

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Escola de Direito e Administração Pública
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito
Mestrado Profissional em Direito

THAÍS STROZZI COUTINHO CARVALHO

COMITÊ DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE CONFLITOS
(*DISPUTE BOARD*) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Brasília
2022

THAÍS STROZZI COUTINHO CARVALHO

**COMITÊ DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE CONFLITOS
(*DISPUTE BOARD*) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre, no curso de Mestrado Profissional em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Guilherme Pereira Pinheiro

Co-orientador: Gustavo Justino de Oliveira

Brasília
2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por me ensinar o amor necessário à realização de todas as tarefas do cotidiano e ao enfrentamento das dificuldades.

À minha família, agradeço o apoio e compreensão nos momentos de ausência. Aos meus amados filhos João Paulo, Pedro Augusto e Maria de Lourdes, agradeço o incentivo, ora estudando lado a lado, ora estimulando o cumprimento da meta traçada para o dia. Ao Paulo Gustavo, todo meu amor e admiração, com especial registro de gratidão pelas críticas e por ouvir com caridade as ideias partilhadas nas horas mais diversas, sempre me levando a reflexões que contribuíram sobremaneira para o engrandecimento do trabalho. Aos meus pais agradeço o exemplo e a dedicação aos meus filhos.

À minha equipe de trabalho agradeço o incentivo e a vibração com cada pequena vitória diária. À querida amiga, comadre e sócia Andrea Hoffmann, não posso deixar de registrar minha admiração e agradecimento pelo apoio às ideias partilhadas, com ponderações sempre valiosas.

Aos professores orientadores Guilherme Pinheiro e Gustavo Justino, agradeço a paciência, apoio e incentivo.

RESUMO

O *dispute board*, que no Brasil tem sido denominado de Comitê de Resolução e Prevenção de Conflitos, constitui mecanismo contratual de solução de controvérsias, no qual um comitê constituído por especialistas na matéria objeto do contrato se pronuncia por meio de recomendação ou decisão em face de controvérsias suscitadas pelas partes, de modo a contribuir para a continuidade da execução do objeto contratado, para que seja possível a conclusão do empreendimento. No presente estudo são avaliadas as diferentes modalidades do instituto, que pode se constituir de forma revisora, adjudicatória ou mista, apresentando-se a sua origem, regulamentação por órgãos de arbitragem institucional e as experiências estrangeiras. Ao analisar a experiência brasileira com o *dispute board* na infraestrutura pública, são apresentadas as leis regulamentadoras do instituto no Brasil, avaliando-se as leis dos municípios de São Paulo e de Belo Horizonte, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e o direito projetado, apresentando-se, ainda, um estudo de caso do primeiro *dispute board* em contrato de obra pública no país, relativo à construção da Linha 4 (amarela) do Metrô de São Paulo. Em âmbito federal, foram adotadas cláusulas de *dispute board* em três contratos de concessão de rodovias, em 2021, cujo teor é avaliado no estudo, como forma de traçar oportunidades, riscos e perspectivas para a adoção do mecanismo em contratos administrativos de infraestrutura no país, comparando-se a modelagem adotada em tais contratos com aquela utilizada nos contratos e casos avaliados no estudo e na doutrina. Os casos avaliados demonstram que o *dispute board* é um mecanismo eficiente que pode ser utilizado no país independentemente de nova lei que o regule em âmbito federal, havendo possibilidade de regulamentar a matéria por meio de decreto ou mesmo por norma de agências reguladoras responsáveis por concessões em áreas de infraestrutura.

Palavras-chave: *dispute board*; comitê de resolução e prevenção de disputa; concessão; infraestrutura; transportes.

ABSTRACT

Dispute boards, in Brazil usually called as Conflict Resolution and Prevention Committee, consists in a contractual dispute settlement mechanism, in which a committee composed of experts in the subject matter of the contract is pronounced by recommendation or decision in the face of disputes raised by the parties, in order to contribute to the continuity of the contracted object, so that it is possible to complete the enterprise. In the present study, the different modalities of the institute are evaluated, as dispute review board, adjudication board or combined dispute board, presenting its origin, regulation by institutional arbitration bodies and foreign experiences. Some Brazilian experiences with the dispute board in public infrastructure are analysed, as well as the regulatory support of the institute in Brazil, as the municipal laws of São Paulo and Belo Horizonte, the General Law of Bids and Administrative Contracts and the projected law. There is also a presentation of a case study of the first dispute board in a public contract in the country, related to the construction of Line 4 (yellow) of São Paulo's Metro. At the federal level, dispute board clauses were adopted in three highway concession agreements in 2021, whose content is evaluated in the study, to trace opportunities, risks and perspectives to the mechanism in administrative infrastructure contracts in Brazil, comparing the modeling adopted in such contracts with that used in contracts and cases evaluated in this study. The cases evaluated demonstrate that the dispute board is an efficient mechanism that can be used in the country regardless of a new law that regulates it at the federal level. There is, however, the possibility of regulating the matter by a federal act or even by standard regulatory agencies responsible for concessions in infrastructure areas.

Key-words: *dispute board*; dispute resolution and prevention committee; concession; infrastructure; transport.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	12
1.1	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	12
1.1.1	Composição dos comitês de resolução de disputa e perfis dos membros	17
1.2	MODALIDADES	20
1.2.1	Comitê Revisor ou de Assessoramento (<i>Dispute Review Board</i> – DRB)	20
1.2.2	Comitê de Adjucação (<i>Dispute Adjudication Board</i>)	22
1.2.3	Comitê misto (<i>Combined Dispute Board</i>)	25
1.2.4	Regulamentação das modalidades por órgãos de arbitragem institucional	26
1.2.5	Considerações sobre a decadência convencional	28
1.3	EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS COM O <i>DISPUTE BOARD</i> : ANÁLISES E CONSIDERAÇÕES	30
1.3.1	Experiências positivas na adoção do <i>dispute board</i>	30
1.3.2	A experiência do <i>The Big Dig</i>	36
2	A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM O <i>DISPUTE BOARD</i> NA INFRAESTRUTURA PÚBLICA	40
2.1	LEIS REGULAMENTADORAS DO <i>DISPUTE BOARD</i> NO BRASIL	40
2.1.1	Leis municipais nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) e 11.241 (BELO HORIZONTE, 2020)	40
2.1.2	Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d) e direito projetado	46
2.3	O CASO DA FASE 1 DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO	48
2.3.1	Narrativa do caso	48
2.3.2	Questões-problema do caso	52
2.4	OUTRAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS COM O <i>DISPUTE BOARD</i>	53
2.5	QUESTIONÁRIO SOBRE <i>DISPUTE BOARD</i> NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES APLICADO A SERVIDORES PÚBLICOS	55
3	APLICAÇÃO DO <i>DISPUTE BOARD</i> NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE: OPORTUNIDADES, RISCOS E PERSPECTIVAS	60
3.1	<i>DISPUTE BOARD</i> EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE EM ÂMBITO FEDERAL	60

3.1.1	Cláusula padrão proposta pelo Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura	60
3.1.2	Modelos de cláusula de <i>dispute board</i> nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116/101/SP/RJ	63
3.1.3	Acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre as concessões de rodovias: perspectivas e limitações	66
3.2	OPORTUNIDADES	68
3.2.1	Concessões aeroportuárias e ferroviárias	70
3.2.2	Direito projetado	72
3.3	RISCOS	73
3.3.1	Mecanismo visto como um entrave pelos órgãos de controle. A questão da autoexecutoriedade das decisões da Administração	73
3.3.2	Procedimento burocratizado do comitê	76
3.4	PERSPECTIVAS	77
	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	84
	APÊNDICE 1	92

INTRODUÇÃO

Os contratos com prazo alongado de vigência, elevados custos e com objetos de grande complexidade técnica ou operacional tendem a não ser capazes de regular todas as peculiaridades da relação entabulada, sendo natural o surgimento de situações não previstas quando da estruturação do projeto e de conflitos delas decorrentes.

A superveniência de controvérsias entre as partes é, portanto, comum e até mesmo esperada, e o fato de o próprio contrato prever um mecanismo para a sua solução contribui para a maior e tão almejada segurança jurídica. Nesse contexto é que surge o Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas (*dispute board*) como método contratual apto a apresentar soluções para questões supervenientes não reguladas originalmente pelo contrato.

Pretende-se aprofundar o estudo do instituto, de maneira a definir a sua natureza jurídica, que, por um lado, se assemelha à arbitragem, mas por outro resulta em uma obrigação contratual, dadas as diferentes modalidades e força vinculante ou recomendatória das decisões do conselho instituído de comum acordo entre as partes.

O Comitê é usualmente constituído por três especialistas que acompanham toda a execução do empreendimento e perante ele são submetidas, por decisão das partes, as questões controvertidas decorrentes da implementação do projeto. A matéria submetida ao Comitê resultará em um posicionamento que poderá ter força vinculante ou apenas recomendatória, conforme previsto no instrumento de modo prévio. A partir da solução apresentada, restará afastada a lacuna existente no instrumento, garantindo-se a segurança jurídica para a continuidade da relação contratual.

Por reconhecer a maior segurança jurídica dos instrumentos que preveem o *dispute board* como método de resolução de conflitos, o Banco Mundial passou a recomendar a adoção do Comitê em obras por ele financiadas e, na sua esteira, o International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) editou modelos padronizados de contrato, com cláusula de *dispute board* na sua modalidade vinculante, em 1996 (CHERN, 2015, p. 12).

No Brasil, a previsão do instituto em contratos firmados com a administração pública foi regulamentada, de forma pioneira, pelo município de São Paulo, seguido por Belo Horizonte, conforme as Leis Municipais nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) e 11.241 (BELO HORIZONTE, 2020).

Em âmbito federal, há um projeto de lei de iniciativa do Senado para regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União, conforme PLS 206, de 2018, de autoria do Senador Antonio

Anastasia, do PSDB de Minas Gerais, aprovado pelo plenário do Senado em 29 de junho de 2021¹. Depois de aprovado na Casa Legislativa de origem, a proposta seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados, na qual recebeu o número 2421/2021, tendo sido atribuída a sua relatoria ao Deputado Kim Kataguirí, do Democratas de São Paulo², em 11 de agosto de 2021.

A Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), que institui a nova lei geral de licitações e contratos, é a primeira lei federal a textualmente prever³ a adoção do *dispute board* em contratos administrativos, conforme seu art. 151, que admite a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nos instrumentos firmados com o poder público, fazendo expressa menção ao comitê de resolução de disputas, ao lado da conciliação, mediação e arbitragem.

Mesmo antes da edição de tal lei, o Programa de Parcerias de Investimentos promoveu um workshop, em 2019, no qual apresentou uma cláusula padrão para adoção de *dispute board* no âmbito dos contratos de concessões públicas promovidas pelo Governo Federal. Não obstante, sua utilização ainda não é ampla nos contratos de infraestrutura, a exemplo do edital de concessão de aeroportos da sexta rodada, promovida pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) em abril de 2021⁴, que não previu o mecanismo no edital ou no contrato, embora se trate de contrato de longo prazo firmado com a União (30 anos) e com a previsão de investimentos em obras de infraestrutura.

Somente em 2020 foi previsto o Comitê na modelagem da concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA, a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e, em 2021, a cláusula de *dispute board* foi igualmente adotada no contrato anexo ao Edital nº 03/2021, que tem por objeto a concessão da BR-116/101/SP/RJ⁵.

A pesquisa pretende responder às seguintes perguntas: (i) o *dispute board* é um mecanismo eficiente de solução de conflitos em contratos de infraestrutura de transportes? e

¹ A tramitação do projeto de lei, sua redação e emendas podem ser consultadas em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>>. Acesso em 29/01/2021.

² As informações sobre a tramitação, emendas e pareceres podem ser acessadas no sítio da Câmara dos Deputados na internet, por meio do link <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398>. Acesso em 15/8/2021.

³ Embora a lei de licitações e contratos, editada em 2021, preveja a adoção do *dispute board* em contratos administrativos, não regulamenta a sua utilização. Há, dessa forma, possibilidade de regulamentação do instituto por meio de Decreto, o qual não havia sido aprovado quando da realização da presente pesquisa.

⁴ O contrato decorrente da sexta rodada de concessões de aeroportos promovida pela ANAC pode ser consultado no sítio da Agência na internet, disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/sexta-rodada/minuta-de-contrato-e-seus-anexos/>. Acesso em 4/9/2021.

⁵ Informações sobre os projetos citados podem ser consultadas no sítio da ANTT na internet: <https://portal.antt.gov.br/novos-projetos-em-rodovias>. Acesso em 4/9/2021.

(ii) o arcabouço jurídico normativo vigente garante segurança jurídica na utilização do *dispute board* em contratos de infraestrutura firmados pelo governo federal?

Para fins de avaliação da eficiência, será feita a revisão da doutrina dedicada ao assunto e o estudo de caso da fase 1 da linha 4 do metrô de São Paulo. Importante o destaque de que os casos envolvendo disputas submetidas aos comitês instituídos no âmbito de contratos de construção são comumente submetidos a sigilo, o que dificulta, senão impossibilita, o estudo de caso. A disputa envolvendo a decisão adotada pelo *dispute board* no contrato do metrô de São Paulo foi submetida ao judiciário e, dessa forma, tornou-se pública, possibilitando o seu estudo.

Serão aplicados, também, questionários a servidores públicos do ministério da Infraestrutura ou de Agências Reguladoras responsáveis pela modelagem de contratos de concessão de projetos de infraestrutura de transportes, para fins de avaliar as perspectivas de utilização do mecanismo em contratos no âmbito da Administração Pública Federal.

No capítulo primeiro, apresentar-se-á o conceito do instituto, abordando as diferentes modalidades de comitês, que podem ter caráter revisor, adjudicatório ou híbrido, conforme vinculação das decisões por ele adotadas. O chamado Dispute Resolution Board (DRB), ou comitê revisor, emite recomendações aos contratantes, sem caráter vinculante, enquanto o Dispute Adjudication Board (DAB) adota decisões de caráter vinculante.

Ainda no primeiro capítulo, será avaliada a natureza jurídica do *dispute board*, ora caracterizada como obrigação contratual, ora entendida como mecanismo extrajudicial de resolução de conflito.

A metodologia de pesquisa empregada no primeiro capítulo será a revisão da doutrina, com a referência bibliográfica dos autores que se dedicam ao estudo dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, a partir da referência bibliográfica do Cyril Chern (2015).

No segundo capítulo será analisada a experiência brasileira com o *dispute board* na infraestrutura pública, avaliando-se as leis municipais de São Paulo (2018) e Belo Horizonte (2020), e a Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), que institui a lei de licitações e contratos, apreciadas em ordem cronológica de edição dos marcos legais aplicados à disciplina da matéria.

No segundo capítulo será apresentado, ainda, um estudo de caso, relativo à experiência do *dispute board* na implantação da fase 1 da linha 4 do metrô de São Paulo, contrato que detinha cláusula que determinava a instituição do comitê para acompanhamento e solução de conflitos, tendo sido acionado o Poder Judiciário em razão do conflito instaurado. Também

neste capítulo será aplicado o mencionado questionário a servidores federais que atuaram no planejamento e execução dos contratos que preveem a instalação do *dispute board*.

O segundo capítulo adotará a metodologia empírica, com levantamento e análise de dados, bem como de estudo de caso para a avaliação do caso do metrô de São Paulo.

No terceiro e último capítulo, será feito um levantamento dos contratos de infraestrutura de transportes firmados com a União que contam com cláusula do *dispute board*, analisando-se as cláusulas contratuais dos referidos instrumentos que preveem a utilização do mecanismo, bem como as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre projetos de infraestrutura de transportes licitados, conforme Acórdãos 4036/2020, 4037/2020 e 1766/2021⁶, todos do Plenário da Corte de Contas, o primeiro de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, o segundo sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler e o último relatado pelo Ministro Walton Alencar, na análise prévia empreendida pelo TCU.

Por fim, avaliar-se-á as oportunidades, riscos e perspectivas na adoção do mecanismos de solução de disputas no âmbito do contrato, a partir da pesquisa empreendida, empreendendo-se uma avaliação qualitativa dos questionários respondidos pelos entrevistados conforme registro no segundo capítulo, bem como a revisão de jurisprudência, e apresentadas as conclusões a partir do estudo de caso realizado.

