



Opinião: Resolução de conflitos e diálogo na Lei 14.133/21

Sem período de vacância, a Lei nº 14.133/21, chamada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, entrou em vigor no dia de sua publicação, 1ª deste mês. Buscou-se através desse novo diploma normativo imprimir maior transparência aos processos licitatórios, unificando-os e modernizando-os, bem como trazendo maior eficácia e agilidade, seja para a concretização ou para a



Apesar da animação inerente a qualquer novidade legislativa,

especialmente com o impacto que tal lei traz para a Administração Pública em geral, a lei pouco inova. A tendência do legislador foi consolidar leis, decretos, portarias, instruções normativas e entendimentos do Tribunal de Contas da União [\[1\]](#).

Na temática acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos na contratação pública, tem-se o mesmo cenário. Entre os artigos 151 e 154, a Lei nº 14.133/21 apenas reproduz o que é razoavelmente aceito acerca dessa matéria.

Afinal, a inserção dos métodos adequados de resolução de conflitos remonta a construção normativa expressiva da última década. Cabe recordar que em 2010 o CNJ introduziu a conciliação e a mediação como políticas judiciárias em nível nacional através da Resolução nº 125/2010.

Mais do que isso, a partir 2015, além da concretização do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação é clara ao regular também a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Especificamente no que tange aos contratos administrativos, o artigo 32, §5º, da Lei 13.140/15 explicita como competência das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos aqueles que envolvam o equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares.

Ainda a própria alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, promovida pela Lei 13.655/18, dispõe no artigo 26 acerca da possibilidade de celebrar compromisso com os interessados, a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Trata-se, portanto, de mais um incentivo à autocomposição entre Administração Pública e administrados.



Assim, a autorização geral dos métodos adequados em nada acrescenta no que tange à autocomposição. Tampouco inova no que concerne à arbitragem. Isso porque, a partir da Lei 13.129/15, que alterou a Lei 9.307/96, a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por essa lei, o princípio da publicidade já era expresso.

Mais do que isso, inúmeras outras leis esparsas já preveem tais possibilidades em contratos administrativos, como a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei Geral do Petróleo e a lei criadora da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários [2], e, mais especificamente, a Lei das PPPs e das Concessões de Serviços Públicos.

Maior novidade pode ser considerada a positividade da arbitragem e dos *dispute boards*. Quanto a este, embora já praticado em nosso país, trata-se da primeira lei federal a prevê-lo expressamente. Suas peculiaridades são ainda mais interessantes quando observamos que a formação do *board* ou comitê se dá mesmo antes de qualquer conflito, mas no início da relação contratual, baseando-se em conhecimento estritamente técnico.

Além disso, a lei é genérica e ficou aquém da potencialidade existente nesse ponto. Inicialmente, uma das principais dificuldades existentes em relação aos instrumentos citados, que já positivam o instituto, é a procedimentalização.

Quanto à autocomposição, não são estabelecidos quaisquer parâmetros ou diretrizes para nortear a celebração de acordos. Quanto à publicidade arbitral não há substrato prático para a efetivação. Caberia também estender a publicidade para os demais métodos, ficando a confidencialidade, em relação à mediação, restrita às sessões conjuntas e aos documentos firmados, vez que princípio de toda a Administração.

Ainda a lei vale-se de conceitos indeterminados, que perpetuam a insegurança na utilização dos institutos, tais quais "direito disponível", "critérios isonômicos, técnicos e transparentes". Por isso, observa-se que a lei perdeu a oportunidade de dar clareza nos tópicos ainda controvertidos na doutrina e jurisprudência.

Uma maior precisão e aprofundamento é imprescindível para a consolidação dessas outras maneiras de solucionar conflitos no âmbito público. Afinal, a vontade administrativa é institucional, objetiva e externa, de modo que deve ser procedimentalizada visando ao controle [3].

Nesse sentido é que Cristóvam e Eidt, sugerem que seja previsto em lei:

1) Da admissibilidade do caso para tentativa de autocomposição; 2) de oportunidade de participação das partes interessadas; 3) do esclarecimento em relação às funções que são desempenhadas pelos participantes por parte do poder público (agentes públicos e suas respectivas funções, mediador, assessoria jurídica etc.); 4) de transparência dos atos administrativos praticados ao longo do procedimento; 5) de publicidade à decisão final, com a devida motivação [4].



