a partir do final do século XX, passa então a ser uma organização gerencial (MATIAS-PEREIRA, 2009). Em todos estes movimentos, desenhou-se uma busca constante pela superação da confusão público-privado, bem como a profissionalização da gestão pública via maximização de resultados, instauração de eficiência, eficácia e efetividade, minimizando conflitos e ampliando o impacto do setor público na economia. Assevera-se que muitos dos conflitos surgem do oportunismo administrativo, fruto dos resquícios da cultura patrimonialista.

[...] o oportunismo administrativo é definido como atitudes ou comportamentos desleais em relação à organização decorrentes de interesse pessoais e está fundamentado em duas premissas da Teoria da Agência: a inexistência de agentes perfeitos e a impossibilidade de elaborar contratos completos que limitem e monitorem todas as ações dos agentes. Quando ocorre o comportamento oportuno do contratado, surge o conflito de interesse em obter vantagens sobre o principal. Conflitos de interesses no serviço público, segundo Moraes (2009), é uma expressão de sentido bastante amplo que envolve situações das mais diversas, sempre relacionadas com a influência que interesses privados podem exercer sobre a conduta funcional do servidor público. É, por conseguinte, um dos aspectos que envolvem a questão ética no serviço público (BRANCO, 2011, p.44).

Como se sabe, a administração pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. “Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos (isso sem se falar na responsabilidade civil administrativa e temas pertinentes ao meio ambiente, à tributação e à saúde, por exemplo)” (CUÉLLAR; MOREIRA, p.1).

As situações conflitivas podem ser fenômenos individuais, metaindividuais ou sociais, como defendiam Marx e Engels (1998), o conflito é fundamental, inerente e necessário ao desenvolvimento social, sendo a dinâmica social resultado da luta de classes.

a história de toda a sociedade até aqui é a história de lutas de classes. [Homem] livre e escravo, patrício e plebeu, barão e servo, burgueses de corporação e oficial, em suma, opressores e oprimidos, estiveram em constante oposição uns aos outros, travaram uma luta ininterrupta, ora oculta ora aberta, uma luta que de cada vez acabou por uma reconfiguração revolucionária de toda a sociedade ou pelo declínio comum das classes em luta (1998, p. 29).

Segundo Spengler (2010, p. 243):

o conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades, uma tentando dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar por intermédio da violência direta ou indireta, pela ameaça física ou psicológica (sem grifos no original).

Tais conflitos, no âmbito da administração pública tendem a ser legitimadas no Poder Judiciário – o que, conjugado com o crescimento desproporcional das ações judiciais, implica na ampliação da morosidade e na frustração de expectativas de todas as partes envolvidas (CUÉLLAR; MOREIRA). Para reverter este quadro, métodos alternativos estão sendo propostos, com destaques para a mediação, arbitragem e *Dispute Boards*. De um modo geral, altera-se o modelo de gestão do setor público, um modelo direcionado à gestão consensual, isso

porque, a solução dos conflitos demanda a construção de consensos, seja por métodos judicializados ou desjudicializados.

Assevera-se que, no setor público, já é uma realidade o delineamento de métodos consensuais de solução de conflitos, mesmo que em um movimento incipiente. Isso porque:

se o consenso decorre de um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterando a dinâmica Administração-administrado, como um novo paradigma, necessariamente irá alcançar a forma como Administração Pública lida com os conflitos. Portanto, é congruente que o paradigma da Administração negociada também informe o modo como o Poder Público lida com os conflitos dos quais é parte, ou que envolvam o interesse público direto. Vislumbra-se, portanto, a conexão entre a constitucionalização do direito e a abertura da Administração Pública para os métodos consensuais de solução de conflito, que é o objeto deste trabalho (NATAL, 2019, p.48)

Cooperação entre Administração e administrado, mediante a consensualidade, pode conduzir a uma solução de conflitos que cause menos fissuras entre as partes, bem como dispensar o expressivo de esforço que existe em uma disputa – como naquelas deduzidas em Juízo –, em que uma parte engendra energias para refutar a argumentação da parte adversa, colocando-se em uma postura totalmente não cooperativa. A consensualidade alinha-se ao paradigma de uma Administração Pública constitucionalizada, guardando profunda ligação com o interesse público e com a valorização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, à medida que diz respeito ao acesso à justiça e ao respeito ao anseio de justiça que têm os sujeitos de direito (NATAL, 2019, p.52)..

Como o modelo da administração consensual se trata de um paradigma que, enquanto tal, carrega a promessa de irradiar-se em seus efeitos em todos os âmbitos da atividade administrativa, abre-se a possibilidade de o consenso alcançar a conflituosidade envolvendo a Administração Pública, possibilitando modalidades consensuais de solução dos impasses, dentre as quais, os *Dispute Boards* (NATAL, 2019).