⁶ O Acórdão 1766/2021 aprova a minuta de contrato e edital de concessão da BR-116/101/SP/RJ, porém não inova em relação ao entendimento anterior do Tribunal, manifestado nos Acórdãos 4036/2020 e 4037/2020, de modo que não será aprofundada a sua análise no presente estudo.

1 COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo serão apresentados os conceitos e modalidades de comitês de resolução e prevenção de disputa, apresentando os comitês de acordo com o caráter vinculante ou não vinculante de suas decisões, bem como as vantagens de cada espécie, de acordo com a doutrina e experiência de outros países relatadas pelos autores que se dedicam ao estudo do tema.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas é um mecanismo de resolução de disputas previsto em contrato, formado por membros independentes, escolhidos pelas partes. Em regra, o comitê atua de forma permanente⁷, acompanhando a execução do contratado desde a sua constituição, sendo possível a adoção de decisões vinculantes ou recomendações em face das disputas suscitadas pelas partes.

Os *dispute boards* (DB) são “criaturas do contrato” (CHERN, 2015, p. 4), implementados como mecanismo de resolução e prevenção de litígios (OLIVEIRA, 2020) em instrumentos de longa duração, alta complexidade e elevados custos, a exemplo daqueles que têm por objeto obras de infraestrutura. São as partes que conferem poder aos membros do comitê para que sejam adotadas decisões ou recomendações para as disputadas instauradas pelas próprias partes.

Aprigliano (2021, p. 302) destaca o aspecto fundamentalmente contratual do mecanismo, a indicar a adoção do comitê como fruto da autonomia da vontade das partes, sendo essa a sua natureza jurídica.

Silva Neto e Salla (2021, p. 73) destacam, igualmente, a natureza contratual do comitê e o fundamento na vontade das partes, ressaltando que as decisões adotadas pelo comitê não terão força de sentença, mas sim vínculo obrigacional decorrente dessa autonomia de vontade.

Em sentido semelhante, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2016), asseverou o caráter obrigacional da disposição contratual que prevê a convenção de arbitragem, conforme acórdão que ficou assim ementado:

⁷ O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação (CAM-CCBC) prevê a instituição de comitês permanentes ou *ad hoc*, em que ele somente será constituído para o tratamento de controvérsias ou esclarecimentos específicos, sendo destituído logo após a solução.

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam.

1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem. 2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste Documento: 55382262 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 20/05/2016 Página 1de 2 Superior Tribunal de Justiça na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada.

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

.....

A Dispute Resolution Board Foundation⁸ define o mecanismo como um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, constituído antes do início de um projeto de construção, para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas inauguradas ao longo da sua execução.

Garcia (2016, p. 2) aponta o instituto como “um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática”.

Chern (2015, p. 4) e Chapman (1999, p. 1) destacam como grande diferencial do *dispute board*, quando comparado a outros métodos de resolução de conflitos, o fato de se tratar de comitê que regula a execução do projeto desde o seu nascedouro, acompanhando todas as etapas de sua execução, inclusive com visitas periódicas ao local de execução das obras, de modo a efetivamente se envolver com a execução do empreendimento.

Chern (2015, p. 4) aponta que o comitê é “parte do projeto e por isso pode influenciar, durante o período do contrato, o desempenho das partes contratantes”.

Chapman (1999, p. 1) apresenta relevante distinção do papel do comitê, se comparado aos métodos judicial e arbitral de solução de conflitos, apontando o caráter de assessoramento técnico do *dispute board*. Isso porque a solução apresentada pelo comitê é utilizada como base para decisão das partes contratantes, a revelar o seu caráter de assistência técnica ao tomador de decisão, destacando que, mesmo no caso de decisões vinculantes do comitê, a vinculação não é imediata.

No mesmo sentido, apontando o caráter de assessoramento técnico do comitê, assim pontua Wald (2011, p. 4), *litteris*:

Em suma, podemos dizer que a função de um dispute board situa-se entre a perícia e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira, pois o painel profere um decisão ou recomendação, conforme o caso, e menos do que a segunda, pois tal decisão ou recomendação não tem, necessariamente, caráter vinculante, embora possa tê-lo.

O principal objetivo do instituto é a resolução e prevenção de conflitos surgidos ao longo da execução do projeto contratado, sendo usualmente adotada a cláusula do *dispute board* em contratos de longa duração, alta complexidade técnica ou operacional e elevados custos. Tais aspectos são fatores preponderantes para a adoção do comitê, em razão da impossibilidade de se regular por meio de cláusulas contratuais todas as situações decorrentes de sua execução, sendo inevitável a ocorrência de lacunas que invariavelmente conduzirão a controvérsias cuja solução não estará previamente definida.

⁸ Disponível em <https://www.drb.org/>. Acesso em 12/9/2021.

Marcondes (2017, p. 110) aponta que a origem dos problemas que usualmente surgem em relações contratuais é universal, sempre ligada à “precariedade dos estudos prévios, imaturidade de projetos, problemas de natureza geológica e dificuldades de gestão da obra”, e a solução para tais problemas seria dificultada nas diferentes culturas jurídicas no mundo, seja na *common law* ou na *civil law*, razão de “contratos excessivamente extensos, incompletos e repletos de ambiguidades, estruturas contratuais desnecessariamente complexas, distribuição inadequada de riscos e uma notável tendência para o confronto”.

Independentemente da origem da controvérsia, se em razão de estudos incompletos, projetos deficientes ou imaturos, sustenta-se como premissa deste estudo que conflitos entre as partes são usuais ao longo da relação contratual⁹, a reclamar uma solução que melhor atenda aos interesses dos contratantes.

Os membros do *dispute board* são usualmente indicados pelas partes, sendo que cada contratante indica um membro e os dois indicam um terceiro, de comum acordo, que exercerá a presidência do órgão, garantindo-se, assim, a imparcialidade do comitê. Regulamentos como o do Centro de Mediação e Arbitragem (2018) preveem a possibilidade de a parte impugnar a indicação feita no prazo de 7 dias.

Embora possa ocorrer a implantação *ad hoc* do comitê, apenas quando suscitado conflito pelas partes, o acompanhamento permanente do desenvolvimento da obra ou projeto contratado torna o comitê mais eficaz (RIBEIRO & ALMEIDA, 2013, p. 230), reduzindo tanto os custos com o procedimento¹⁰ quanto a própria burocracia no levantamento de fatos, eis que há efetivo acompanhamento, em tempo real, do desenvolvimento do projeto pelos membros do comitê.

Os membros se reúnem periodicamente, realizando, também, visitas técnicas ao local do empreendimento e recebendo reportes periódicos sobre o andamento da obra. Dessa forma, não apenas torna-se possível antever o surgimento de eventuais conflitos, como, também, uma vez submetida a questão à resolução pelo comitê, poderão seus membros visualizar o caso com muito maior clareza e conhecimento do fato, e eis que acompanham detalhadamente o empreendimento e sua execução.

Sousa (2014, p. 4) destaca a importância de o comitê adotar procedimentos simplificados, de modo a permitir que os membros se concentrem no mérito da disputa. A

⁹ Autores estrangeiros apontam o elevado custo jurídico de projetos. Chapman (1999, p. 3) indica que 50% de todo o custo legal associado a construções na Austrália estão relacionados a disputas.

¹⁰ O comitê *ad hoc* terá custos mais reduzidos, se comparado ao comitê permanente, no entanto, mesmo em caso de comitê permanente, aponta-se a redução de custos jurídicos na gestão de conflitos contratuais, se comparados com os custos de um processo judicial ou arbitral, dada a ausência de custas periciais e judiciais, além da menor duração dos conflitos, o que pode reduzir custos com advogados.

observação é de suma importância para que se alcance o sucesso almejado com o método de solução de conflito, diferenciando-o dos procedimentos adotados nos juízos arbitrais e nos processos judiciais.

Assim, enquanto procedimentos arbitrais e processos judiciais atuam após a instalação do conflito e, via de regra, após a execução da obra, com a necessidade de apuração documental e, muitas vezes, pericial para a comprovação dos fatos, no *dispute board* os membros acompanham a execução de modo contemporâneo, sendo este fato apontado (WALD, 2011, p. 5) como uma grande vantagem de eficiência do procedimento.

A celeridade na solução do conflito é outra vantagem do procedimento adotado pelo *dispute board*, como decorrência da própria contemporaneidade da análise ao surgimento da controvérsia. Ribeiro (2016, p. 157) aponta a celeridade como um princípio que informa o procedimento do comitê, destacando a informalidade do procedimento e o acompanhamento constante da obra como razões que garantem a celeridade.

Por outro lado, a celeridade da solução pode induzir as partes a uma maior reflexão quanto à própria submissão do conflito ao comitê, visto que restará de pronto definido o resultado, que naturalmente irá beneficiar uma parte e contrariará os interesses da outra.

Adotada a decisão ou feita a recomendação pelo comitê, a sua formalização se dará, via de regra, por meio de um aditamento ao contrato, de modo a incorporar a regra ao instrumento. Daí, tem-se que a natureza do instituto é de obrigação contratual, eis que as partes não apenas decidem, de antemão, por força do contrato, a submeter os conflitos ao comitê, como também necessitarão formalizar suas resoluções por meio de aditamento ao contrato.

Conforme destacado na linhas precedentes, o comitê possui caráter de assessoramento às partes, que serão os efetivos tomadores de decisão, de modo que, uma vez acatada a solução indicada pelo comitê, precisará a medida ser implementada por meio de um aditamento ao contrato.

O órgão poderá exercer também função de mediação, de tal forma que a solução do conflito seja construída pelas próprias partes.

Importante anotar que a decisão ou recomendação do comitê não constitui título executivo extrajudicial, mas, a depender de sua força vinculante, poderá constituir uma obrigação contratual que, uma vez descumprida, importará a aplicação das sanções previstas no contrato.

Em caso de discordância de quaisquer dos contratantes quanto à solução apresentada pelo comitê, será franqueada a possibilidade de acesso à justiça ou à mediação, seja com base na garantia constitucional que garante o amplo acesso dos contratantes ao Poder Judiciário, seja

com base em cláusula arbitral adotada com cada vez mais frequência nos contratos de concessão de longo prazo.

A Primeira Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal editou três enunciados envolvendo os *dispute boards* (BRASIL, 2016):

49 Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

76 As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

80 A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Os juristas que integraram a jornada de estudos sobre a prevenção e solução extrajudicial de conflitos reconhecem o comitê como mecanismo de solução consensada de disputas. Anotam, ainda, que as decisões dos comitês, quando detêm força vinculante, vinculam as partes até que sobrevenha decisão judicial ou arbitral em sentido diverso.

O assunto será melhor estudado em tópico específico deste capítulo, quando trataremos dos comitês de adjudicação. No entanto, ao que importa ao conceito e natureza jurídica do instituto, tem-se que o enunciado da citada jornada reforça o entendimento de que a decisão adotada pelo comitê possui caráter de obrigação contratual, tanto que somente poderá ser afastado – seja no caso de decisão vinculante, seja no caso de decisão recomendatória aceita pelas partes – por força de decisão judicial ou arbitral.

Como já registrado, existem diferentes modalidades de *dispute boards*, em razão das decisões por eles adotadas, se vinculante, não vinculante ou mista. Nos tópicos seguintes deste capítulo, serão apresentados os conceitos de cada um dos tipos de comitês.

1.1.1 Composição dos comitês de resolução de disputa e perfis dos membros

Os *dispute boards* são usualmente compostos por três membros, mas nada impede que projetos menores contemplem comitês de dois ou até mesmo um só membro.

Da mesma forma, projetos mais complexos, com múltiplas disciplinas e regulação específica, podem requerer comitês com mais membros, com especialidades diferentes e específicas. É o caso da construção do aeroporto de Hong Kong, que contou com vinte contratos e um *dispute board* composto por seis membros e um membro adicional responsável por convocar o comitê (CHAPMAN, 1999, p. 4).

Tanto o contrato modelo do Banco Mundial como o do FIDIC recomendam a adoção de grupos pequenos ou até mesmo comitês formados por apenas um membro em caso de projetos menores, como apontam Chapman (1999, p. 4) e Chern (2015, p. 14).

Usualmente, os membros do comitê são indicados pelas partes, e os membros selecionados indicarão o presidente do Comitê, a quem competirá organizar as audiências e distribuir as tarefas entre os membros.

Chapman (1999, p. 5) afirma que, embora os membros sejam escolhidos pelas partes, eles devem atuar com absoluta independência e imparcialidade, não devendo quaisquer deles representar o interesse das partes.

Os membros poderão ser engenheiros, advogados, economistas, administradores ou possuir a formação necessária ao tipo de obra empreendida no contrato. O caráter multidisciplinar do comitê contribui para a qualidade do trabalho por ele desempenhado, eis que se trata de um órgão que adotará decisões que precisarão observar questões técnicas a ele submetidas, relacionadas à interpretação do contrato, presentes as circunstâncias do caso concreto havidas ao longo da execução do projeto contratado.

Dentre as qualidades dos membros do comitê, Chapman (1999, p. 4) aponta para as seguintes: mente aberta, respeito às opiniões e experiências dos outros membros, manter relações harmoniosas e confiança recíproca, imparcialidade e objetividade. O autor entende ainda que, embora a determinação possa ser uma virtude, os indivíduos que possuem personalidades muito dominantes podem ter perfil inadequado para ser membro do *dispute board*, isso porque o comitê deve encarar o encargo recebido como um desafio para que o contrato seja efetivamente executado, devendo trabalhar em conjunto com os demais membros para atingir o seu objetivo.

Outro importante aspecto é que, ao contrário de juízes ou árbitros, os membros do comitê continuarão a acompanhar o empreendimento até o seu termo final, de modo que devem zelar pelo bom relacionamento com as partes, muito embora por vezes precisem adotar posições firmes que não agradarão os contratantes.

O presidente do comitê possui a atribuição de conduzir as reuniões com as partes contratantes, o que exige características diferentes dos demais membros, como a firmeza, sem que pareça autoritário. Dentre as qualidades do presidente, Chapman (1999, p. 13) destaca:

Ele precisa entender os aspectos contratuais e técnicos envolvidos e estar preparado para conduzir discussões entre as partes (durante reuniões informais e durante audiências) e entre os membros do DRB (durante as deliberações do comitê). Ele precisa se esforçar pelo consenso e estar preparado para enxergar as questões pelas mentes de seus colegas membros do comitê (que irão, inevitavelmente, ter diferentes experiências e trazer diferentes perspectivas para lidar com os assuntos em questão). Durante as audiências ele precisa assegurar *fair play* e permitir a parte que está mal representada tenha adequada oportunidade de apresentar e defender o seu caso. Ele não deve ser arrogante, temperamental, excessivamente familiar, falador demais, paternalista ou imprudente - especialmente onde as partes estão conduzindo o processo em uma língua que não é sua língua materna. Ele precisa ser firme mas não autoritário¹¹.

Fernandes (2019, p. 140) entrevistou dois membros do DRB instituído na construção da fase 1 da linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo: os engenheiros Jorge Pinheiro Jobim e Roberto Ricardino. Extrai-se da entrevista que, embora não tenha havido treinamento prévio dos membros do comitê naquele caso, houve orientação do banco financiador do empreendimento para que fosse utilizado o Manual de Práticas e Procedimentos da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) como referência da atuação dos membros. Os princípios básicos adotados pelos membros entrevistados, na sua conduta ao longo do trabalho no comitê, foram:

imparcialidade e independência no trabalho, análise das reivindicações com base nos contratos; comportamento distinto de um juiz, onde o dever seria o de apresentar a recomendação, quantificada se necessária; uso da documentação escrita pelas partes para análise e preparação de recomendação sobre determinada disputa; e realização de qualquer reunião com a presença obrigatória das duas partes.