Nada disso, porém, está previsto na nova lei. Mais do que isso, o próprio nome do capítulo 12, destinado ao tema, já comete um erro conceitual. Como já assente na doutrina, a expressão "alternativos" apresenta-se em uma oposição ao Poder Judiciário, isto é, com uma atuação subsidiária. Muito embora permaneça a discricionariedade da Administração na utilização das vias exemplificadas na nova lei, como efetiva facultatividade, a busca pelo interesse público exige que a Administração opte pelo meio mais adequado.

É nesse sentido que atualmente a mediação, a arbitragem e os *dispute boards* não podem ser considerados meios alternativos, mas meios extrajudiciais [5], ou, ainda mais corretamente, meios adequados de resolução de conflitos, obviamente amparado em efetiva motivação, expondo as razões pelas quais uma via foi preterida em relação a outra [6].

Nova imprecisão comete a lei ao entender pela "resolução de controvérsias", destoando do que a própria Lei de Mediação já previu no artigo 36. Isso, em geral, entende-se como controvérsia jurídica, isto é, interpretações legais, formas de execução da decisão judicial e concorrência de teses doutrinárias divergentes [7]. O mais adequado seria a utilização de "conflito", pois é conceito mais amplo, que, além da controvérsia, abrange o resultado das relações sociais de forma complexa.

Apesar disso, sendo o imaginário público muito calcado em uma legalidade estrita, a positivação é, sem dúvidas, muito benéfica. Até porque os meios adequados de resolução de conflitos apresentam, se aplicados com estratégia, inúmeras vantagens, entre as quais: a celeridade, a economicidade e a revalorização da autonomia das partes, o que é absolutamente relevante, vez que ninguém conhece o caso tão bem quanto as partes, além de exigir inúmeros conhecimentos técnicos específicos. Pode ser ainda uma forma de efetivação da autotutela, enquanto poder-dever do Estado de controlar a si mesmo, com a máxima efetividade possível.

No *dispute board*, outra vantagem é a minimização da paralisação ou inviabilização da continuidade em obras públicas, vez que, comumente, os comitês são formados antes do conflito ocorrer, tendo incumbência, inclusive, de prevê-lo quando na modalidade permanente.

Essas características contribuem tanto para o administrado, que vê o contrato alcançando seus objetivos, com maior agilidade, quanto para a Administração Pública, que pode economizar recursos materiais ou temporais públicos e dar andamento a projetos muitas vezes travados por disputas judiciais. Favorece também a sociedade, que antes ou melhor pode usufruir dos serviços e bens contratados.

Além disso, evita desgastes emocionais entre as partes envolvidas, sendo primordial em contratações de longo prazo. Para a sociedade em geral, como coloca Lília Sales, especialmente a mediação permite a passagem da "*cultura do conflito*" para a "*cultura do diálogo*" [8].

Ainda nesse caminho, merece destaque a nova modalidade de licitações introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, o diálogo competitivo. Inspirado nas diretrizes de Contratações Públicas da União Europeia, que desde 2004 preveem a figura do diálogo concorrencial, o diálogo competitivo é um mecanismo de otimização das complexas contratações realizadas pela Administração Pública por meio do diálogo do ente administrativo com a iniciativa privada.



Por meio do diálogo competitivo, a Administração define os critérios a serem utilizados na pré-seleção dos licitantes e define suas necessidades, ou seja, aquelas que motivaram o processo licitatório. O objetivo é obter informações dos privados, bem como alternativas a fim de definir a solução mais adequada ao problema do Estado, a que será contratada por meio do processo licitatório. Dessa forma, o diálogo se estende até a definição da melhor alternativa e, ato contínuo, os licitantes apresentam suas propostas dentro do escopo definido pelo diálogo.

A importância da nova modalidade é a redução da assimetria de informações entre o ente público e os particulares, que passa, obrigatoriamente, pela flexibilização do processo licitatório, de modo que os particulares ofereçam diferentes e criativas soluções às complexas contratações da Administração.

