

## INFRAESTRUTURA

# Dispute boards e a não persecução punitiva do gestor público de boa-fé

Segurança jurídica e o dever de proteção da decisão administrativa pautada nas recomendações do dispute board

Isadora Cohen, Jéssica Loyola Caetano Rios

18/08/2020 | 13:55



Crédito: Nappy/rawpixel.com

Nas últimas décadas, os paradigmas e conceitos tradicionais do Direito Administrativo passaram por significativas transformações e rupturas. De fato, os avanços de um mundo globalizado, marcado pela presença de grupos de interesses fragmentados, diversos e altamente demandantes, evidenciaram a fragilidade da clássica polarização entre os conceitos de interesse público e



ENTRAR



ENTRAR

No setor de infraestrutura, tais alterações erigiram o particular à condição de verdadeiro parceiro do Estado no desenvolvimento de grandes projetos e na prestação de serviços públicos essenciais, de modo tal que a construção de um ambiente seguro e atrativo a investimentos privados se tornou prioridade no âmbito da Administração Pública. Nesse contexto, também ganha força a adoção de métodos alternativos de resolução de disputas, tendo em vistas as suas vantagens, quando comparados à jurisdição estatal, em relação ao tempo de duração do procedimento, à prevalência da consensualidade na definição das regras aplicáveis e a possibilidade de escolha de profissionais de alta *expertise* sobre o objeto contratual.



## RISCO POLÍTICO

### Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli antecipa o que vai acontecer em Brasília

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

[CLIQUE PARA SABER MAIS](#)

Não à toa, o ordenamento jurídico brasileiro tem se desenvolvido para recepcionar e regulamentar o uso da arbitragem, mediação, conciliação e dos *Dispute Boards* pela Administração Pública. Os *Dispute Boards*, nesse contexto, ganharam maior atenção do legislador, por exemplo: (i) no projeto da nova Lei de Licitações, que autoriza a utilização da mediação, conciliação, *Dispute Boards* e arbitragem para resolução dos conflitos em contratos administrativos; (ii) no Projeto de Lei nº 9.883/2018 e o Projeto de Lei do Senado nº 206/2018, que regulamentam a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas no âmbito da Administração Pública Federal; e (iii) em diversas leis estaduais que já disciplinam a matéria. No que importa a esse artigo, ganha especial destaque a equiparação dos membros do *Board* a servidores públicos, para fins de responsabilização cível e criminal.

A efervescência legislativa em matéria de *Dispute Boards* reflete a crescente importância do instituto para a solução (e, por que não, prevenção) de



ENTRAR



ENTRAR

De fato, não há dúvidas quanto às vantagens que a instauração de um comitê qualificado, independente e imparcial, competente para identificar, prevenir e/ou solucionar as controvérsias existentes entre as partes<sup>[1]</sup>, traz aos contratos de infraestrutura.

Se, de um lado, as vantagens da adoção dos *Dispute Boards* em contratos de parcerias e concessões (e mesmo para os contratos administrativos em geral) têm se refletido em novas proposições legislativas sobre a matéria, de outro, persiste o desafio da criação de um ambiente juridicamente seguro para o sucesso desse instituto. Isso, porque, para além de regulamentar o uso do *Dispute Board* no âmbito da Administração Pública, é preciso também garantir ao gestor público de boa-fé e aos próprios membros do Comitê – que, como dito, possuem o mesmo *status* de responsabilização dos servidores públicos (são equiparados) – a confiança de que as deliberações dos *Dispute Board* são atos legítimos, técnicos, dotados de legalidade e de boa-fé, de modo que as decisões do gestor público, tomadas a partir dessas deliberações, sejam também assim reconhecidas.

Embora a jurisprudência sobre a matéria seja incipiente<sup>[2]</sup>, não se podendo atestar a prevalência de um ou outro entendimento quanto a decisões proferidas pelos *Disputes Boards*, as raízes de uma cultura extremamente marcada pela judicialização e pela desconfiança ainda desafiam a boa atuação do administrador público. Aos mais acostumados com a prática administrativa, não causaria surpresa o ajuizamento de ações penais ou de ações de improbidade pretendendo a aplicação de penalidades ao administrador público que tenha agido conforme as orientações ou tenha cumprido estritamente a decisão do *Dispute Board*. Da mesma forma, não surpreende a possibilidade de questionamentos e responsabilização perante os órgãos de controle, que podem não concordar com a economicidade das soluções propostas pelos membros do *Board*.



ENTRAR



ENTRAR

---

das decisões administrativas por órgãos judiciais ou de controle a análise das consequências práticas da decisão, das condições disponíveis ao gestor à época do processo decisório, dentre outros.

Determina, ainda, que os agentes públicos que são membros dos *dispute boards* somente serão pessoalmente responsáveis em caso de seu dolo ou erro grosseiro. E aí, nesses casos em que a orientação técnica esteja eivada de erro grosseiro ou dolo, não parece fazer sentido que o tomador da decisão (gestor público executivo que se vale da orientação técnica exarada pelo *dispute board*) seja responsabilizado.

---

Diante da necessidade de uma análise consequencialista pelo Poder Judiciário e pelos órgãos de controle, torna-se mais difícil a invalidação das recomendações e decisões proferidas por um *Board* constituído por membros escolhidos segundo princípios da Administração Pública e as mais rigorosas exigências de competência técnica.

---

Apesar disso, especialmente no que se refere ao Direito Punitivo, as digressões anteriormente apresentadas não estão distantes da realidade que frequentemente se apresenta ao administrador público, restando ainda muito que se fazer para a desconstrução do clássico antagonismo público x privado e, portanto, para que a participação conjunta do particular na construção das soluções dos conflitos com a Administração Pública seja vista com bons olhos.

Por isso, é da maior importância o engajamento de todos aqueles que se dedicam ao Direito Administrativo no fortalecimento da Administração Pública Consensual, construindo um espaço público que permita ao administrador público atuar com a flexibilidade necessária à solução dos diferentes problemas que lhe são impostos.

ReviewBoards –DRB) ou tomar decisoes (Dispute AdjudicationBoards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes”. In: Dispute Resolution Boards: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

[2] A título de referência, cite-se o acórdão do TJSP no processo nº 2096127-39.2018.8.26.0000, em que o Tribunal validou integralmente as conclusões do Board. 



### ISADORA COHEN

Sócia da ICO Consultoria. Foi secretária-executiva de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo, secretária do Programa de Desestatização e responsável pela Unidade de PPP do Estado de São Paulo. Fundadora e apresentadora do Infracast. Presidente Infra Women Brazil (2020-2022). Professora do MBA LSE FESP. Pesquisadora da FIPE



### JÉSSICA LOYOLA CAETANO RIOS

Graduada em Direito pela UnB. LLM em International Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Advogada na ICO-consultoria.

TAGS

DESTAQUES

DISPUTE BOARDS

GESTOR PÚBLICO

INFRAESTRUTURA

COMPARTILHAR



Nossa missão é tornar as instituições

#### PODER PRO

Apostas da Semana

Impacto nas

#### TRIBUTOS PRO

Apostas da Semana

#### EDITORIAS

Executivo

Legislativo

STF

#### SOBRE O JOTA

Estúdio JOTA 

Ética JOTA 



[ENTRAR](#)



[ENTRAR](#)

JOTA PRO

Manual

Coberturas  
Especiais

Termos de  
Uso 

Relatórios  
Especiais

Eleições  
2024

[FAQ](#)

[Contato](#)

[Trabalhe  
Conosco](#)

[SIGA O  
JOTA](#)