Silva Neto e Salla (2021, p. 115) apontam a importância de os membros do comitê se manterem equidistantes das partes, de modo a não violarem a necessária confiança depositada em sua atuação, nem a imparcialidade exigida para a solução de eventuais disputas submetidas

¹¹ Tradução livre do autor. Texto original redigido em inglês: “He must understand the contractual and the technical issues involved and be prepared to lead discussions between the parties (during informal meetings and during hearings) and between DRB members (during board deliberations). He must strive for consensus and be prepared to view the issues through the minds of his fellow board members (who will, inevitably, have different experiences and bring different perspectives to bear on the matters in question). During the hearings he must ensure fair play and enable a party who is poorly represented adequate opportunity to present and defend its case. He must not be arrogant, short-tempered, over-familiar, too talkative, patronising or inconsiderate - particularly where parties are conducting the proceedings in a language that is not their mother tongue. He must be firm but not autocratic”.

ao comitê; assim, embora seja recomendável que os membros do comitê estimulem a solução negociada para as questões surgidas durante a execução do empreendimento, eles não poderão adotar a posição de mediador. Nesse sentido, os autores destacam a posição já consolidada no âmbito da arbitragem e avaliam que as posições de mediador e árbitro não podem ser exercidas pela mesma pessoa, dada a sua incompatibilidade. Isso porque a função de mediador pressupõe a realização de sessões separadas com cada uma das partes e acesso a documentos que, em uma situação de litígio, as partes não dariam conhecimento ao julgador ou árbitro.

No *dispute board* não deve ser diferente, apontando os autores Silva Neto e Salla (2021, p. 115) que “a função de evitar os conflitos (*“avoidance”*), apesar de ser a mais importante de um DB, deve ser exercida com grande cuidado, para não comprometer a neutralidade dos membros nem a confiança das partes”.

Os regulamentos dos comitês de disputa, a exemplo daquele baixado pela Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil (CAMARB, 2017), preveem a possibilidade de ser solicitada a assistência informal do comitê, a confirmar o seu relevante papel na prevenção de conflitos, possibilitando a solução sem que seja necessário suscitar a disputa e a submissão formal do caso aos seus membros, no entanto, há especial preocupação normativa em apontar, de antemão, que as posições dos membros manifestadas em resposta a uma assistência informal não vinculam eventual decisão futura do comitê sobre o mesmo assunto.

1.2 MODALIDADES

1.2.1 Comitê Revisor ou de Assessoramento (*Dispute Review Board – DRB*)

As decisões adotadas pelo comitê poderão ter caráter opinativo ou de revisão, com efeitos não vinculantes. Os comitês que adotam decisões não vinculantes acabam por se tornar um órgão de consultoria técnica das partes contratantes, baixando recomendações diante dos conflitos ou consultas submetidas aos seus integrantes.

Caso as partes estejam de acordo com a recomendação feita, adotar-se-á a solução apontada de comum acordo e, caso haja discordância, a questão poderá ser submetida a arbitragem ou ao judiciário, a depender do foro de eleição do contrato.

O regulamento da CAMARB (2017) estabelece que a recomendação adotada pelo comitê, caso não impugnada pelas partes no prazo de quinze dias, torna-se vinculante. O assunto será melhor detalhado abaixo, no tópico dedicado aos modelos de contratos e regulamentos adotados pelas diferentes instituições dedicadas à solução adequada de conflitos.

Ainda sobre os DRB, é de se destacar que os Estados Unidos da América foram o berço dessa modalidade de comitê e o país adota em regra esse modelo. Dentre as vantagens da modalidade não vinculante, aponta-se o fato de as partes não terem qualquer razão para temer a submissão do conflito ao comitê, eis que não estarão vinculadas ao seu resultado (CHERN, 2015, p. 6). Por outro lado, seja em razão da qualidade técnica, conhecimento de fato ou confiança usualmente depositada nos membros do comitê, a recomendação adotada pelo comitê certamente integrará o processo judicial ou procedimento arbitral que, ao final, decidirá a controvérsia, constituindo-se relevante prova.

Silva Neto e Salla (2021, p. 117) apontam que o DRB não tem encontrado sucesso fora dos Estados Unidos da América, tendo em vista que a adoção desse mecanismo de solução de conflitos é normalmente imposta pelos financiadores dos empreendimentos, o que usualmente provoca “um comportamento reativo [das partes] que, adicionalmente, é parte da cultura beligerante que está presente em muitos lugares”. Desse modo, os autores recomendam a adoção, no Brasil, de decisões vinculantes do comitê, como forma de garantir a efetividade do mecanismo.

Chern (2015, p. 6-7) aponta duas razões pelas quais a eficácia das decisões recomendatórias não é comprometida pelo seu caráter não vinculante:

Mesmo que a recomendação do dispute review board seja contratualmente não vinculante (como muitos ainda são, particularmente nos EUA), isso não parece impactar a eficácia da decisão. É sugerido que haja duas principais razões para isso: primeiro, que se a recomendação do dispute review board é admitida em procedimentos posteriores (como normalmente são), as partes sabem que o árbitro ou juiz serão grandemente influenciados pela decisão dada (sobre os fatos) por um painel de especialistas experientes e imparciais que estão familiarizados com o projeto durante a construção e viram as evidências enquanto elas estão sendo criadas, ao invés de analisarem evidências de fatos ocorridos no passado. Por isso, as partes ficam suscetíveis a aceitar a recomendação. Segundo, é improvável que durante o curso de um projeto grande o dispute board sempre se coloque a favor da mesma parte. É provável que cada parte fique satisfeita com certas decisões e espere que a outra parte honre a decisão, se sentindo obrigados a aceitar aquelas que são menos favoráveis¹².

¹² Tradução livre do autor. Texto original redigido em inglês: “Even if the dispute review board recommendation is contractually ‘non-binding’ (as many still are, particularly in the USA), this does not appear to impair the efficacy of the decision. It is suggested that there are two main reasons for this: first, that if the dispute review board recommendation is admissible in later proceedings (as it often is), the parties know that an arbitrator or judge will be greatly influenced by a decision (on the facts) given by a panel of experienced, impartial construction experts who were familiar with the project during its construction and saw the evidence as it was being created rather than looking back at evidence of events from the past. Thus, the parties are likely to accept the recommendation. Second, it is unlikely that over the course of a large project the dispute board will always find in favour of the same party. It is probable that each party will be pleased with certain decisions and if they expect the other party to honour the favourable decisions, they are obliged to accept those that are less than favourable”.

Na entrevista realizada por Fernandes (2019, p. 142), os engenheiros Jorge Pinheiro Jobim e Roberto Ricardino destacaram que o caráter recomendatório das decisões do comitê possibilitou melhor aceitação das partes quanto ao método de solução de conflitos. Os entrevistados indicaram também que o fato de as decisões não serem definitivas resultou em maior colaboração das partes, reduzindo o tempo de atuação do comitê na solução de cada controvérsia. O ponto negativo da modalidade não vinculante, indicada pelos membros entrevistados na pesquisa de mestrado de Fernandes, foi a frequência com que as disputas eram submetidas à arbitragem, já que a posição do comitê não era tida como definitiva.

Nota-se que, embora não seja vinculante, a decisão adotada pelo DRB constitui opinião técnica que poderá subsidiar a decisão das partes sobre o objeto da disputa, permitindo uma solução negociada para o conflito, a partir das evidências levantadas pelo comitê, além de figurar como prova para futuro procedimento judicial ou arbitral, que poderá influenciar a decisão do juiz ou árbitro.

A questão parece ganhar ainda mais relevo em contratos de longo prazo, a exemplo de contratos de concessão, conforme será avaliado no terceiro capítulo deste estudo. Eis que esse tipo de contrato usualmente contém diferentes fases de execução, ora com grandes obras, ora com obras de manutenção e prestação de serviços, o que traz contornos distintos para a atuação dos *dispute boards*.

1.2.2 Comitê de Adjudicação (*Dispute Adjudication Board*)

O Comitê adjudicatório adota decisões vinculantes, a que se submeterão as partes por força de disposição contratual. O modelo surgiu a partir de uma evolução do comitê revisor adotado pelos norte-americanos (CHERN, 2015, p. 6), sendo amplamente usado nas diferentes partes do mundo, à exceção dos Estados Unidos da América.

As vantagens do mecanismo contratual são tamanhas que o Banco Mundial passou a recomendar a adoção do comitê em obras financiadas pelo banco e, na sua esteira, o International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) editou modelos padronizados de contrato, com cláusula de *dispute board* na sua modalidade vinculante, em 1996 (CHERN, 2015, p. 12).

O FIDIC editou um documento, em 2019, intitulado “*The FIDIC Golden Principles*”¹³, no qual consta, como um dos princípios de ouro da instituição (FIDIC, 2019, p. 12), a indicação

¹³ “Os princípios de ouro do FIDIC”, em tradução livre.

de que qualquer disputa, à exceção daquelas relativas às leis que regem o contrato, deverá ser submetida ao *dispute adjudication board*, que adotará decisão vinculante como condição para ser submetida à arbitragem.

A regra de ouro dá especial destaque para a importância de se resolver os conflitos ainda que provisoriamente, como forma de permitir a continuidade do empreendimento, possibilitando a resolução do conflito a um baixo custo.

Apesar de vinculante, é certo que a decisão do comitê de adjudicação por vezes não é final, eis que sempre será possível a sua submissão ao judiciário ou à arbitragem. No entanto, a decisão fixada por comitê técnico, que conhece a obra e adota decisão fundamentada e contemporânea ao conflito, acaba por influenciar o entendimento fixado pelo juízo arbitral ou tribunal.

Além disso, importante o registro de que, havendo as partes se submetido contratualmente às decisões do comitê, o descumprimento de uma decisão vinculante implica o descumprimento do próprio contrato, de modo que a parte que a descumprir estará em mora, com todas as consequências dela decorrentes, até que sobrevenha decisão arbitral ou judicial em sentido diverso. Embora se aponte que cerca de 88% das decisões dos comitês sejam espontaneamente cumpridas pelas partes (RIBEIRO, 2016, p. 159), é essencial avaliar a forma vinculante das decisões e a forma de exigir o seu adimplemento.

Silva Neto e Salla (2021, p. 74-75) apontam a necessidade de o próprio contrato prever as consequências do eventual descumprimento da decisão do *dispute board* por uma das partes, a exemplo da imposição de multas ou até mesmo a rescisão contratual motivada. Interessante, ainda, o registro feito pelos autores sobre o precedente da Câmara de Comércio Internacional que admitiu a possibilidade de se executar decisão do comitê e outro da Corte de Apelação de Singapura, confira-se:

Note-se que a questão da possibilidade de se executar a decisão do *dispute board* foi reconhecida pela primeira vez no âmbito internacional no *ICC Case No. 10619*, em que se reconheceu que a decisão de um *dispute board* tomada de acordo com a Cláusula 67 do *Red Book da FIDIC 1999 Edition* pode ser executada por meio de sentença arbitral, não obstante ter sido objeto de notificação de insatisfação dentro do prazo previsto e independentemente do fato de os trabalhos terem sido concluídos. Outro caso internacional emblemático sobre o reconhecimento da possibilidade de se executar a decisão do *dispute board* foi aquele que ficou conhecido como *Persero Case*. Em tal caso, a Corte de Apelação de Singapura reconheceu que um tribunal arbitral poderia emitir uma sentença final (e não provisória) determinando que as partes contratantes cumpram a decisão do comitê de adjudicação.

Chern (2015, p. 34) destaca que, embora o comitê de adjudicação adote decisões vinculantes, nada impede que as partes solicitem a opinião do comitê sobre algum aspecto, a

qual não terá efeito vinculante, mas apenas de orientação ou assessoramento, o que torna essa modalidade ainda mais atraente.

Conquanto possa a decisão vinculante ser afastada por força de decisão judicial ou arbitral, o que se observa, na prática, é que as decisões adotadas pelo comitê normalmente permanecem vinculantes até o final do julgamento de mérito da matéria pelo juízo competente. Nesse sentido são valiosas as observações trazidas por Silva Neto e Salla (2021, p. 118), em nota sobre o assunto:

Em apresentação feita quando da Conferência ICC-FIDIC, realizada em São Paulo em 2020, Andrea Carlevaris apontou pontos fundamentais para a análise da decisão do *Dispute Board* pelo tribunal arbitral (ou pelo tribunal estatal, conforme o caso): (i) a validade do processo de instauração do DB; (ii) a validade do encaminhamento da controvérsia ao tribunal arbitral; (iii) o respeito do prazo para a emissão da decisão; (iv) a adequada motivação da decisão; (v) a verificação dos limites da apreciação da controvérsia (houve excesso ou omissão?); (vi) a verificação do cumprimento do prazo para manifestação da insatisfação com a decisão pela parte inconformada (observadas as regras aplicáveis); (vii) a extensão do questionamento apresentado quando da manifestação da insatisfação; (viii) a análise de se a decisão do DB foi factual, técnica ou contratualmente errada; (ix) o respeito ao devido processo, observando se as partes tiveram a oportunidade de apresentar adequadamente o seu caso; e (x) eventual necessidade de reembolso pela parte que obteve a decisão favorável.

Os pontos elencados indicam elementos essencialmente formais da decisão do *dispute board*, de modo que a validade da decisão do comitê em regra seria afastada pelo tribunal em caso de não serem observados tais aspectos.

No mesmo sentido, o art. 5º, item 3, do Regulamento da International Chamber of Commerce (ICC) relativo aos *dispute boards* (França, 2015, p. 8) expressamente prevê que:

As partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Decisão, nenhuma das Partes notificar a outra Parte e o DAB, por escrito, de sua insatisfação com a Decisão, esta permanecerá vinculativa e tornar-se-á final. As Partes acordam em não contestar uma Decisão que seja final, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável

Extrai-se do regulamento da ICC, portanto, que uma vez tornada definitiva a decisão do *dispute adjudication board*, não será possível discutir o seu mérito nas instâncias judicial ou arbitral¹⁴. No entanto, é de se registrar que o mesmo regulamento registra ressalva que determina o afastamento dessa disposição em caso de proibição pela lei local.

¹⁴ O art. 4º, item 4, do mesmo regulamento contém disposição semelhante em relação do *dispute review board*: “Se qualquer uma das Partes não cumprir a Recomendação quando obrigada a cumpri-la nos termos do presente Artigo 4º, a outra Parte poderá submeter o descumprimento, sem necessidade de submetê-lo primeiro ao DRB, à arbitragem, se as Partes assim o tiverem convencionado, ou, na falta de convenção, à qualquer tribunal competente.

A questão suscita interessante reflexão a partir da disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Porém, considerando que o regulamento prevê o prazo de trinta dias para a notificação da outra parte quanto ao inconformismo a respeito da decisão do comitê, hipótese na qual a decisão não se tornará definitiva, é necessário avaliar a questão sob o aspecto da decadência convencional, o que será feito em tópico próprio deste capítulo.

Ao que importa às características e conceito do *dispute adjudication board*, tem-se que, feita uma análise técnica e profunda da disputa por comitê capaz, competente e que observou todos os procedimentos contratualmente previstos para a emissão de decisão vinculante não terminativa, o mérito da sua decisão poderá ser, em regra, revisto pelo juízo arbitral ou pela justiça comum, mas será rara a hipótese em que o tribunal afastará a decisão formalmente adequada em sede de provimento liminar. Isso porque a probabilidade do direito invocado¹⁵ já terá sido avaliada por órgão independente e técnico, em decisão fundamentada e lastreada em conhecimento profundo da matéria da disputa.

1.2.3 Comitê misto (*Combined Dispute Board*)

O comitê misto é uma variação dos dois modelos apresentados, desenvolvida pela Câmara Internacional de Comércio (ICC), que assim regulamenta a modalidade, em seu artigo 6º (França, 2015):

Combined Dispute Boards (“CDBs”)

1 Os CDBs poderão ajudar as Partes na prevenção de Desacordo, na resolução de Desacordos através de assistência informal e na emissão de Conclusões relativas a Litígios no caso de remissão formal. Nas remissões formais, os CDBs emitem Recomendações relativas a Litígios nos termos do Artigo 4º, mas podem emitir Decisões nos termos do Artigo 5º, conforme previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo 6º.

2 Se qualquer uma das Partes solicitar uma Decisão em relação a um determinado Litígio, e nenhuma outra Parte discordar disso, o CDB deverá emitir uma Decisão.

3 Se uma das Partes solicitar uma Decisão e outra Parte discordar disso, o CDB tomará uma decisão final sobre se emitirá uma Recomendação ou uma Decisão. Para tanto, o CDB levará em consideração os seguintes fatores, sem contudo se limitar a eles:

- se, em razão da urgência da situação ou de outras considerações pertinentes, a Decisão facilitará a execução do Contrato ou evitará uma perda ou prejuízo significativo por qualquer uma das Partes;

A Parte que deixou de cumprir a Recomendação, quando obrigada a cumpri-la, não deverá impugnar o mérito da Recomendação como uma defesa para sua falta de cumprimento sem demora da Recomendação.”

