

CONTRATOS

LEI N° 14.133/2021

RENATA CONSTANTE CESTARI

SUMÁRIO

1. Duração e modificação dos contratos.
2. Alocação de riscos
3. Meios alternativos de resolução de controvérsias

1. ALOCAÇÃO DE RISCOS?

- ▶ A NLLC inova ao estabelecer a possibilidade de [previsão de matriz de alocação de riscos](#) nos contratos administrativos em geral (art. 103).
- ▶ A matriz de riscos é uma cláusula contratual específica [que define os riscos e as responsabilidades entre as partes](#) e caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, contendo as informações mínimas indicadas no [art. 6º, XXVII](#).
- ▶ A lógica é a de que o risco deve ser alocado a [quem tem melhor condição de gerenciá-lo](#) (art. 103, §§ 1º).
- ▶ A matriz de riscos tem [reflexo importante na fase preparatória](#) e no valor estimado da contratação (arts. 22, caput, e 103, § 3º)



1. ALOCAÇÃO DE RISCOS?

- ▶ Assim, se o risco **foi assumido** por um dos contratantes, este **não poderá pedir o restabelecimento** do equilíbrio relacionado a esse risco.
- ▶ São alocados legalmente como riscos da Administração os referentes (art. 103, § 5º, I e II): (i) **às alterações unilaterais por ela determinadas**, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124; (ii) **ao aumento ou à redução**, por legislação superveniente, dos **tributos** diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.
- ▶ Nessas duas hipóteses, o contratado poderá pleitear o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.



1. ALOCAÇÃO DE RISCOS?

- ▶ O dispositivo deve ser lido com o artigo 22, § 3º segundo o qual a matriz de riscos será obrigatória para:
- ▶ obras e serviços de **grande vulto** – mais de R\$ 228.833.309,04 Decreto nº 11.317, de 2022)(art. 6º, XXII);
- ▶ **contratação integrada**, em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os **projetos básico e executivo**, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII);
- ▶ **contratação semi-integrada**, em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o **projeto executivo**, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXIII).



1. ALOCAÇÃO DE RISCOS?

- ▶ Além disso, o contrato também deverá prever a contratação de [seguros obrigatórios](#), cujo custo refletirá no preço ofertado.
- ▶ Isso tem relação direta com a disposição do art. 103, § 2º, no sentido de que os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão, preferencialmente, transferidos ao contratado.



2. DURAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS. QUAIS AS NOVAS REGRAS?

- Art. 105. A duração dos contratos será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a [disponibilidade de créditos orçamentários](#), bem como a previsão no [plano plurianual](#), quando [ultrapassar 1 exercício financeiro](#).
- ▶ Antes, os contratos até podiam ser prorrogados até o limite de 60 meses, mas [precisavam ser firmados e aditivados dentro de cada exercício](#). Isso engessava a execução contratual face à necessidade de edição de, pelo menos, um aditivo para prorrogação todos os anos; de outro, tornava o negócio [menos atrativo](#) a certos segmentos do mercado dado que empresas eram obrigadas a firmar contratos por [apenas doze meses e sem garantia concreta de prorrogação](#), indo de encontro com seus modelos de negócios. Contratos desvantajosos e arriscados, portanto.



2. DURAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS. QUAIS AS NOVAS REGRAS?

- ▶ A preocupação com a disponibilidade orçamentária persiste:
- ▶ Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a **indicação dos créditos orçamentários** para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, **sob pena de nulidade do ato e de responsabilização** de quem lhe tiver dado causa.



2. DURAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS. QUAIS AS NOVAS REGRAS?

- ▶ Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com **prazo de até 5 anos** nas hipóteses de **serviços** e **fornecimentos** contínuos, observadas as seguintes diretrizes: I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá **atestar a maior vantagem econômica** vislumbrada em razão da contratação plurianual; II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de **créditos orçamentários** vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção; III - a Administração terá a opção de **extinguir o contrato, sem ônus**, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato **não mais lhe oferece vantagem**.
- ▶ § 1º A extinção do inc III ocorrerá apenas na **próxima data de aniversário do contrato** e não poderá ocorrer em prazo inferior a **2 meses**, contado da referida data.
- ▶ § 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao **aluguel de equipamentos** e à utilização de **programas de informática**.



2. DURAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS. QUAIS AS NOVAS REGRAS?

- ▶ Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Adm, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para as partes.