Nesse sentido, vale trazer a lição de Marçal Justen Filho:

"Há uma única alternativa para resolver o problema da licitação: ampliar a competição. Isso envolve não apenas alterar radicalmente a disciplina da habilitação (que se encontra onde, mesmo? Na 8.666). É necessário consagrar o chamado 'diálogo competitivo', permitindo que os competidores controlem-se entre si. Nessa linha, os recursos e as impugnações dos competidores não são um problema, são a solução. As críticas da Administração aos recursos e impugnações refletem a postura equivocada em face da sociedade" [9].

Resultado do diálogo competitivo é a tendência de abertura e flexibilização da Administração Pública, eis que passa a considerar as opiniões e propostas dos particulares — fase diálogo — antes de publicar o edital final, contendo a solução específica a que se chegou por meio do diálogo e os critérios a serem utilizados para a seleção da proposta — fase competitiva.

Nessa esteira, cumpre asseverar que a nova modalidade é reflexo da maior adoção dos meios alternativos de resolução de conflitos nas mais distintas áreas do Direito. Dessa sorte, a Administração Pública seguiu esse movimento e trouxe maior abertura e flexibilização a seus procedimentos e à sua atuação.

Por fim, ressalta-se aqui a relevância da nova Lei de Licitações quanto ao contexto de segurança jurídica que confere ao ordenamento jurídico nacional. Não é novidade o fato de que a insegurança jurídica é um dos grandes fatores que atuam como óbices à atração de investimentos estrangeiros no Brasil. Um Judiciário caro, lento, com decisões instáveis e controversas é, com toda a certeza, um desincentivo ao investimento no país, inclusive nos contratos de grande monta celebrados entre privados (abertos às empresas estrangeiras) e a Administração Pública.

Neste ínterim, o capítulo XII da Lei nº 14.133/21, que trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias, é um importante estímulo às empresas estrangeiras que buscam diversificar seus investimentos em outros países. Isso, pois havendo qualquer conflito que tenha gênese no contrato celebrado com a Administração Pública, o particular não fica refém, necessariamente, do Judiciário brasileiro. Com a publicação da nova Lei de Licitações, abre-se margem para a utilização de conciliação, mediação, *dispute boards* e arbitragem, de modo a "confortar" o investidor estrangeiro que considera aportar recursos no Brasil.



Apesar de suas imperfeições, a Lei nº 14.133/21 traz consigo algumas novidades importantes ao ordenamento jurídico, a exemplo da previsão e positivação dos *dispute boards* e da inclusão do diálogo competitivo.

Ademais, a entrada em vigor da lei ora sob análise é um sinal de que o ordenamento jurídico pátrio busca se manter em consonância com as tendências jurídicas e as inovações trazidas da experiência internacional e da doutrina. Isso se dá em razão não só do crescimento exponencial da utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, mas também da maior necessidade de diálogo e consensualidade entre Administração Pública e privados em prol de oferecer melhores serviços à sociedade.

[1] NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 6.

[2] SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p.32.

[3] DAVI, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de Direito Público: o que mudou depois da Lei de Mediação? Publicações da AGU – O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas, v. 9, n. 04, Brasília-DF, out./dez. 2017, pp. 117-128

[4] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 11, pp. 55-81, 2020. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_005_autorizacao_legal_para_realizacao_de_acordos_cristovam-eidt.pdf>

[5] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual dos MESC's: meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri, SP: Manole, 2016.

[6] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 11, pp. 55-81, 2020. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_005_autorizacao_legal_para_realizacao_de_acordos_cristovam-eidt.pdf>

[7] PEIXOTO, José Roberto da Cunha; FERREIRA, Kaline. A autocomposição e sua identidade consensual: Ensaio sobre conceitos. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 11,



pp. 11-32, 2020. Disponível em: <

http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_003_autocomposicao_e_sua_identidade_consensual_peixoto-ferreira.pdf>

[8] SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos: mudanças de paradigmas. Apud Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual dos MESC's: meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri, SP: Manole, 2016. p. 11.

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. Gazeta do Povo, Curitiba, 06/11/2015.

Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/mas-temos-muito-ainda-a-falar-sobre-licitacao-0k320vk5ryh9zn8tdrguqlrzm/>.

Date Created

03/05/2021