¹⁵ A probabilidade do direito invocado, ao lado perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, é um dos requisitos para a concessão de tutela de urgência no sistema judicial brasileiro, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil (CPC).

- se a Decisão prevenirá a ruptura do Contrato; e
 - se a Decisão é necessária para a preservação de provas.
- 4 Qualquer pedido de Decisão pela Parte que submete um Litígio ao CDB deverá ser formulado na Declaração do Caso nos termos do Artigo 17. Qualquer pedido similar proveniente de outra Parte deverá ser formulado, por escrito, até a apresentação da Resposta da Parte em questão conforme disposto no Artigo 20.

Os comitês mistos apresentam, portanto, uma solução intermediária dos modelos de revisão e adjudicatório, em que, em regra, são apresentadas recomendações, mas, caso uma das partes requeira a adoção de uma decisão vinculante, não havendo objeção da outra parte, a decisão vinculará ambas. Lado outro, caso a parte apresente qualquer impugnação à pretensão de submeter a uma decisão vinculante, o comitê decidirá se será firmada decisão ou recomendação, conforme os critérios previstos no item 3 da cláusula 6, transcrita acima.

Chern (2015, p. 34) aponta que o modelo constitui um “cenário mais palatável do que um simples dispute review board ou um dispute adjudication board, principalmente em situações em que as partes são novas no conceito de dispute board”.

A observação é oportuna, na medida em que a faculdade de se combinar os modelos confere maior possibilidade de extrair eficiência da atuação do comitê, permitindo, inclusive, a adoção de decisões vinculantes à medida em que as partes ganhem maior confiança na atuação do comitê e de seus membros.

1.2.4. Regulamentação das modalidades por órgãos de arbitragem institucional

Diferentes instituições dedicadas à regulação e promoção das soluções adequadas de conflitos adotam cláusulas padrão de *dispute board* e regulamentos sobre o mecanismo, sendo que muitas câmaras e centros dedicados à promoção da arbitragem também prestam serviço de constituição e condução dos processos de *dispute board* institucional, regulando o procedimento adotado pelo comitê no âmbito de tais organismos.

Dentre os diversos modelos de contrato e regulamentos adotados por tais instituições, destacam-se os adotados pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) (BRASIL, 2019-a), pela Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil (CAMARB) (BRASIL, 2017) e pelo International Chamber of Commerce (ICC) (FRANÇA, 2015).

Em geral, os contratos e regulamentos estabelecem as regras de instituição do comitê, definindo prazos de instalação, forma de escolha de membros, suas atribuições e impedimentos, o procedimento para o desenvolvimento dos trabalhos e das audiências, incluindo a periodicidade de visitas às obras, as modalidades dos comitês e das decisões por eles adotadas.

Feita uma comparação entre os modelos de regulamentos ou de cláusulas contratuais quanto às modalidades de comitês e prazos para impugnação das decisões adotadas pelo comitê, verificou-se que os diferentes organismos apresentam algumas variações sobre o tema, as quais são apresentadas por meio da tabela abaixo:

Instituição	DRB prevê prazo para partes apresentarem impugnação à recomendação? Qual prazo?	Recomendação se torna vinculante se não houver impugnação após o prazo?	Consequência do descumprimento da recomendação do DRB que se tornou vinculante	DAB adota decisão vinculante?	Há prazo para impugnar decisão do DAB?	Decisão do comitê pode ser usada como prova em processo judicial ou arbitral?	Há previsão do Comitê <i>ad hoc</i> ?	Impugnação precisa ser motivada?
CAMARB	Sim. 15 dias	Sim, após 15 dias sem impugnação	Outra parte pode exigir o cumprimento no juízo arbitral ou órgão jurisdicional	Sim, desde que proferida	Sim, 15 dias. Após esse prazo a decisão torna-se definitiva	Sim	Não	Não
CBMA	Não	Não	Não se aplica	Sim, desde que proferida	Sim, 20 dias. Após esse prazo, a decisão torna-se definitiva	Sim, salvo disposição contratual em contrário e desde que todas as partes do processo judicial ou arbitral tenham participado do procedimento do DAB ou DRB	Sim	Sim
ICC	Sim. 30 dias	Sim, após 30 dias sem impugnação	Outra parte pode exigir o cumprimento no juízo arbitral ou órgão jurisdicional; e Decisão que se tornou vinculante não pode ser questionada no mérito pela parte devedora.	Sim, desde que proferida.	Sim, 30 dias. Após esse prazo, a decisão torna-se definitiva	Sim, salvo disposição contratual em contrário e desde que todas as partes do processo judicial ou arbitral tenham participado do procedimento do DAB ou DRB	Não	Sim

Fonte: tabela elaborada pela autora

Nota-se, portanto, que todos os regulamentos citados estipulam prazo para que as partes manifestem sua insatisfação quanto à decisão adotada pelo *dispute adjudication board*, após o qual, caso não realizada a notificação da outra parte, a decisão se tornará, além de vinculante, também definitiva ou terminativa.

Da mesma forma ocorre com as decisões adotadas pelo *dispute review board*, caso o contrato ou regulamento a que estejam sujeitas fixe prazo para que as partes manifestem a sua discordância em relação à recomendação baixada pelo comitê. Transcorrido o prazo sem a manifestação de ambas as partes, a recomendação ganha efeito vinculante e torna-se terminativa.

1.2.5 Considerações sobre a decadência convencional

A fluência de prazo após o qual a decisão adotada pelo comitê se tornará terminativa implica a reflexão sobre a decadência convencional. É necessário avaliar, ainda, se há amparo no ordenamento jurídico para que a Administração renuncie a prazo legalmente instituído.

Importante transcrever o conceito de decadência, instituto tipicamente do direito civil, assim definido por Diniz (2011, p. 450):

a extinção do direito pela inação de seu titular que deixou escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para seu exercício. O objeto da decadência é o direito que, por determinação legal ou por vontade humana unilateral ou bilateral, está subordinado à condição de exercício em certo espaço de tempo, sob pena de caducidade. Se o titular do direito potestativo deixar de exercê-lo dentro do lapso de tempo estabelecido, legal ou convencionalmente, tem-se a decadência, e, por conseguinte, o perecimento ou perda do direito, de modo que não mais será lícito ao titular pô-lo em atividade.

Extrai-se do conceito acima que a decadência ocorre quando o titular de um direito deixa de exercê-lo em determinado prazo legal ou contratual. Como visto no tópico precedente, é comum que modelos de contrato ou regulamentos de câmaras arbitrais que regulamentam o *dispute board* adotem prazos decadenciais, prevendo expressamente que, uma vez tornada definitiva a decisão do comitê, não será possível rediscutir o seu mérito mesmo nas instâncias judicial ou arbitral.

Ainda que se cogite a invocação da inafastabilidade do Poder Judiciário, garantida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988), verifica-se que tanto as cláusulas contratuais quanto os regulamentos analisados no tópico precedente não afastam a submissão da matéria ao judiciário, eis que garantida tal possibilidade no prazo contratualmente fixado, a atrair para o caso a incidência da decadência convencional, legalmente admitida¹⁶.

Caracterizado o prazo contratual ou regulamentar para que as partes manifestem sua discordância quanto à recomendação ou decisão do comitê como prazo decadencial legalmente

¹⁶ Vide art. 211 do Código Civil (BRASIL, 2002).

admitido, é de se avaliar a possibilidade de a Administração Pública transacionar sobre prazos de decadência.

Por evidente, caso a lei que regulamenta ou institui o *dispute board* em contratos firmados pela Administração fixe prazos de decadência, não haverá qualquer controvérsia, já que a lei é fonte primária da atividade administrativa, submetida constitucionalmente ao princípio da legalidade.

A questão ganha maior relevo quando o contrato ou mesmo o regulamento privado a que ele se submete (a exemplo dos regulamentos das câmaras de arbitragem que dão suporte ao *dispute board*) estabelecem um prazo para a Administração exercer determinado direito, sob pena de a decisão adotada pelo comitê tornar-se definitiva e vinculante, perdendo o ente público o seu direito potestativo de reivindicar qualquer direito que julgue possuir.

Apesar de a matéria que pode ser submetida aos comitês de disputa ser, em regra, relativa a direitos patrimoniais disponíveis da Administração, conforme será mais bem detalhado no segundo capítulo deste estudo, transacionar sobre o prazo para o exercício de determinado direito do ente público pode suscitar dúvidas. A questão posta é: poderá o prazo para a Administração exercer a potestade sobre determinado direito ser convencionado? Ora, nas hipóteses em que a lei fixe determinado prazo para que a Administração exerça o seu direito, parece evidente que não se poderá convencionar de forma diversa, a rigor do que estabelece o art. 209 do Código Civil (BRASIL, 2002)¹⁷. Assim, por exemplo, o direito de a Administração rever seus próprios atos, quando eivados de vícios insanáveis, sempre poderá ser exercido no prazo de cinco anos, conforme expresso no art. 54 da Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999).

Lado outro, nas hipóteses em que não há qualquer previsão quanto ao prazo para o exercício de determinado direito, não se vislumbra óbices a que seja convencionado determinado prazo, limitando a atividade administrativa.

O *dispute board* compõe a assim chamada “Justiça Multiportas”¹⁸, em que diversos são os mecanismos para a solução adequada de conflitos, inclusive em que a Administração Pública seja parte, com contornos de discricionariedade para que a Administração eleja o melhor caminho a trilhar para a solução de eventuais controvérsias nas relações pactuadas (OLIVEIRA & ESTEFAM, 2020, p. 65).

¹⁷ Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

¹⁸ Expressão cunhada por Frank Sander, que desenvolveu o modelo de “Tribunal Multiportas” na Harvard Law School, como bem aponta Crespo (in ALMEIDA, ALMEIDA & CRESPO, 2012, p. 18), destacando que, nesse tribunal idealizado pelo professor Sander, “os casos são encaminhados para o fórum mais adequado de resolução de acordo com as especificidades de cada disputa. Em muitos casos, os conflitos podem ser resolvidos em fóruns nos quais as partes são mais ativamente participativas”.

Nesse ponto, vale o registro de que, assim como ocorre com a convenção de arbitragem, em que o procedimento arbitral pode ser pactuado entre as partes, ressalvadas por evidente as disposições em que a lei exija determinado comportamento, também poderão ser pactuados prazos próprios para etapas do procedimento do *dispute board*, inclusive quanto à decadência convencional, admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS COM O *DISPUTE BOARD*: ANÁLISES E CONSIDERAÇÕES

1.3.1 Experiências positivas na adoção do *dispute board*

O primeiro *dispute board* remonta à década de 1970, previsto no contrato de construção da segunda parte do túnel Eisenhower, no estado do Colorado, nos Estados Unidos da América, em 1975. O sucesso do mecanismo é apontado por Chern (2015, p. 11) como fator determinante para a sua adoção em inúmeros outros empreendimentos no país norte-americano e, embora conte com quase cinco décadas de aplicação em contratos de todo o mundo, sua utilização ainda é tímida no Brasil, especialmente quando se trata de contratos firmados com o poder público.

O comitê foi inicialmente adotado em contratos de obras, a exemplo do Eurotúnel entre França e Inglaterra, do aeroporto internacional de Beijing, na China, do aeroporto de Hong Kong, do Niagara Tunnel, no Canadá, e da rede ferroviária de Eithad, nos Emirados Árabes (CHERN, 2015, p. 91-102).

A sua aplicação é compatível, no entanto, também com outros contratos de longa duração, como concessões e parcerias público-privadas (WALD, 2011, p. 4), a exemplo dos contratos de concessão de rodovias, promovidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, que serão analisados no segundo capítulo.

Jaffe e Mchugh (2010, p. 5) apontam que mais de setenta por cento dos projetos de túneis nos anos 90, nos Estados Unidos, adotaram o *dispute board* como mecanismo de solução de conflitos. Os autores indicam, ainda, que das 63 disputas submetidas ao *dispute board*, acompanhadas pela Sociedade Americana de Engenharia Civil, nenhuma resultou em processos litigiosos, seja no âmbito arbitral ou judicial, prevalecendo, portanto, a decisão adotada pelo comitê.

Chern (2015, p. 93-102) apresenta algumas obras em que foi adotado o *dispute board* com êxito, com a solução contemporânea e adequada dos conflitos diante dos pleitos de alteração contratual suscitados pelas partes – obras essas a seguir sintetizadas:

a) Projeto da hidrelétrica de Ertan, na China

O projeto carrega marcas históricas de rapidez na construção, tendo sido concluído no prazo de oito anos, entre 1991 e 1999, além de se tratar de uma das maiores barragens do mundo, com um arco de 240 metros de concreto, e a maior casa de força subterrânea da Ásia, com 280 metros de comprimento, 25,5 metros de largura e 65 metros de altura.

Este foi o primeiro projeto em que se adotou o *dispute board* na China, de modo que, no início, os chineses utilizaram o instituto com cautela, mas, à medida em que verificaram as vantagens decorrentes da rapidez e clareza na solução de conflitos, passaram a ser entusiastas do mecanismo.

O valor aproximado do projeto foi de 5 bilhões de dólares americanos, com diversos contratados e uma *joint venture* com parceiros locais. O contratante foi o Estado chinês, que utilizou o modelo de contrato do FIDIC (quarta edição) para a execução do empreendimento. O *dispute board* foi utilizado em dois contratos do empreendimento.

Foi adotado o modelo tradicional, em que cada parte elegeu um membro para compor o comitê e ambos selecionaram o presidente, tendo sido acordado que os membros do comitê fariam três visitas anuais ao local da obra. Ao final da obra, Chern (2015, p. 93) aponta que foram realizadas aproximadamente vinte inspeções presenciais no sítio, tendo o comitê apresentado assessoramento técnico às partes tanto formal quanto informalmente.

O comitê adotava decisões com natureza apenas recomendatórias, sem vincular as partes, tendo sido suscitadas quarenta disputas perante o comitê, sem nenhuma controvérsia submetida à arbitragem ou ao judiciário.

b) Barragem de Katse, em Lesoto, na África

A barragem de 185 metros de altura foi construída com alta tecnologia e processo construtivo inovador, que permite o controle de infiltrações e a flexão das paredes sob a pressão de dois milhões de toneladas de água, de forma a evitar rachaduras na área com maior pressão.

A execução do projeto durou cinco anos e custou cerca de 2,5 bilhões de dólares americanos. O contratante foi a autoridade de desenvolvimento de Lesoto, que utilizou a quarta edição do modelo de contrato da FIDIC. O construtor foi um consórcio formado por companhias da Itália, França, Alemanha, Reino Unido e África do Sul.

A escolha dos membros do comitê se deu da mesma forma que no projeto da hidrelétrica de Ertan, com cada uma das partes indicando um membro e ambos escolhendo o presidente do painel, tendo ficado previamente acordado que o comitê apresentaria apenas decisões

recomendatórias, sem vincular as partes, e que seriam feitas de duas a três visitas anuais ao local da obra.

Foram submetidas doze disputas ao *dispute board* e, delas, somente uma resultou em procedimento arbitral, tendo prevalecido, ao final, o posicionamento do comitê.

Este também foi o primeiro *dispute board* na África e nenhuma das partes envolvidas tinha atuado previamente com o mecanismo de prevenção de litígios, de modo que houve uma resistência inicial dos contratantes, amenizada com o tempo.

O procedimento adotado para a convocação do comitê foi diferente do usualmente utilizado, com a previsão de um aviso formal de arbitragem para cada questão submetida ao painel.

c) Aeroporto de Hong Kong

O empreendimento do aeroporto de Hong Kong custou mais de 15 bilhões de dólares americanos, contando com dez projetos separados e 225 contratos com mais de mil caminhos críticos identificados.

Os vinte principais contratos contaram não apenas com *dispute board*, mas também com um comitê revisor composto por seis membros e um presidente responsável por convocar os membros do comitê revisor para cada disputa suscitada pelas partes, de acordo com a especialidade de cada um e a natureza da disputa. Assim, os comitês foram designados com um ou três membros à medida em que os conflitos surgiam, de acordo com o conhecimento técnico de cada membro.