2. DURAÇÃO E MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS. QUAIS AS NOVAS REGRAS?

- ▶ Art. 111. Na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Reproduz instrumentos tradicionais de **autocomposição e heterocomposição** no âmbito **privado** e já previstos em outras leis administrativas. Positiva uma **cláusula geral autorizativa dos meios alternativos de resolução de controvérsias**, evidenciando, até mesmo para os mais incrédulos, que a administração pública pode valer-se desses mecanismos.
- ▶ Art. 151. Nas contratações (..) **poderão** ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a **conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem**.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Quanto a **conciliação e a mediação**, trata-se de métodos já previstos há bastante tempo em âmbito do Direito Administrativo e, portanto, não são geradores de tantas controvérsias.
- ▶ Todavia, o mesmo não se pode dizer da **arbitragem e do comitê de resolução de disputas** (Dispute Boards).
- ▶ O último, inclusive, tem na Lei n. 14.133/2021 a sua **estreia em uma legislação federal brasileira**. É a primeira vez que o comitê de resolução de disputas (Dispute Boards) é previsto por uma lei federal.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ **Arbitragem.** Em resumo, pode-se dizer que o instituto começa a alcançar maior popularidade quando se torna uma alternativa a dois grandes problemas:
 - ▶ (i) à impossibilidade enfrentada pelo **Poder Judiciário** de suportar o crescente aumento no volume de processos; e
 - ▶ (ii) a **maior complexidade** técnica das demandas que o desenvolvimento social e tecnológico trouxeram.
- ▶ A primeira jurisprudência sobre o tema foi em **1973**, quando o STF entendeu que o **Estado poderia** participar de arbitragens.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Durante muito tempo a **indisponibilidade do interesse público** foi o principal obstáculo da Administração Pública.
- ▶ Permitir que **simples árbitros** disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve. Todavia, esse posicionamento da doutrina **encontra-se superado**, sendo hoje **minoritário**.



24. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ “a natureza consensual do pacto de compromisso, sendo de natureza consensual, não constitui foro privilegiado, **nem tribunal de exceção**, ainda que regulado por lei específica”. (STF).
- ▶ Ainda assim, o julgamento acima não serviu para que a resistência que se tinha com a Administração Pública valendo-se de procedimentos arbitrais diminuísse. O **TCU** era Corte que constantemente **manifestava-se contrária**.
- ▶ A bem da verdade, o instituto só começou a alcançar novos patamares dentro do ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que surgiu uma série de **leis esparsas prevendo o instituto**. Lei 11.079/2004 (PPP); Lei n. 8.987/1995 (concessões).



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ A chamada “Reforma da Lei de Arbitragem” – n. 13.129/2015 acrescentou aos textos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996, respectivamente, as seguintes previsões:
- ▶ § 1º A **administração pública** direta e indireta **poderá utilizar-se da arbitragem** para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...]



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- **Outras previsões legislativas** mais recentes envolvendo a arbitragem e a Administração Pública **também apresentam uma lista exemplificativa das matérias que seriam arbitráveis**. A título de exemplo, pode ser citado o Decreto Federal n. 10.025/2019.
- ▶ Essa parece ser uma das saídas: que cada vez mais as previsões legais envolvendo o instituto arbitral especificuem os direitos patrimoniais passíveis de serem arbitrados, **trazendo listas exemplificativas mais robustas, como forma de dar maior segurança jurídica ao instituto**.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Art. 151. § único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a [direitos patrimoniais disponíveis](#), como as questões relacionadas ao [restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro](#) do contrato, ao [inadimplemento de obrigações contratuais](#) por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.
- ▶ Essa previsão é aplicação direta do princípio constitucional da legalidade que envolve os atos da Adm Pública, insculpido no caput do artigo 37 da CF. Uma vez que a Adm Pública deve atuar de acordo com o Direito que está posto, é decorrência lógica que os seus conflitos precisam ser resolvidos com base nesse ordenamento.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ A lei de licitações traz a expressa previsão de que o processo arbitral deve se atentar ao **princípio da publicidade**. Essa previsão é importante, porque ainda hoje uma falsa polêmica circunda o cenário da arbitragem com a Administração Pública: como se respeitar o princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada, tendo em vista **o sigilo que envolve os processos arbitrais?** Entretanto, esse suposto conflito é apenas aparente.
- ▶ Todavia, o sigilo “é uma característica que **pode** – apenas pode – **ser estabelecida** pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade”.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Embora o sigilo seja uma prática recorrente da arbitragem, não é um requisito obrigatório. Por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do País disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste essa previsão.
- ▶ a lei de licitações perde a chance de regulamentar uma série de questões: (i) quais documentos do processo arbitral deverão ser públicos?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam à exigência da publicidade?; (iii) as câmaras arbitrais e os seus regulamentos.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Hoje se entende que o Poder Público, árbitros e câmaras arbitrais devem **trabalhar em conjunto** para dar efetividade a essa transparência que é exigida em processos arbitrais que envolvam o Poder Público.
- ▶ o Decreto n. 46.245/18 do **Estado do RJ** estabelece que são **públicas** “as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza”. A Lei n. 19.477/11 **de MG**, traz que a arbitragem deverá ser “instaurada mediante processo **público**”. Têm-se ainda a previsão do Decreto da União n. 10.025/19, que prescreve, que “as informações sobre o processo de arbitragem **serão públicas**, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação”.
- ▶ Para evitar controvérsias acerca do grau de publicidade, **é prudente que no início do processo arbitral seja determinado o que será publicado pela Administração**, à luz do regime jurídico aplicável