Diante desse contexto, a gênese legislativa sobre a adoção dos *Dispute Boards* na administração pública partiu da necessidade de captação de recursos internacionais para grandes projetos. Desde 1995, tanto o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento colocam como condição para financiamento de grandes obras a instituição de *Dispute Boards*. Nesse sentido, para possibilitar a captura de recursos de bancos internacionais, o artigo 42, §5º, da Lei 8.666/1933, dispõe que:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.
(...)

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Nesse sentido, apesar de não mencionar expressamente os *Dispute Boards*, nos contratos que contam com financiamento internacional oriundo de agência oficial de cooperação ou organismo financeiro multilateral, firmados pela administração pública, passou-se a permitir a adoção de tal método alternativo de resolução de conflito quando colocado como condição pelo órgão financiador.

Posteriormente à Lei de Licitações, a Lei das Concessões, (Lei nº 8.987/1995, alterada pela Lei nº 11.196/1995), em seu artigo 23-A, também passou a permitir a adoção de meios alternativos para solução de disputas, o que inclui o instituto do *Dispute Board*. De igual forma, a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), em seu artigo 11, também autorizou o emprego de métodos alternativos para solução de conflitos, portanto, autorizando também o emprego de *Dispute Boards* em contratos dessa natureza.

Nesse mesmo sentido, também é a lei que disciplinou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011, alterada pela Lei nº 13.190/2015), que também inseriu, em seu artigo 44-A, a mesma cláusula permissiva de meios alternativos de solução de conflitos nas contratações públicas feitas sob essa modalidade, admitindo o “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados”.

Apesar de não mencionarem expressamente os *Dispute Boards* na legislação acima apontada, como esse é considerado um mecanismo privado de resolução de conflitos, tem-se também que há previsão legal para sua instituição em contratos de concessão, parcerias público-privadas e contratações feitas pelo regime diferenciado de contratações públicas.

Além da legislação acima citada, Machado também informa que há projeto de lei visando incluir expressamente o instituto em contratos administrativos:

Além disso, existem alguns projetos de lei destinados a conferir novo tratamento normativo às licitações, inclusive revogando integralmente a Lei de Licitação (Lei 8.666/1993). Dentre eles, destacamos o Projeto de Lei 559/2013, aprovado no Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados sob o número 6.814/17, que assim dispõe em seu art. 86, § 3º:

Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

§ 3º O instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputas [grifo nosso].

Verificam-se os primeiros passos da institucionalização dos *Dispute Boards* com a tramitação dos referidos projetos de lei (MACHADO, 2018).

Também é importante citar que há o Projeto de Lei do Senado nº 206/2018, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que também tem por fim regulamentar a criação de *Dispute Boards* em contratos envolvendo a administração pública federal. Projeto similar também tramita na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 9.883/18), visando regulamentar tal meio de solução de conflitos em contratos administrativos. Nesse sentido, além da mediação e arbitragem, já reconhecidas como métodos para solução de conflitos envolvendo a administração pública, há um movimento legislativo para regulamentar a adoção dos *Dispute Boards* em contratos administrativos.

No âmbito legislativo municipal, merece destaque a Lei Municipal nº 16.873/2018, do Município de São Paulo, que “regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”. Trata-se do primeiro ato normativo que explicitamente prevê o emprego dos *Dispute Boards* em contratos envolvendo a administração pública.

3.1 Casos de grande repercussão no Direito brasileiro

O primeiro *Dispute Board* aparece em contratos envolvendo a administração pública em 2004, no projeto da Linha 4 – Amarela, tendo a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) como contratante e o Consórcio Via Amarela como contratado, sendo tal obra financiada por recursos do Banco Mundial. Segundo Sousa, outras obras envolvendo a administração pública que também empregaram *Dispute Boards* foram:

(...) em 2008, aparece o 2º DB, na PPP da Linha F (12 – Safira), da CPTM, em São Paulo. Em 2010, é a vez do 4º DB, na PPP da Rodovia MG-050, em Minas Gerais, do 5º DB, PPP da Arena Fonte Nova, em Salvador, Bahia. Em 2011 o DRBF realiza sua 11ª Conferência Anual aqui em São Paulo. Surge o 6º DB, na PPP da Areia das Dunas, em Natal, Rio Grande do Norte. Em 2012,

é a vez do 7º DB, no projeto do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco. Em 2012, é o 8º DB, na PPP das Águas Claras, em Minas Gerais, e em 2013, surge no Brasil o 9º DB, em São Paulo, no trecho Norte do Rodoanel (SOUSA, 2015).