O grupo do comitê revisor se reunia ordinariamente a cada três meses e foram feitas cerca de dezesseis visitas à obra. As decisões do comitê eram vinculantes, de modo que se tornaram obrigações contratuais que, caso não aceitas por qualquer das partes, somente poderiam deixar de ser cumpridas mediante decisão arbitral.

Nas audiências formais promovidas pelo comitê, a posição das partes era apresentada por engenheiros, e não por advogados, de modo que o procedimento não apresentou fase de contraditório. A informalidade do procedimento se mostrou crucial para o sucesso do mecanismo, a exemplo da divulgação informal da minuta da decisão do comitê pelos membros, antes de se adotar a decisão final vinculante.

Somente seis disputas foram submetidas ao grupo do comitê revisor e, dessas seis, somente uma foi levada para o juízo arbitral, que manteve a decisão do comitê.

d) Rodovia de Dockland, na Inglaterra

Ao contrário dos demais casos, o contrato relativo à construção e manutenção da rodovia de Dockland foi firmado na forma de concessão e foram constituídos dois comitês de três pessoas, com um único presidente, compartilhado entre os comitês. Os membros do comitê foram escolhidos por comum acordo entre as partes.

A construção da rodovia ocorreu entre os anos de 1996 e 1999 e o valor aproximado do empreendimento foi de 500 milhões de dólares americanos.

As decisões adotadas pelo comitê tinham caráter vinculante, no entanto, seja em razão do bom relacionamento ou credibilidade do comitê, não se chegou a instaurar qualquer conflito ou disputa que precisasse ser resolvida pelo comitê, havendo sempre consenso entre as partes e, por consequência, não houve qualquer questão submetida ao judiciário ou à arbitragem.

e) Usina elétrica de Saltend, na Inglaterra

A usina elétrica de Saltend, na Inglaterra, foi um empreendimento privado entre uma concessionária e uma empresa americana, avaliado em 200 milhões de dólares americanos, executado em cerca de três anos, de 1997 a 2000.

Apenas o contrato principal contou com o *dispute board*, o qual era composto de cinco membros, sendo três titulares e dois suplentes. Todos foram escolhidos por comum acordo entre as partes. Durante a vigência do contrato foram feitas seis visitas ao local da obra, seguindo o cronograma inicialmente pactuado entre as partes. Todos os membros do comitê, tanto os titulares quanto os suplentes, participaram das visitas e estavam disponíveis para ouvir as questões suscitadas *in loco*. Caso surgisse alguma disputa, ficou acordado que a questão precisaria ser resolvida em 28 dias pelo comitê.

As decisões adotadas pelo comitê tinham efeito vinculante e todas foram solucionadas, não restando nenhuma questão pendente ao final do contrato. Consequentemente, não houve disputa levada aos tribunais ou cortes arbitrais.

f) Projeto do Túnel de Niagara, no Canadá

O projeto do terceiro túnel de Niagara Falls previu a construção de um túnel subterrâneo de mais de dez metros de comprimento e quatorze de diâmetro, localizado a 140 metros de profundidade, no ponto mais fundo, com o objetivo de aumentar o volume de água para a estação hidrelétrica de Sir Adam Beck, na cidade de Niagara Falls. O túnel passa por baixo da cidade, sem qualquer impacto na atividade turística da região.

O custo do projeto foi estimado em 600 milhões de dólares canadenses, tendo sido realizados também serviços de reparo nos dois túneis da década de 1950 existentes no local, o que elevou os custos do projeto para 985 milhões de dólares canadenses.

De acordo com McEniry (2010, p. 4), já no início da execução, o empreiteiro se deparou com condições adversas no subterrâneo, quando cerca de 30% do volume havia sido escavado, tendo sido apontado aumento de custos e atrasos no cronograma pelo empreiteiro.

O contrato contava com um painel composto por três especialistas em projetos de túnel, que analisaram as alegações das partes depois de requerida uma audiência prévia. Os membros do comitê já estavam acompanhando a execução do empreendimento trimestralmente, de modo que já estavam familiarizados com as dificuldades e puderam emitir uma recomendação que, embora não tenha posto fim ao conflito, possibilitou uma composição amigável entre os contratantes, resultando em novas disposições contratuais, com modificações significativas em suas cláusulas, e possibilitando a continuidade do projeto.

McEniry (2010) elenca os seguintes pontos que considera relevantes no caso¹⁹:

Esse caso sublinha diversos pontos importantes:

- O DRB é especialmente útil em disputas técnicas complexas;
- O DRB pode intervir cedo e eficientemente em uma conjuntura crítica do projeto com recomendação, permitindo a solução da disputa antes do final do projeto;
- Se a disputa não tivesse sido resolvida nessa situação crítica, no ponto em que o contratado encontrou significativo aumento de custo, acumulado com indenizações importantes por atraso, o empreiteiro poderia ter sido forçado a inadimplir ou o contrato seria rescindido pelo proprietário, resultando em aumento significativo dos custos para concluir o trabalho por outro empreiteiro, sem mencionar a perda de receita do proprietário e anos de litígio;
- Mesmo que as recomendações do DRB não sejam totalmente aceitas, elas podem servir de catalisador para um importante realinhamento do contrato.

g) Desvio do Rio Amarelo, na China

O projeto para desviar o Rio Amarelo tem o objetivo de minimizar a escassez de água em três áreas industriais da China, visto que, diante do rápido crescimento econômico do país,

¹⁹ Texto em tradução livre. O original, em inglês, foi assim redigido: “This case underlines several important points: • A DRB is especially useful in technically complex disputes
• A DRB can intervene early and effectively at a critical juncture in the project with advice enabling the resolution of a dispute before the end of the project
• Had the dispute not been resolved at this critical juncture, at the point where the contractor faced a significant increase in costs coupled with important liquidated damages for delay, the contractor may have been forced to default, or the contract terminated by the owner, resulting in significant increased costs to complete the work by another contractor, not to mention the owner’s lost revenue and years of litigation
• Even if the DRB recommendations are not fully accepted, they can serve as the catalyst for an important realignment of the contract”.

a infraestrutura existente não consegue ser abastecida na proporção necessária. O projeto foi em parte financiado pelo Banco Mundial, que aportou quatrocentos milhões de dólares para a execução do empreendimento, cujo custo total foi de 1,5 bilhões de dólares americanos.

O projeto contempla três vias fluviais distintas, com impressionante capacidade de abastecimento das regiões industriais. Foram firmados diversos contratos para a execução do empreendimento e, ao longo de sua execução, foram suscitadas doze disputas, todas resolvidas no âmbito do contrato, sem a necessidade de levar adiante para demandas judiciais ou arbitrais.

h) Reconstrução da Rodovia I-15, na cidade de Salt Lake City, em Utah, nos Estados Unidos

O projeto teve como contratante o Departamento de Transporte de Utah, que decidiu ampliar a capacidade da rodovia, projetada em 1960 para receber a metade do tráfego que suportaria em 1997. O empreendimento teve início em 2001, com o planejamento de ser concluído antes das olimpíadas de 2002. Ao invés de reparar alguns trechos da via, o contratante decidiu reconstruir todo o corredor, ao custo de 1,52 bilhões de dólares americanos.

O projeto previa a operação simultânea da rodovia, que permaneceu operacional durante toda a obra, com a exigência de serem mantidas duas pistas em cada direção em funcionamento, além dos acessos ao centro da cidade e da pista de alta velocidade nos horários de pico. A execução demandou a adoção de uma série de mecanismos e sistemas de controle de tráfego, incluindo equipamentos especializados de auxílio para a sinalização das alterações no trânsito.

Houve apenas uma disputa suscitada ao longo da execução do empreendimento, a qual foi resolvida pelas partes, sem qualquer desdobramento nos tribunais ou juízos arbitrais.

i) Eurotúnel, entre França e Inglaterra

O último exemplo de empreendimento com *dispute board* citado por Chern (2015, p. 100) é o conhecido projeto do Eurotúnel, com 50,45km de extensão, dos quais 38km são embaixo do mar, ligando Inglaterra e França.

O projeto é destacado com um dos maiores empreendimentos de infraestrutura já desenvolvidos na Europa, o qual foi concluído em 1994, pelo custo de 14 bilhões de dólares americanos. Foram construídos três túneis interligados entre eles, com passagens a cada duzentos metros, sendo dois principais, por onde transitam os trens, e um terceiro para suporte de segurança e serviços de manutenção, situado no meio dos principais. A interligação entre eles permite a circulação de ar e a aerodinâmica dos trens que circulam nos dois túneis principais à velocidade de 160km/h.

Houve treze disputas no curso do empreendimento, das quais doze foram resolvidas e uma foi levada a outros mecanismos de solução de conflitos.

Nos nove empreendimentos estrangeiros com *dispute board* apresentados acima houve grande benefício na adoção do mecanismo de solução de disputa, com apenas uma disputa levada adiante, para solução por outros métodos de resolução de conflitos.

1.3.2 A experiência do *The Big Dig*

O megaprojeto do túnel e artéria central na cidade de Boston, no estado de Massachusetts, nos Estados Unidos da América, executado entre os anos de 1985 e 2005, previu a adoção de *dispute board* nos contratos de execução do empreendimento. O empreendimento, apelidado de *The Big Dig*, resultou na substituição de um complexo de pistas elevadas no centro da cidade por túneis e pontes, permitindo o aumento do fluxo de carros, com projeto urbanístico e revitalização do centro da cidade (HARMON, 2009, p. 18-19). O projeto construtivo é considerado por alguns autores²⁰ como algo comparável à magnitude das pirâmides do Egito ou do canal do Panamá, dado o tamanho e complexidade do empreendimento²¹, o tempo de execução (cerca de 20 anos) e o volume de investimentos feitos (aproximadamente 14 bilhões de dólares americanos).

Embora tenha sido adotado o *dispute board* como método de solução de conflitos durante a execução dos contratos, o empreendimento contou com inúmeros conflitos não resolvidos ao final de sua execução²², levando a uma reflexão sobre a eficiência do mecanismo na solução de conflitos.

Um estudo feito por Harmon (2009) avaliou a eficiência do *dispute board* nas obras do *The Big Dig*, propondo-se a responder às seguintes perguntas:

1. O uso do *dispute board* reduz preços de oferta da contratação?
 - a. Há uma diferença significativa de preços em contratos com e sem *dispute board*?
2. O DRB foi bem-sucedido?

²⁰ Bechtel and Parsons Brinkerhoff (2006); Bechtel (2007); Coughlin and Strahinich (1993); Grunwald (2006); Pacheco et al. (2004).

²¹ O empreendimento compreendeu a demolição de cerca de 12,5km de pistas elevadas, com a sua substituição por túneis e pontes, alterando a capacidade de processamento de tráfego diária de 75 mil veículos por dia para 250 mil veículos em apenas um dia.

²² Harmon (2009, p. 21-22) aponta a existência de 3.640 conflitos não resolvidos em abril de 2005, com valores em disputa na ordem de 441,6 milhões de dólares. Um ano depois, já com o empreendimento concluído, ainda havia um total de 1.735 disputas envolvendo controvérsias relativas ao montante de 57,5 milhões de dólares. O estudo feito pela autora analisou 86 contratos de obras do empreendimento, dentre os quais apenas 46 continham cláusula para a adoção de *dispute board*. A quantidade de disputas apresentada pela autora engloba aquelas submetidas ou não ao *dispute board*. Ela adota o termo “disputa” de modo amplo, para efeito do levantamento feito, definindo-o como “questões não resolvidas, pedidos de alteração ou alegações”, em tradução livre.

- a. Todos os pedidos de alteração de contrato e alegações do contratado foram resolvidos antes do encerramento da vigência do instrumento?
3. Quais foram as barreiras para a eficiência do *dispute board*?
4. O uso do *dispute board* reduz o curso de solução de conflitos?

Para responder à primeira pergunta, Harmon (2009, p. 20-21) avalia a estimativa de custo de 64 contratos dos 86 firmados para a construção do empreendimento, analisando se aqueles que preveem a adoção do *dispute board* como mecanismo de solução de conflito possibilitaram redução no preço inicial de contratação²³.

A conclusão é que a economia média alcançada pelo dono da obra nos contratos que dispunham da cláusula do *dispute board* é equivalente àquela atingida nos contratos que não previam a adoção do mecanismo de solução de litígios, conforme a tabela apresentada pela autora:

	Economia média
	%
Projetos com DRB	13,4
Projetos sem DRB	12,25

Fonte: Harmon (2009).

Verifica-se, portanto, que embora haja uma economia significativa entre o preço estimado da contratação e aquele efetivamente contratado, a diferença de desconto obtido pelo dono da obra nos contratos com e sem *dispute board* não foi expressiva, de modo que a autora conclui pela inexistência de vantagem na previsão do mecanismo, sob o ponto de vista do valor do empreendimento.

Para avaliar se o *dispute board* foi bem-sucedido, Harmon (2009, p. 23) analisou a quantidade de disputas ainda pendentes de solução ao final da vigência dos contratos, em sua maioria concluídos em dezembro de 2005, registrando que 1.735 disputas restaram sem solução ao final do empreendimento, as quais correspondiam a U\$ 57 milhões. Embora o valor seja expressivo, corresponde a apenas 0,64% do empreendimento e a 2,68% do valor dos pedidos de aditamento ao contrato original. O que mais chamou a atenção da autora, no entanto, é o fato de que as disputas em aberto eram em sua maioria (74%) decorrentes de contratos com cláusula de *dispute board*, indicando que o mecanismo pode não ter contribuído para a solução de conflitos no curso da execução do empreendimento.

²³ A redução de custo avaliada pela autora é feita a partir da comparação do preço do orçamento de referência da contratação e aquele efetivamente contratado pelo dono da obra junto à construtora.

Avaliou-se, então, quais foram as barreiras para a efetividade do *dispute board*. De início, cabe o registro de que o comitê foi pouco utilizado no curso da execução dos contratos. Em abril de 2006, após a conclusão das obras, apenas 28 disputas haviam sido formalmente submetidas ao comitê de disputa, apontando-se que a grande maioria de controvérsias foram resolvidas por outros meios.

Diversos foram os fatores apontados pela Harmon (2009, p. 23) para a baixa utilização do *dispute board* no empreendimento, como destacado no trecho abaixo transcrito²⁴:

Não apenas um fator parece ser o único para a baixa utilização do DRB, mas diversos parecem ter influenciado o dono, bem como o contratado do DRB a ignorar os benefícios do processo de DRB. Esses [fatores] são os seguintes:

- Processos de disputas alongados;
- Processos de DRB vistos como procedimentos que observam o contraditório;
- Preparação para as oitivas exigiam muito tempo;
- Problemas com as recomendações – elas não eram convincentes; e
- Valores de transações recomendados abaixo da média histórica.

A própria autora da pesquisa não deixa de reputar o *dispute board* como um mecanismo eficiente de resolução de conflitos, tanto que elenca peculiaridades do caso concreto para indicar a baixa utilização do mecanismo, apontando-os como fatores que levaram as partes contratantes a ignorar os benefícios do mecanismo.

O procedimento adotado pelo comitê foi burocrático, com fases alongadas de contraditório e que, principalmente, resultaram em recomendações que ficaram muito abaixo do valor esperado pelo contratado, se comparado com a média histórica²⁵, o que influenciou para que as decisões não fossem revestidas de credibilidade, em especial sob a ótica do construtor, sendo relevante o registro de que é usualmente ele o responsável por submeter demandas ao comitê.

Harmon (2009, p. 25) aponta que os benefícios do *dispute board* são justamente a rapidez, o baixo custo e a adequação do procedimento aos contratos de obra. De fato, como já apontado nas linhas acima, nota-se que em outros empreendimentos o mecanismo se mostrou

²⁴ Texto em tradução livre. O original, em inglês, foi assim redigido: “Not one factor appears to be the sole factor in the underutilization of the DRB, but several appear to have influenced the owner as well the DRB contractors to ignore the benefits of the DRB process. These are as follows:

Elongated dispute resolution process;
 DRB process viewed as adversarial;
 Preparation for the hearing was time consuming;
 Issue with the recommendations – they were not convincing; and
 Recommended settlement amounts below historical average”.

²⁵ A média histórica de deferimento de pleitos de aditamentos ao contrato original é de 50% daquilo que é requerido pelo contratado, de acordo com publicação da National Academy, de 2003, intitulada *Completing the Big Dig*. (HARMON, 2009, p. 24).

eficiente justamente pela contemporaneidade da solução, rapidez e elevado conhecimento técnico dos membros do painel, de modo que as decisões e recomendações por ele adotadas costumam se tornar efetivas e permanentes, sem revisões posteriores.