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Quanto aos árbitros:

- ▶ Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios **isonômicos, técnicos e transparentes**.
- ▶ Não se tem qualquer explicação adicional do que o Legislador entende por um processo de escolha com essas características.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Apesar da Lei n. 14.133/2021 não os prever, chama-se atenção que as convenções arbitrais devem esclarecer a [forma de instituição do processo](#) arbitral, isso é, se ele vai se dar de [maneira ad hoc ou institucional](#).
- ▶ Via de regra, a escolha pelas [arbitragens institucionais](#) é mais interessante à segurança procedimental, sobretudo pelo fato de vincular o litígio às regras de procedimento previamente estipuladas por [Câmaras Arbitrais especializadas](#).



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ **Comitês de Resolução de Disputas** (Dispute Boards)
- ▶ A grande novidade é a **previsão expressa** dos comitês de resolução de disputas.
- ▶ O ganho, nesse aspecto, é duplo: além de positivar que os contratos administrativos podem valer-se dos comitês de resolução de disputas ainda se torna **a primeira lei federal brasileira a prever o instituto**, colocando uma pá de cal nas discussões atinentes à possibilidade de a Administração Pública valer-se do seu uso, visto que não **existia previsão legal**.
- ▶ Por outro lado, a Lei n. 14.133/2021 fez uma **previsão solta do instituto**, não trazendo qualquer explicação ou regulamentação à modalidade.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Os comitês de resolução de disputas consistem na formação de um **comitê de especialistas** em matérias técnicas e diversas que, juntos, **vão acompanhar o desenvolvimento de um contrato** (geralmente de longa duração). Esse comitê acompanha a execução contratual **desde o seu início**, permitindo que seus membros compreendam **todas as etapas de execução do objeto** e, por consequência, possam atuar da melhor forma possível tanto na **prevenção**, quanto na resolução de possíveis conflitos que venham a surgir.
- ▶ O instituto dos comitês de resolução de disputas se trata de: [...] painéis, comitês ou conselhos, podendo, conforme o caso, **fazer recomendações ou tomar decisões ou até tendo ambas as funções**, conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Um dos grandes diferenciais dos comitês de resolução de disputas é o **momento em que o comitê é formado**. Geralmente a indicação de especialistas e a formação do comitê ocorre no início da relação contratual, ou seja, **antes mesmo que alguma desavença**.
- ▶ Nos contratos que tenham como objeto de obras, uma das principais vantagens é **evitar que os trabalhos sejam paralisados ou até inviabilizados em razão de disputas técnicas**. Além de diminuir os **custos** inerentes aos litígios, evita-se o atraso na execução do contrato. A utilização dos comitês conterà requisitos especiais que deverão ser observados pelas partes contratantes. Deve constar no **edital** e no anexo referente à minuta do contrato que será firmado.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ Quanto ao momento de formação, pode-se dizer que há duas alternativas possíveis.
- ▶ A primeira é o “Dispute Board permanente”. Nessa hipótese o Comitê é formado no momento da pactuação do negócio jurídico e permanece em funcionamento ao longo de toda a relação contratual, ainda que não surjam controvérsias entre as partes.
- ▶ A segunda alternativa é o “Dispute Board ad hoc”, que seria o caso em que o Comitê é formado **somente se surgirem desavenças** contratuais e permanecerá até a prolação da decisão e a finalização dos demais procedimentos a ela aplicáveis.



3. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- ▶ O estabelecimento do comitê em um contrato é feito através de **cláusula contratual**, por meio da qual as partes escolhem os membros — normalmente, um ou três —, e as regras que regerão o funcionamento do comitê, podendo defini-las contratualmente ou eleger as regras de uma câmara especializada.
- ▶ Ou seja: para além da inclusão de cláusulas arbitrais, de eleição de foro, de mediação, de não recorrer no contrato, as **partes poderão estabelecer a formação de um comitê** de resolução de disputas formado por especialistas para a prevenção e resolução de disputas.





OBRIGADA!!!!