Sobre o primeiro uso de *Dispute Board* envolvendo a administração pública, devido à judicialização do caso, tornou-se público que o Metrô questionou decisão emitida pelo “Conselho de Resolução de Disputas - CRD” (nome contratual dado ao *Dispute Board*), buscando tutela antecipada para evitar o cumprimento imediato da recomendação vinculativa emitida por aquele.

A tutela foi deferida em primeira instância, mas, em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que o Poder Judiciário deve interferir de forma moderada sobre as decisões do *Dispute Board*, somente em casos excepcionais, conforme ilustra o extrato do acórdão abaixo transcrito:

As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que norteiam o contrato administrativo nº 4107521301. A concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos pela lei, isto é, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo (CPC, art. 300, 'caput'), apreciados pelo juiz de acordo com seu livre convencimento.

Presentes tais requisitos, nada obsta o deferimento da tutela antecipatória, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'; mas a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado. (TJSP, Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 30/07/18)

Através da análise do extrato acima, conclui-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo prestigiou a decisão do *Dispute Board*, cassando a tutela antecipada conferida para suspender os efeitos do parecer vinculante por aquele emitido⁵. No entanto, em sentido oposto, cita-se o caso do Trecho Norte do Rodoanel, que culminou a prisão do ex-Presidente da Dersa em 2018. O cerne da questão teve como causa a retirada de matacões, que, segundo as construtoras, não fazia parte do escopo inicial do contrato. Diante do pleito apresentado e das recomendações técnicas emitidas, sinalizando que o pedido das construtoras poderia ser procedente, foram

⁵Deve-se destacar que, na literatura, encontra-se menção a outros inconformismos do Metrô em relação às decisões do *Dispute Board* instituído, buscando anular suas decisões via arbitral e judicial.

pagos preços provisórios que, caso o pleito fosse considerado improcedente, deveriam ser devolvidos ao dono da obra.

Ato contínuo, a Dersa contratou o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT) para a análise do pleito, que o considerou improcedente, autorizando o estorno do preço provisório pago às construtoras à Dersa. No entanto, uma das construtoras, inconformada com o laudo do IPT, avocou a “Junta de Conflito” (nome dado ao *Dispute Board* no caso), conforme determinava as regras do contrato, já que a obra era financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). A Junta de Conflito, por sua vez, concluiu que o pleito era procedente e que o preço pago não deveria ser devolvido.

Ressalva-se que, em posterior ação proposta pelo Ministério Público Federal, que analisou o caso em questão, esse considerou que os gestores da Dersa agiram em desacordo com as disposições contratuais aplicáveis, concedendo às construtoras aditivos indevidos⁶, descreditaando o trabalho realizado pelo *Dispute Board*. Conforme Reis e Monteiro:

O caso gerou polêmica principalmente pela vulnerabilidade das recomendações proferidas por conselhos e comitês técnicos diante de instituições públicas como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e a Polícia Federal (PF). O mecanismo *Dispute Board*, ou Junta de Conflito, teve seus trabalhos classificados pelo Delegado Federal do caso como “infinitamente inferior ao valor probatório que deve ser dado a trabalhos dos peritos e técnicos oficiais do TCU, da CGU e da Polícia Federal”. (REIS; MONTEIRO apud FERNANDES, 2019)

Nesse mesmo sentido é a reflexão de Mário Engler Pinto Júnior sobre o caso:

A segunda reflexão tem a ver com o repúdio aos mecanismos alternativos de solução de disputas. A denúncia não considera que a deliberação da diretoria colegiada da Dersa, que aprovou a celebração aditivos, recebeu o respaldo da Junta de Conflitos, cuja estrutura e funcionamento estavam detalhadamente previstos em contrato. A decisão da Junta era juridicamente vinculante para as partes e somente poderia ser desafiada com a instauração de procedimento arbitragem
(...)

O precedente envolvendo a Dersa agrava a percepção de risco do gestor público e os seus dilemas. Nesses casos, a conduta mais racional seria simplesmente não decidir, ainda que isso implique a paralisação da obra pública, até que o decurso inexorável do tempo imponha alguma solução. Essa alternativa certamente protege a pessoa física do gestor público, mas pode se tornar desastrosa para os interesses da população como um todo.

A prevalecer a linha de raciocínio, o próximo passo será responsabilizar penalmente o gestor por cumprir a decisão arbitral, cujos órgãos de controle

⁶ Segundo Pinto Jr., a denúncia do Ministério Público Federal imputa aos gestores públicos desse caso os delitos de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850), falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), alteração posterior de contrato de obra pública para favorecer a contraparte privada (art. 92 da Lei 8.666) e fraude a licitação em prejuízo do erário (art. 96 da Lei 8.666). (PINTO JR. 2020).

consideram injusta ou lesiva ao setor público. A independência das instâncias penal, administrativa e civil tem limites lógicos. (PINTO JR., 2020).