No caso do empreendimento de Boston, no entanto, verificou-se que as primeiras disputas submetidas ao comitê não apenas resultaram em procedimentos demorados e que exigiram detalhada preparação pelas partes, à semelhança de um processo judicial – inclusive com audiências (o que não é um procedimento comum em painéis de disputas) –, como também em decisões que concluíram ser o pagamento devido correspondente a cerca de 25% do que havia sido pleiteado pelo contratado, muito abaixo da média histórica, gerando um sentimento de injustiça e baixa credibilidade da recomendação adotada pelo comitê.

Analisando o mesmo caso, Jaffe e Mchugh (2010, p. 4) entendem que o procedimento demorado e detalhado adotado pelo *dispute board* no empreendimento de Boston possibilitou a autocomposição das partes em outras demandas ou pleitos posteriores no curso do empreendimento.

Trata-se, portanto, de caso em que houve baixa adesão das partes contratantes ao mecanismo de solução de conflito, que, desse modo, tornou-se ineficiente para a resolução das controvérsias suscitadas ao longo da execução do projeto de elevada complexidade e com múltiplas disciplinas e modalidades de contratação.

2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM O *DISPUTE BOARD* NA INFRAESTRUTURA PÚBLICA

Neste capítulo serão avaliadas as leis municipais de São Paulo e Belo Horizonte que regulamentaram o *dispute board* em contratos firmados com o Poder Público, a Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), que institui a lei de licitações e contratos e o direito projetado.

Será analisado, ainda, o caso do primeiro *dispute board* em obra pública de infraestrutura do Brasil, a fase 1 da linha 4, linha amarela, do metrô de São Paulo. Por fim, será apresentado questionário sobre *dispute board* nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes aplicado a servidores públicos.

2.1 LEIS REGULAMENTADORAS DO *DISPUTE BOARD* NO BRASIL

2.1.1 Leis municipais nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) e 11.241 (BELO HORIZONTE, 2020)

Os municípios de São Paulo e de Belo Horizonte foram os primeiros a regulamentar o *dispute board* em contratos administrativos celebrados com o Poder Público²⁶, conforme as leis nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) e 11.241 (BELO HORIZONTE, 2020), respectivamente de cada um dos municípios citados.

A lei paulistana estabelece, já no seu preâmbulo, o objetivo da norma, de reconhecer e regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo.

De forma semelhante, a legislação municipal de Belo Horizonte tem a finalidade de regulamentar “a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada” (BELO HORIZONTE, 2020).

Tanto a legislação municipal de São Paulo quanto a de Belo Horizonte preveem que a utilização do mecanismo fica restrita aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis

²⁶ Atualmente, há outras leis municipais e estaduais que regulamentam o uso do mecanismo em contratos administrativos, a exemplo da lei nº 12.810 (Porto Alegre, 2021). Diversos municípios de Santa Catarina também trataram do comitê de solução e prevenção de disputas, nas leis que instituíram o programa de concessões e parcerias público-privadas dos seguintes municípios: Ilhota (Lei Municipal nº 1917/2018), Itapema (Lei Municipal nº 3775/2018), Penha (Lei Municipal nº 3023/2018), Porto Belo (Lei Municipal nº 2634/2018) e Itajaí (Lei Municipal nº 7107/2019). Foi dedicado tópico específico para as leis dos municípios de São Paulo e Belo Horizonte por terem sido as primeiras a regulamentarem o assunto.

em contratos continuados firmados pela Administração municipal direta e indireta, desde que previsto nos editais e contratos entabulados pelo município.

De início, destaca-se a limitação à utilização do *dispute board* às demandas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis de que dispõe o ente estatal e desde que se trate de uma relação contratual continuada, a exemplo das concessões de serviço público²⁷.

Oliveira e Estefam (2019, p. 193) reconhecem a dificuldade de estabelecer de modo exaustivo as hipóteses de disponibilidade no âmbito do direito público. Apontam os autores alguns parâmetros estabelecidos pela doutrina para compreender tais hipóteses:

- (i) Interesses públicos primários e secundários; (ii) ato de império e de gestão; (iii) ordem pública; (iv) reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão; (v) direitos transacionáveis ou renunciáveis, e (vi) direitos alienáveis.

A arbitragem no âmbito da Administração Pública também é limitada à solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme expresso no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996), com a redação dada pela Lei nº 13.129 (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, avaliando as hipóteses em que é cabível a solução de controvérsias por meio de arbitragem, concluem Oliveira e Estefam (2019, p. 193) que aquele método poderá ser adotado nos casos em que se admita “uma maior flexibilidade, possibilidade de negociação e contratação no âmbito de operações comerciais”, e apontam, também, uma regra geral em que poderá ser admitida a arbitragem, em razão da disponibilidade do interesse público²⁸:

- (i) As cláusulas econômico-financeiras e monetárias; (ii) as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e (iii) as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular.

A doutrina indica ainda a existência de direito subjetivo da Administração, que poderá igualmente ser objeto de transação, conforme destacado por Justen Filho (2020, p. 61):

Em todas as situações, não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público (abstrato ou concreto), eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada. Ao invés de questionar um atributo intrínseco do interesse público,

²⁷ Aragão (2017, p. 430) conceitua concessão de serviço público como “a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público”.

²⁸ Em outra passagem, destacam Oliveira e Estefam (2020, p. 80) que “entre nós, são direitos disponíveis aqueles direitos decorrentes dos ‘atos de gestão’. Isso porque os atos de império decorrem do gozo das prerrogativas de autoridade da Administração Pública e, pois, são indisponíveis, enquanto que os atos de gestão são disponíveis, já que a Administração não goza de poderes comandantes”.

cabe avaliar o regime jurídico concreto adotado relativamente aos direitos subjetivos envolvidos. A ordem jurídica, mesmo de modo implícito, pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.

Portanto, embora o interesse público tenha tutela especial no âmbito do direito administrativo, a indicar a sua indisponibilidade, há direitos subjetivos da Administração passíveis de transação, como forma de garantir o interesse público. Entende-se, portanto, que a submissão de tais questões à decisão de comitês de resolução de conflitos pode também ser admitida.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema da indisponibilidade do interesse público, asseverando a possibilidade de atenuar tal princípio em determinados casos, conforme assentado no julgamento do RE nº 253.885/MG (BRASIL, 2002):

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. (...)

Portanto, para a garantia do interesse público, por vezes poderá ser atenuado o próprio princípio que aponta para a sua indisponibilidade, eis que a solução que melhor o resguardará pode indicar a necessidade de dispor de determinados direitos, visando à efetiva tutela do interesse geral, como, inclusive, previsto no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁹.

As leis de ambos os municípios preveem a adoção das três modalidades de comitês apresentadas no capítulo anterior: por revisão, adjudicação ou híbrido, sendo expressa a possibilidade de submeter as decisões vinculantes adotadas pelo comitê por adjudicação ao judiciário ou ao juízo arbitral, quando qualquer das partes não se conformar com o resultado apontado.

²⁹ Art. 26. “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

Como visto no primeiro capítulo, o inconformismo com a decisão vinculante adotada não autoriza a qualquer das partes a descumpri-la, salvo decisão judicial ou arbitral em contrário.

É de se registrar a previsão contida no § 4º do art. 1º da Lei nº 11.241 (BELO HORIZONTE, 2020), no sentido de diferenciar as recomendações ou decisões vinculantes adotadas pelos comitês de prevenção e solução de disputas daquelas proferidas pelo juízo arbitral ou pelo poder judiciário, ficando expresso que não será formado título executivo extrajudicial.

A previsão reforça a natureza obrigacional do instituto, conforme já apontado no primeiro capítulo deste estudo.

A lei belo-horizontina destaca ainda a necessidade de o comitê adotar decisões motivadas, sob pena de nulidade. A previsão encontra amparo nos princípios que regem o direito administrativo³⁰, além de garantir maior segurança jurídica para as decisões proferidas no âmbito do contrato.

Veja-se que, ainda que se trate de decisão não vinculante, nos casos em que a disputa tenha sido suscitada pelo contratado, como na maioria das vezes ocorre, a motivação apresentada pela recomendação do comitê contribuirá para o juízo de convencimento da autoridade administrativa, que também precisará motivar a sua decisão administrativa.

A motivação da decisão ou recomendação do comitê contribui, também, para o convencimento do juízo comum ou arbitral, seja para confirmar ou rever a decisão adotada, uma vez que possibilita a compreensão da matéria e a adequada instrução do procedimento instaurado.

Ao disciplinar os tipos de comitês admitidos, a lei do município de Belo Horizonte estabelece, em seu art. 2º e parágrafos, que a decisão adotada pelo comitê revisor, caso não impugnada pela outra parte no prazo de trinta dias, torna-se vinculante, alinhada com os regulamentos de organismos nacionais e internacionais dedicados ao assunto, conforme tratado no primeiro capítulo deste estudo. O mesmo prazo é fixado para que a decisão do comitê de adjudicação se torne definitiva, caso não impugnada pelas partes.

Como visto no capítulo precedente, a diferença entre as recomendações adotadas pelo comitê revisor e as decisões firmadas pelo comitê de adjudicação é que as primeiras nascem com caráter não vinculante e, caso não impugnadas por quaisquer das partes, tornam-se

³⁰ O art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, exige a motivação dos atos administrativos em caso, dentre outros que se negue, limite ou afete direitos ou interesses de terceiros, a exemplo dos direitos e interesses do contratado que suscitar a disputa.

vinculantes e definitivas, e as segundas já nascem com caráter vinculante e, após a fluência de trinta dias sem notificação à outra parte, tornam-se definitivas.

No caso da recomendação, caso haja notificação à outra parte, a decisão não se tornará vinculante e o conflito precisará ser resolvido por outro meio, por comum acordo entre as partes mediante solução judicial ou arbitral. Já no caso da decisão adotada pelo comitê de adjudicação, quando notificada a outra parte quanto ao inconformismo da decisão, restará a parte insatisfeita obrigada ao cumprimento da decisão proferida pelo comitê, até que sobrevenha decisão judicial ou arbitral em contrário.

No que diz respeito à decadência e sua aplicabilidade aos contratos firmados pela Administração Pública, como o prazo de trinta dias para que seja exercido o direito de confrontar a decisão ou recomendação adotada pelo comitê, está fixado em lei que não haverá qualquer controvérsia sobre o assunto, ante o princípio da legalidade a que está submetida a Administração, não havendo o que se falar em decadência convencional.

Ambas as leis analisadas preveem a possibilidade de o contrato ou edital que o preceder estabelecerem o regulamento e regras procedimentais do comitê de prevenção e solução de conflitos, igualmente admitindo, de forma alternativa, a previsão contratual que se reporte às regras de alguma instituição especializada.

A lei do município de Belo Horizonte é expressa em admitir a instituição de comitê permanente ou *ad hoc*, instalado após a notificação de disputa por uma das partes, enquanto a lei de São Paulo é silente sobre o assunto.

No entanto, a Lei nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) foi regulamentada pelo Decreto nº 60.067 (SÃO PAULO, 2021), sendo prevista a instituição de comitê *ad hoc* no regulamento paulistano. De fato, observa-se que o silêncio da lei municipal sobre o assunto não obsta a previsão regulamentar, eis que não há qualquer incompatibilidade em razão de tal previsão. Nesse ponto, o regulamento aponta, no § 2º do seu art. 2º, que os comitês poderão ser instituídos para a solução de controvérsias específicas, explicitando que isso ocorrerá na hipótese de a contratação não justificar à instituição de um comitê permanente, indicando especialmente os contratos de concessão e permissão.

De fato, os contratos de concessão e permissão, a par de serem contratos de longo prazo, possuem fases distintas de execução, geralmente englobando tanto a realização de obras quanto a prestação de serviço de forma continuada, de modo que as diferentes fases do empreendimento costumam possuir grau de risco distintos.

Assim, enquanto na fase das obras os riscos e, portanto, as controvérsias são maiores e mais frequentes, na fase de prestação do serviço público a tendência é que sejam suscitados menos conflitos entre as partes, não se justificando a adoção do comitê de forma permanente.

As regras de composição e escolha dos membros do comitê são as mesmas apresentadas no primeiro capítulo deste estudo, prevendo a constituição do comitê em regra com três membros, cuja escolha se dará por indicação das partes, sendo o presidente escolhido pelos membros indicados pelas partes (cada parte indicará um membro).

Os custos do comitê, inclusive os atinentes à remuneração dos membros, deverão estar previstos no orçamento da licitação, de modo que competirá à contratada arcar com todas as despesas.

A lei paulistana contém dispositivo que merece uma especial reflexão. Trata-se do art. 8º, o qual dispõe que “os membros do Comitê, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.

Sabe-se que compete privativamente à União legislar sobre direito penal, nos termos do art. 22, I, da Constituição (BRASIL, 1988). Desse modo, entende-se que o art. 8º da Lei Municipal nº 16.873 (SÃO PAULO, 2018-a) viola referida competência privativa e, portanto, está sujeito à declaração de inconstitucionalidade, seja em ação de controle concentrado, seja de forma incidental em eventual processo penal intentado contra membros do comitê.

O Decreto nº 60.067 (SÃO PAULO, 2021), que regulamentou a lei paulistana (SÃO PAULO, 2018), limitou a previsão do *dispute board* aos contratos que tenham em seu objeto, ou parte do seu objeto, a realização de obras com valores iguais ou superiores a duzentos mil reais. No entanto, a autoridade competente para a assinatura do contrato poderá decidir, motivadamente, pela adoção do comitê em contratos com valores inferiores.

O decreto prevê, ainda, que os comitês terão, em regra, natureza revisora, sendo excepcionalmente admitida a modalidade de adjudicação ou híbrida, mediante decisão motivada da autoridade competente para a assinatura do contrato.

Como visto, as leis municipais de São Paulo e Belo Horizonte positivaram não apenas a possibilidade de adoção do *dispute board* em contratos firmados pela Administração municipal, mas também efetivamente regulamentaram o procedimento a ser adotado pelo comitê, definindo regras gerais da constituição e do procedimento do comitê, bem como os limites da decisão ou recomendação que adotam, o que as torna inovadoras.

2.1.2 Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d) e direito projetado

Em âmbito federal, sustentava-se, já antes da edição da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), a possibilidade de se adotar a cláusula de *dispute board* em contratos administrativos firmados pela União, com base no art. 23-A da Lei nº 8.987³¹ (BRASIL, 1995), que expressamente admite a adoção de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato de concessão e no art. 32, § 6º, da Lei nº 8.666³² (BRASIL, 1993), que admite a adoção de outros foros jurisdicionais para a solução de conflitos, quando se trata de licitação internacional para aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte.

Considerando que muitos organismos financeiros internacionais exigem a instituição do *dispute board* nos contratos, muitas vezes como cláusula escalonada para a submissão de eventuais controvérsias aos tribunais arbitrais, a doutrina vinha admitindo a adoção da cláusula do *dispute board* e a eleição do foro arbitral com base nesse dispositivo. Nesse sentido, se manifestaram Silva Neto e Salla (2021, p. 46), apontando, inclusive, que foi o § 6º do art. 32 da Lei nº 8.666 que fundamentou o comitê de resolução de disputas no contrato da linha 4 do metrô de São Paulo.

Embora se sustentasse a desnecessidade de legislação específica para versar sobre o *dispute boards*, a matéria veio textualmente tratada no artigo 151 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d) como mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos em contratos firmados com a Administração Pública, o qual elenca expressamente o comitê de resolução de disputas dentre tais mecanismos, garantindo maior segurança jurídica na adoção do *dispute board* nos contratos firmados pela União, Estados e Municípios.

³¹ Art. 23-A. “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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”.

³² § 6º. O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

O § 2º do art. 55 da mesma lei, por sua vez, estabelece que:

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Sabe-se que há projeto de lei (PL 2421/2021)³³ em tramitação na Câmara dos Deputados desde 11 de agosto de 2021, iniciado e aprovado pelo Senado Federal, com vistas a regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, conforme PLS 206, de 2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, do PSDB de Minas Gerais, aprovado pelo plenário do Senado em 29 de junho de 2021.

A proposta de redação do projeto é semelhante à legislação paulistana, versando sobre as modalidades de comitês, forma de escolha de seus membros, hipóteses de impedimento e suspeição, forma de remuneração e possibilidade de submissão da recomendação ou decisão adotada pelo comitê ao poder judiciário ou ao juízo arbitral. Não há prazo fixado para as partes manifestarem sua discordância quanto à recomendação (que não se torna vinculante) ou à decisão (que não tem prazo para se tornar definitiva), sem previsão de prazos decadenciais no projeto em tramitação.

O projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, em essência, versa sobre matérias de índole infralegal, que poderiam ser tratadas por meio de Decreto, na forma do inciso IV do art. 84 da Constituição (BRASIL, 1988). Isso porque, dentre os seus dispositivos, apenas um modifica direitos. Os demais não criam, modificam ou excluem direitos, os quais já restam garantidos pela própria Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d).

O artigo 1º do projeto prevê que “o instrumento convocatório da licitação e o contrato administrativo poderão prever Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

O parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d) igualmente prevê que as controvérsias a que se aplica o dispositivo são aquelas relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis e elenca rol exemplificativo: “questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”. Dessa forma, não se extrai do artigo 1º do projeto de lei qualquer inovação em relação ao que já está positivado na lei geral de licitações e contratos, cabendo o registro de que a lei geral de 2021 é, inclusive, aplicável a Estados e Municípios e Distrito Federal, além da União.

³³ Há também o PL 9883/2018, de iniciativa do Deputado Pedro Paulo, do PMDB/RJ, o qual corre apensado ao PL 2421/2021, que teve iniciativa no Senado, já contando com aprovação por aquela Casa.

Da mesma forma, como previsto no art. 153 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), o projeto analisado estabelece a possibilidade de se aditar os contratos celebrados sem a cláusula do *dispute board*, para inserir a possibilidade de adoção do mecanismo no instrumento.

Do artigo 2º em diante, o projeto apenas trata das modalidades de comitês, no próprio artigo 2º; da possibilidade de o comitê ser instituído e processado conforme as regras de instituição especializada, no artigo 3º; da obrigatoriedade do procedimento observar os princípios da legalidade e da publicidade, no artigo 4º; da escolha e composição dos membros do comitê, no artigo 5º; das hipóteses de impedimento e suspeição dos membros, no artigo 6º; da remuneração dos membros do comitê, no artigo 8º; e da possibilidade de o comitê ser substituído por câmara de arbitragem, no artigo 9º.

Apenas o artigo 7º do projeto, com a redação aprovada pelo Senado Federal, trata de matéria própria de lei, ao equiparar os membros do comitê a agentes públicos, para efeitos da legislação penal e da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992).

A equiparação dos membros do comitê a agentes públicos, embora possa atender a uma vontade do legislador para fins de organização da política criminal e da disciplina dos atos de improbidade, não influencia o funcionamento do comitê, de forma que a instituição e efetiva adoção do *dispute board* em contratos administrativos não depende de nova lei em âmbito federal.

2.3 O CASO DA FASE 1 DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO

2.3.1 Narrativa do caso

O caso da fase 1 da linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo é o primeiro precedente brasileiro em que a decisão adotada pelo comitê constituído no âmbito de um contrato administrativo fora submetida ao crivo do Poder Judiciário, resultando na sua manutenção, ao menos em sede de cognição sumária.

O *dispute board* foi previsto no contrato da obra da linha 4 do metrô de São Paulo, em razão de solicitação de financiamento junto ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que exigiu a adoção do modelo de contrato de obras da instituição, o qual previa a eleição do foro arbitral para a resolução de conflitos e a instituição do comitê de revisão de litígios, à semelhança do comitê revisional, avaliado no primeiro capítulo deste estudo. Foi o primeiro contrato de obra pública a adotar o mecanismo de solução de litígios do *dispute board* (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 171).

O comitê instituído no âmbito do contrato é denominado de Junta de Revisão de Litígios, constituído por três membros, todos engenheiros, sendo dois escolhidos pelas partes e o presidente indicado pelos membros e aprovados pelos contratantes. Eles escreveram artigo em que descrevem o caso, apresentando os documentos do contrato, a controvérsia, o relatório de recomendação e a demanda que se tornou pública (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016).

O contrato da linha 4, firmado entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo e o Consórcio Via Amarela³⁴, é composto por diversos documentos, a saber: (i) contrato e seus respectivos anexos³⁵; (ii) tabelas de preços apresentadas pelo contratado; (iii) condições especiais do contrato; (iv) condições gerais do contrato; (v) especificações técnicas e desenhos, (vi) procedimentos; (vii) documentos da licitação nº 41301212; e (viii) Manual do usuário do sistema de medições (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 174).

O comitê estruturou e organizou a sua atuação com base especialmente nas condições gerais e nas condições especiais do contrato, os quais foram utilizados também para acompanhar a execução do contrato e verificar o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, definindo que, em caso de divergência entre as condições especiais e as gerais, prevaleceriam as especiais (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 176).

A cláusula 6 das condições gerais estabelecia que, em caso de disputa, as partes deveriam, como primeira opção, buscar resolver a questão por meio de consulta mútua e somente em caso de insucesso da consulta mútua é que a controvérsia seria submetida ao comitê, por meio de pedido formal (por escrito), com cópia à outra parte.

Recebida a disputa, o comitê fazia uma análise quanto à sua competência e ao cabimento da controvérsia e designava audiência de conciliação, devendo as partes apresentarem espécie de defesa escrita, com documentos e argumentos para amparar a sua posição.

Nas audiências era garantida a oportunidade de apresentar argumentos orais e provas, com direito de resposta da outra parte, sendo vedado aos membros do comitê emitir qualquer opinião ou posição sobre o objeto da disputa, de modo que as manifestações do comitê se davam sempre por escrito, depois de encerrada a audiência.

³⁴ O consórcio é integrado pelas companhias CBPO Engenharia Ltda, Construtora OAS Ltda, Construtora Queiroz Galvão S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A, Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Alstom Transport S.A.

³⁵ Os anexos eram: a) o termo e procedimentos de pagamento; b) reajuste de preços; c) requisitos de seguro; d) cronograma de prazos; e) relação das subcontratadas aprovadas; f) escopo das obras e fornecimento pelo contratante; g) lista de documentos para aprovação ou exame; h) garantias funcionais; i) programa de manejo ambiental; e solicitação de esclarecimentos. A solicitação de esclarecimentos compila os mais de 700 esclarecimentos requeridos na fase de licitação.

As condições especiais do contrato conferiam poderes ao comitê para decidir sobre questões procedimentais, de forma que poderiam os membros requerer quaisquer documentos adicionais a qualquer momento. Quando encerrada a fase de instrução, o comitê comunicava o encerramento da fase às partes e informava o prazo para a emissão de recomendação.

As recomendações emitidas pelo comitê eram fundamentadas, tendo sido estruturadas da seguinte forma: (i) caracterização do litígio; (ii) instrução do processo; (iii) fundamentos da recomendação; (iv) recomendação do comitê; e (v) apêndice (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 183).

Relatam os autores que todas as recomendações emitidas pelo comitê, que funcionou de 2004 a 2015, foram adotadas por unanimidade (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 184).

A primeira disputa submetida ao comitê é datada de outubro de 2006, a qual posteriormente se tornou objeto de ação judicial. Depois dela, outras dez disputas se seguiram.

O objeto da primeira disputa se refere à diferença de preço da construção do trecho “Pátio Vila Sônia – Estação Faria Lima”, integrante do lote 2 da linha 4, tendo em vista a alteração do método construtivo originalmente previsto no contrato. O projeto original previa a utilização de uma máquina tuneladora, a qual foi substituída por um sistema denominado “New Australian Tunneling Method (NATM)”.

A mudança no tipo de equipamento utilizado para a escavação do túnel decorreu de atrasos na liberação de áreas, em razão de questões afetas à desapropriação de terrenos. Depois dos atrasos de cerca de quatorze meses para a liberação das áreas, o contratado apresentou novo cronograma que previa dezoito meses para a execução da etapa, o qual não foi aprovado pelo contratante. Para atender à demanda de maior celeridade na execução do empreendimento, foi proposta, então, a alteração no método construtivo, implicando ajustes no orçamento.

A proposta foi avaliada por um grupo de trabalho da contratante, tendo sido aprovada a alteração no método construtivo e os custos indiretos dela decorrentes, mas não houve aprovação dos custos diretos.

Foi emitida, então, em junho de 2005, uma “ordem de modificação com acordo pendente”, nos termos da subcláusula 39.2.7 das condições gerais do contrato, que assim dispunha (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 186):

Se o (Contratante) e Contratado não puderem chegar a um acordo sobre o preço da Modificação, um ajuste equitativo para o Prazo de Conclusão, ou qualquer outro assunto identificado na Proposta de /modificação, o (Contratante) poderá de qualquer forma instruir o Contratado a proceder à Modificação pela emissão de uma Ordem de Modificação Com Acordo Pendente.

Dada a ordem de modificação com acordo pendente, foi feita uma revisão no projeto básico e no orçamento de referência do aditamento proposto, no valor de aproximadamente R\$ 200 milhões³⁶, o qual continuou a ser recusado pelo contratante. Diante do impasse, a questão foi submetida em outubro de 2006 ao comitê instituído, que se pronunciou sobre o assunto, emitindo sua recomendação em agosto de 2007³⁷.

O contratante não concordou com a recomendação expedida e, seguindo o previsto em contrato, notificou o contratado, tendo o caso sido submetido à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

A corte arbitral proferiu sentença arbitral em junho de 2009 (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 187) no mesmo sentido da recomendação emitida pelo comitê, com o reconhecimento do pleito do contratado ao reequilíbrio devido em razão da alteração do projeto. No entanto, a decisão não foi líquida, restando a apuração dos valores devidos a título de reequilíbrio para uma fase de seguinte, de liquidação, a qual se deu mediante perícia apenas contábil.

O contratante não concordou com a decisão que apontou para apuração contábil do valor devido, insurgindo-se contra essa decisão por meio de Mandado de Segurança (SÃO PAULO, 2010-A) impetrado em face do Tribunal Arbitral. A ação mandamental continha pedido de antecipação de tutela, com vistas a se produzir prova técnica de engenharia para apurar os valores devidos em razão da alteração do projeto, o qual foi inicialmente deferido pelo juízo de primeira instância. No entanto, o consórcio contratado interpôs agravo de instrumento em face dessa decisão, o qual foi provido, restando caçada a decisão de primeira instância (SÃO PAULO, 2010-b), em decisão que adotou como fundamento principal a ausência de qualquer irregularidade na decisão do Tribunal Arbitral, cujo procedimento observou a lei da arbitragem. Desse modo, foi indeferido o pedido de liminar para a produção de prova pericial de engenharia, mantendo-se a decisão da corte arbitral que apontava para a realização apenas de perícia contábil para a liquidação do valor devido em razão da alteração de projeto empreendida no curso do contrato.

Por derradeiro, o mandado de segurança foi extinto sem resolução de mérito, eis que reconhecida a decadência do direito da Companhia do Metropolitano de São Paulo em impetrar

³⁶ De acordo com o que consta no processo judicial decorrente dessa disputa (processo n 0017261-67.2010.8.26.0053), o valor exato é de R\$ 208.558.878,00, equivalente a 22,21% do valor original do contrato.

³⁷ Os membros do comitê anotam, no artigo sobre o caso (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 187), que houve paralisação dos trabalhos do comitê por cerca de cinco meses em razão de acidente ocorrido na estação Pinheiros, no primeiro semestre de 2007.

a medida, transcorridos mais de 120 dias desde a primeira decisão da corte arbitral que indeferira o pedido de produção de prova técnica de engenharia.

Assim, prevaleceu a decisão da corte arbitral e, por via de consequência, a decisão do *dispute board* no caso concreto.

2.3.2 Questões-problema do caso

Observou-se que o comitê instituído no contrato da fase 1 da linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo foi o primeiro dessa natureza em contrato administrativo no Brasil, a partir de exigência feita pelo organismo internacional financiador do empreendimento.

Faz-se necessário refletir³⁸ sobre as questões jurídicas envolvidas no caso e a eficiência do mecanismo de solução contratual para a solução do conflito suscitado nesse âmbito. Pode-se dizer que o comitê instituído no âmbito do contrato foi eficiente?

Para a reflexão sobre o assunto, importa o registro de algumas conclusões elencadas pelos membros do comitê em artigo no qual apresentam o caso (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 189):

Percebeu-se que o principal obstáculo à aceitação e consequente utilização do instrumento deriva da inexistência de legislação federal específica sobre o CRD³⁹, colocando em posição desconfortável tanto o gestor da empresa pública como o da iniciativa privada. Ao gestor de órgão público, porque lhe falta respaldo jurídico perante os órgãos de controle, tornando lógica a sua decisão de priorizar o direito de recorrer à arbitragem, pois esta lhe traz o suporte da já citada Lei nº 3.707/1996. Já o gestor de entidade privada, ante a percepção de que é alta a probabilidade do gestor público não aceitar uma Recomendação, tende a enxergar o CRD como um custo adicional.

.....

O fato da escolha dos membros do Comitê ter recaído sobre três engenheiros é justificável, por se tratar de uma complexa obra de engenharia. Mas, em todo Projeto de porte, objeto de contrato igualmente complicado, é indispensável que o Comitê analise o litígio também sob a ótica jurídica, relacionando causas e efeitos, e intérprete se os dispositivos contidos nas cláusulas contratuais coadunam-se com a legislação vigente – sem o que não conseguirá fundamentar sua Recomendação.

.....

Finalmente, há que se considerar a flexibilidade estabelecida na já citada subcláusula 6.1.1 da cláusula 6 das GCC, que permitia a apresentação de litígios mesmo depois da conclusão do projeto. Notou-se que o trabalho do Comitê foi dificultado em algumas ocasiões, por ter ocorrido posteriormente a término da obra e início de operação da Linha 4 – Amarela, em maio de 2010. Por outro lado, a participação do Comitê nos litígios a ele submetidos dentro do período de execução da obra contribuiu de forma positiva para que o Projeto não sofresse solução de continuidade.

³⁸ O termo de referência para produção de estudo de casos proposto pelo co-orientador, professor Gustavo Justino de Oliveira, sugere que na apresentação do estudo de caso, além da narrativa do caso, sejam apresentadas questões problemas do caso.

³⁹ Comitê de Resolução de Disputas.

Outra reflexão proposta é quanto à maturidade institucional tanto de órgãos da Administração quanto do próprio Poder Judiciário para apreciar conflitos conduzidos pelo comitê que, embora não detenha jurisdição pública ou privada, é investido de poder decisório ou recomendatório, capaz de vincular as partes, dentre elas a Administração, a partir de exame técnico do caso concreto, de modo contemporâneo ao surgimento do conflito.

E, ainda, é de se observar se o comitê não correrá o risco de adotar procedimento tão burocratizado, com a garantia de amplas fases de defesa e de instrução probatória, que poderá se aproximar de um rito processual dos processos judiciais ou arbitrais, com excesso de formalismo.

2.4 OUTRAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS COM O *DISPUTE BOARD*

Depois de adotado o *dispute board* na fase 1 da linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo, em julho de 2004, outros empreendimentos brasileiros também previram o mecanismo.

Sousa (2014, p. 30-31) dá notícia de alguns projetos que adotaram o mecanismo no Brasil a partir do já citado caso da linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo: (i) linha F (12-Safira), da Companhia do Metropolitanos de São Paulo, em 2008; (ii) PPP do complexo criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, em 2009; (iii) PPP da rodovia MG 050, em Minas Gerais, em 2010; (iv) PPP da Arena Fonte Nova, em Salvador, Bahia, também em 2010; (v) PPP da Areia das Dunas, em Natal, no Rio Grande do Norte, em 2011; (vi) Aeroporto São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, em 2012⁴⁰; (vii) PPP das Águas Claras, em Minas Gerais, em 2012; e (viii) trecho norte do rodoanel de São Paulo, em 2013.

Este último caso, do rodoanel de São Paulo, resultou em denúncias de fraude de três diretores da contratante, Dersa Desenvolvimento Rodoviário SA. Segundo Nasser (2021), a acusação de fraude teria ocorrido “unicamente por terem [os diretores] cumprido a decisão de uma junta técnica regularmente instalada no âmbito de um contrato de obra pública para apreciar controvérsias relativas à obra.”