Diante dos casos acima expostos, percebe-se que, mesmo com a adoção de métodos alternativos de conflito nos contratos firmados com a administração pública, com especial ênfase aos *Dispute Boards*, que são cada vez mais empregados em contratos de grande complexidade, a cultura do litígio ainda remanesce, seja porque os administradores públicos passam a usar os meios judiciais como forma de manifestação de seu inconformismo em relação às recomendações emitidas pelo *Dispute Board*, como aconteceu no caso Metrô, seja porque os órgãos de controle não reconhecem a autoridade do *Dispute Board*, como aconteceu no caso Dersa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pondera-se que a administração pública deve se revestir de métodos alternativos de solução de controvérsias. A implantação de uma cultura para otimização das rotinas de autocomposição nas relações estabelecidas são preponderantes. Isso certamente contribuirá para a melhoria do serviço público e para o ambiente de trabalho dos servidores públicos, acarretando na mudança de paradigma que vem sendo defendida pela doutrina e implantada paulatinamente pelo ordenamento jurídico pátrio. Dentre os métodos o *Dispute Boards* apresenta elevado potencial.

Apesar de não ser um instituto novo, o emprego de *Dispute Boards* no Brasil ainda é tímido. A característica preventiva do *Dispute Board* torna seu emprego bastante atrativo para contratos de alta complexidade e de prestação continuada, como grandes obras de engenharia, a ponto de serem mandatórios em contratos financiados por órgãos financiados internacionais. O fim precípuo do *Dispute Board* é evitar que o desgaste entre as partes implique em rescisão contratual, com prejuízo para todos, em especial, para a população, quando se trata de contrato envolvendo a administração pública.

Nesse sentido, percebe-se que a legislação está evoluindo para regulamentar, de forma explícita, o emprego dos *Dispute Boards* em contratos administrativos, tendo, inclusive, lei específica nesse sentido já promulgada no município de São Paulo. No entanto, muito embora seja louvável o emprego de tal meio alternativo de solução de conflito em contratos administrativos, através da análise dos casos estudados nesse artigo, percebe-se que, além da legislação, também há necessidade de mudança de cultura dos administrativos públicos e órgãos de controle, de modo a reconhecer a autoridade das decisões proferidas pelos *Dispute Boards*.

Se não houver uma mudança cultural, o esforço legislativo para regulamentação dos *Dispute Boards* será inócuo para diminuição dos conflitos em grandes projetos, perpetrando a cultura das obras públicas inacabadas que tanto afligem a população brasileira.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRANCO, A. S. C. **Conflito de interesse na administração pública: estudo de caso na Prefeitura Municipal de Cachoeirinha-RS**. Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, São Leopoldo, RS, 2011. 124 f.
- CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Sobre o *Dispute Board*. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>>. Acesso em 23 jul. 2020.
- FERNANDES, M. C. S. Dinâmica dos *Dispute Boards* e perspectivas de utilização em contratos de construção civil no Brasil. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.
- INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Dispute Board*. Disponível em: <<http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>>. Acesso em 23 jul. 2020.
- MACHADO M. O. A aplicabilidade dos *Dispute Boards* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Revista de Doutrina e Jurisprudência. 54. Brasília. 110 (1). p. 12-31 / jul. - Dez 2018.
- MATIAS-PEREIRA, José. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. **Rev. Adm. Pública** [online]. 2008, vol.42, n.1, pp. 61-82. ISSN 0034-7612.
- NATAL, M. P. **Administração Pública, conflito e arbitragem** [manuscrito] política pública de acesso extrajudicial à justiça. Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2019. 156 f.
- PEREIRA, Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v.47, n.1, janeiro-abril 1996.
- PINTO JR., M. Os dilemas do gestor público e as denúncias do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/mario-engler-pinto-junior-dilemas-gestor-publico>>. Acesso em 24 jul. 2020.
- RIBEIRO, A. P. B.; RODRIGUES, I. C. M. Os *Dispute Boards* no Direito brasileiro. Revista Direito Mackenzie, v. 9, n.2, p. 129-159, 2015.

SOUSA, A. L. P. Dispute Boards. <Disponível em: <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf>. Acesso em 22 jul. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

VENDRAMINI, P. **Ensino de administração pública e o desenvolvimento de competências:** a contribuição do curso de administração pública da ESAG-UDESC. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 20

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