⁴⁰ Inicialmente, cabe salientar de que o Aeroporto São Gonçalo do Amarante está situado no estado do Rio Grande do Norte, e não em Pernambuco, como registrado pelo autor referenciado. Lado outro, importante também ressaltar que, embora o aeroporto de São Gonçalo do Amarante seja uma concessão pública, o *dispute board* não foi adotado no contrato de concessão, mas sim no contrato de obras do aeroporto, firmado entre a concessionária e a construtora do aeroporto, tratando-se, portanto, de um contrato privado. O contrato de concessão do aeroporto está disponível no sítio da Anac na internet e não contém a referida cláusula: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/natal/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-de-concessao-no-001-anac-2011-sbsg-ate-o-ta-007-2020.pdf/view>>. Acesso em 27/2/2022.

Maillart e Carmo (2020, p. 211) relatam que o ponto central da disputa foi “a retirada de maticões” que o construtor entendia não estar previsto no escopo do contrato. Ajustou-se, então, que seria feito um pagamento provisório pela retirada, e a Dersa contratou o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT) para analisar o pleito. O IPT considerou indevido o pedido da construtora e recomendou a devolução do pagamento efetivado. Inconformado, o contratado acionou a “junta de conflito” prevista em contrato, a qual concluiu pela procedência do pleito da construtora.

A diretoria da Dersa acatou a decisão da junta, a qual foi questionada pelos órgãos de controle, como apontado por Fernandes (2015, p. 115), indicando a presença de “vulnerabilidade das recomendações proferidas por conselhos e comitês diante de instituições públicas como o Tribunal de contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e Polícia Federal (PF)⁴¹”.

Outro empreendimento que adotou o *dispute board*, em modelo de contratação *ad hoc*, foram alguns contratos das obras dos jogos olímpicos. De acordo com Maia Neto (2016, p. 29), o comitê organizador dos jogos olímpicos previu a celebração de 36 contratos com a cláusula do *dispute board*, tendo sido contratada a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) para treinar os seus membros.

Silva Neto (2019, p. 88) destaca que o papel da DRBF para a organização do programa que inseriu o *dispute board* nos contratos que viabilizaram a entrega das estruturas temporárias dos jogos olímpicos do Rio de Janeiro de 2016, tendo sido adotado modelo em que um gestor institucional do programa tinha a atribuição de coordenação das atividades dos diferentes comitês criados. A função do coordenador é destacada pelo autor como inspiração para a “iniciativa de se oferecerem serviços de administração para os *dispute boards* por parte de instituições arbitrais, o que vem sendo muito bem recebido pelo mercado”.

Em razão da limitação orçamentária das obras das estruturas temporárias dos jogos olímpicos de 2016, o comitê, inicialmente pensado para ser permanente, acabou se concretizando de forma *ad hoc*. No entanto, Silva Neto (2019, p. 90) destaca que a simples previsão do comitê serviu para estimular a solução de conflitos de forma negociada, ao invés

⁴¹ Não se pretende aprofundar a questão por que recaem diversas denúncias contra os ex-diretores da companhia, a maioria delas não relacionadas com a decisão da junta de conflitos, de modo que importa, para o presente estudo, apenas o fato de que a decisão adotada pela diretoria da empresa pública, com base em decisão da junta de conflitos, suscitou questionamento por parte de órgãos de controle. Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, identificou-se sete ações de improbidade administrativa em face dos ex-diretores da companhia, conforme processos a seguir relacionados, com escopos variados e não relacionados ao objeto deste estudo. Informações disponíveis em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/search.do?conversationId=&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.valorConsulta=Paulo+Vieira+de+Souza&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal>>. Acesso em 27/2/2022.

de acionar o comitê para a solução das controvérsias surgidas ao longo da execução dos contratos.

2.5 QUESTIONÁRIO SOBRE *DISPUTE BOARD* NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES APLICADO A SERVIDORES PÚBLICOS

Como parte da pesquisa, foi elaborado e aplicado questionário a servidores públicos que atuam com concessões. O questionário contém 11 perguntas, as quais foram submetidas a servidores do Ministério da Infraestrutura, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), além de servidores e profissionais que atuam na modelagem de Parcerias Público-Privadas em âmbito federal, estadual e municipal.

O questionário foi respondido por sete servidores públicos e pela autora deste estudo⁴², e a íntegra das respostas encontra-se no Apêndice 1⁴³.

O questionário foi organizado em perguntas de identificação e de opinião. Na parte de identificação foram perguntados: (P1) o nome e local de trabalho/lotação; (P2) assinale a sua área de formação profissional; (P3) assinale há quanto tempo atua no serviço público federal; e (P4) assinale a opção que melhor reflete a sua experiência acadêmica ou profissional com o *dispute board*.

Os dados de identificação demonstram que 100% dos entrevistados têm formação jurídica; 12,5% têm entre um e cinco anos de experiência no serviço público federal; 12,5% possuem entre cinco e dez anos; outros 12,5% tem entre dez e quinze anos; 25% detêm mais de quinze anos de atuação no serviço público federal; e 37,5% não são servidores públicos federais. Desses 37,5%, um é servidor público estadual, um é servidor público municipal e um é advogado.

Dentre os entrevistados, apenas um declarou não ter experiência com o *dispute board* e, dentre os demais, 62,5% já atuaram na modelagem de contrato de concessão de infraestrutura com previsão de *dispute board* e 25% atuam no assessoramento a gestores públicos e já analisaram questões relacionados ao mecanismo. Um entrevistado é pesquisador ou autor de livro ou artigo sobre o *dispute board*.

⁴² Como sugestão da banca de qualificação, a autora da pesquisa também respondeu ao questionário.

⁴³ Em atenção ao art. 7º a 11 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), foi perguntado aos entrevistados se estaria autorizado o uso dos dados pessoais fornecidos e, para aqueles que não autorizaram, o arquivo anexo está com as informações pessoais ocultas, como nome e local de trabalho do entrevistado.

As perguntas de opinião foram assim formuladas, seguindo a sequência de numeração: (P5) você considera que o *dispute board* pode ser um entrave para a gestão dos contratos administrativos?; (P6) você considera que o *dispute board* pode ser um mecanismo eficiente de solução de disputas em contratos administrativos de concessão de infraestrutura de transportes?; (P7) na sua opinião deve haver uma lei, regulamento ou previsão contratual que limite as matérias a serem submetidas ao *dispute board*?; (P8) assinale as matérias que podem ser submetidas ao *dispute board*, na sua opinião; (P9) na sua opinião, a adoção de decisões vinculantes pelo *dispute board* retira a supremacia do interesse público sobre o privado, na gestão do contrato administrativo?; (P10) na sua opinião, a adoção do comitê *ad hoc* (comitê constituído apenas quando instaurado o conflito) afeta ou pode afetar a eficiência do *dispute board* no contrato de concessão?; e (P11) você tem conhecimento se algum banco de investimento nacional ou internacional já apresentou alguma recomendação de adoção da cláusula de *dispute board* em contratos de concessão de infraestrutura no Brasil?

Embora as perguntas de opinião tenham mais relevância pelas respostas qualitativas do que pelas quantitativas, dado o baixo número de entrevistados, é de se registrar que 87,5% deles não consideram que o *dispute board* pode ser um entrave para a gestão dos contratos administrativos, sendo que a única pessoa que considerou a possibilidade de o mecanismo ser um entrave para a gestão dos contratos anotou comentário asseverando que “*muitos entes subnacionais não possuem estrutura preparada e capacitada para atuar no Dispute Board dos contratos e isso traz sérios desafios, o que, por vezes, traz dúvidas quanto sua previsão ou mesmo quanto sua utilização nos contratos administrativos*”.

Dáí se extrai que a opinião manifestada pelo entrevistado diz mais respeito à falta de preparo dos servidores dos estados e dos municípios para atuar com o mecanismo do que à eficiência propriamente dita dos comitês.

Tanto é assim que 100% dos entrevistados consideram que o *dispute board* pode ser um mecanismo eficiente de solução de disputas em contratos administrativos de concessão de infraestrutura de transportes.

Dentre os comentários livres à P6, foram apontadas a agilidade do método, ante a contemporaneidade da solução, ressaltando-se a composição por pessoas isentas e bem-preparadas. Chamou a atenção o destaque dado ao modo adjudicatório, indicado em mais de uma resposta como mais eficaz. Por todas, transcreve-se a seguinte opinião:

A eficiência dependerá muito da natureza de suas decisões (se migrarmos no Brasil para o DB adjudicatório acredito que será mais eficiente à administração pública, sob a ótica seja das nossas normas - civil law - seja de custos de transação) e da fase do

ciclo de vida contratual em que será utilizado (acredito que já prever de forma permanente para determinadas fases, como os primeiros anos, sobretudo em uma concessão greenfield, balanceia e atinge uma eficiência razoável, considerando, ainda, a discussão DB permanente x DB ad hoc).

No que diz respeito à necessidade de regulamentação do instituto por meio de lei, regulamento ou previsão contratual, 62,5% dos entrevistados entenderam que deve haver regulamentação e 37,5% entenderam que a regulamentação não seria necessária. Dentre os que responderam não para esta pergunta, dois entrevistados não registraram qualquer comentário e um afirmou que:

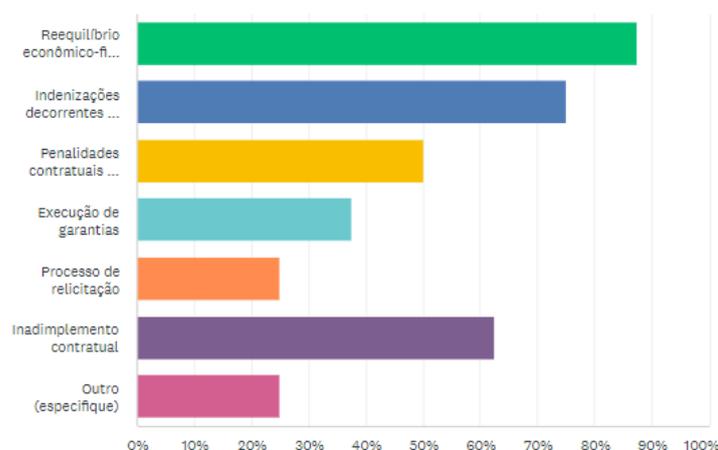
A lei/regulamento/contrato pode exemplificar, como o caso dos direitos patrimoniais disponíveis em arbitragem (Lei 13448/2017; Decreto 10.025/2019), mas limitar pode não ser uma boa prática no âmbito de parcerias que são caracterizadas por sua incompletude e ocorrência de casos que muitas vezes não podem ser previstos *a priori*.

Ou seja, embora afirme que não há necessidade de regulamentação do instituto, o entrevistado expressamente registrou seu entendimento de que pode haver um regulamento para tratar do assunto, desde que não haja limitação quanto às hipóteses de direito patrimonial disponível, dado que as hipóteses não podem ser previstas *a priori*.

Quanto às matérias que podem ser submetidas ao *dispute board*, o resultado da pesquisa pode ser representado pelo gráfico abaixo:

Assinale as matérias que podem ser submetidas ao *dispute board*, na sua opinião:

Responderam: 8 Ignoraram: 0



OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	
Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	87,50%	7
Indenizações decorrentes da extinção ou transferência dos contratos	75,00%	6
Penalidades contratuais e seu cálculo	50,00%	4
Execução de garantias	37,50%	3
Processo de relicitação	25,00%	2
Inadimplemento contratual	62,50%	5
Outro (especifique)	Respostas 25,00%	2
Total de respondentes: 8		

Fonte: Apêndice 1

No campo “outro”, foram indicados, além dos assuntos relacionados à pergunta, os seguintes temas: pedidos de alteração do contrato, em razão de variação do projeto e de fatos supervenientes, bem como acompanhamento de obras.

Quanto à opinião dos entrevistados relativamente à adoção de decisões vinculantes pelo *dispute board* – se ela retira a supremacia do interesse público sobre o privado, na gestão do contrato administrativo –, 12,5% responderam que sim e 87,5% responderam que não.

Quem respondeu sim à pergunta acima (P9) fundamentou a sua resposta da seguinte forma:

Entendo que a Administração Pública pode fundamentar suas decisões na opinião apresentada pelo board, no entanto, não me parece que ela possa abdicar de seu dever de decidir administrativamente em sentido contrário à decisão do *board*.

Dada a relevância do tema para a pesquisa e perspectivas de aplicação dos mecanismos de solução contratual de conflitos, transcreve-se todas as opiniões registradas pelos entrevistados que responderam “não” (87,5%) à pergunta P9:

Contratos de concessão são relacionais e a supremacia do interesse público deve ser entendida em diferente plano daquele costumeiramente emprestado aos contratos de contratações de bens e serviços. Não se trata de mitigar a importância da *ius imperii* em tais contratos, no entanto, em plano fático, a relação na exploração da atividade depende de cooperação e convergência de interesses, o *dispute board* deveria, ao meu entender, ser concebido a partir desse conceito.

Em contratos de concessão é usual termos competências legais do Poder Concedente e da Agência reguladora de forma expressa. Entendo que as atribuições do Poder Concedente são delegáveis em nível contratual, como uma contratação de verificador independente, por exemplo. Assim, desde que dentro de suas atribuições legais, poderá o PC prever a contratação de DB. Nesse sentido e para garantir os benefícios do instituto, entendo possível as decisões vinculantes. Muito importante avaliar o âmbito regulatório, pois, em que pese vinculante e obrigar as partes à sua execução, é possível que a decisão venha a ser discutida no âmbito da agência regulatória, a depender de suas competências.

A supremacia do interesse público se dá na escolha por essa alternativa, quando da modelagem contratual. De toda sorte, haja vista as controvérsias hoje existentes, para esse ponto entendo que uma norma mais geral (lei) pode auxiliar na elaboração de diretrizes nesse sentido.

As decisões vinculantes não retiram a supremacia do interesse público sobre o privado porque as matérias que podem ser objeto de deliberação pelo comitê são necessariamente matérias afetas a direitos patrimoniais indisponíveis. Ademais, em caso de discordância quanto à decisão do comitê, a questão poderá ser levada à apreciação judicial ou arbitral.

As respostas abordam diversos aspectos dos contratos firmados com a Administração, mas, em linha geral, apontam que a adoção de decisões vinculantes não retira a supremacia do interesse público sobre o privado porque restarão preservadas as competências dos gestores públicos, especialmente as relacionadas ao poder regulador e aquelas relativas aos interesses públicos indisponíveis, independentemente do caráter vinculante das decisões do comitê.

A pergunta P10 se relaciona ao comitê *ad hoc* e sua influência sobre a eficiência do *dispute board* no contrato de concessão. Dos entrevistados, 87,5% indicaram que o comitê *ad hoc* não afeta a eficiência do comitê, e 12,5% entenderam que pode afetar. Dentre os comentários dos entrevistados, destaca-se o seguinte:

No caso de concessões rodoviárias temos longos e pesados ciclos de investimento, muitas vezes mais de um ciclo. Por esse motivo, a contratação de DB para todo o contrato pode se tornar economicamente inviável pelo seu custo. O DB ad-hoc é uma solução que tenta buscar tal eficiência sem comprometer o contrato em demasia. Outra solução para amenizar custos é a eleição de obras específicas ou ciclos específicos da concessão, com objetos mais sensíveis e prazos menores.

Quanto à última pergunta de opinião, verifica-se que 75% dos entrevistados indicaram não ter conhecimento se algum banco de investimento nacional ou internacional já apresentou alguma recomendação de adoção da cláusula de *dispute board* em contratos de concessão de infraestrutura, e apenas 2 entrevistados (25%) informaram ter conhecimento – um deles citando o caso do metrô de São Paulo, já referido neste estudo, enquanto o outro informou que “*em realização de rodadas de conversas com investidores internacionais, em diversas oportunidades, o dispute board foi colocado como sugestão de melhoria dos contratos de concessão de infraestrutura*”.

3 APLICAÇÃO DO *DISPUTE BOARD* NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE: OPORTUNIDADES, RISCOS E PERSPECTIVAS

Será avaliada a aplicação do *dispute board* nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes em âmbito federal, realizando-se o levantamento de dados de contratos de infraestrutura de transportes que adotam a cláusula e avaliando-se as oportunidades, riscos e perspectivas, a partir da pesquisa empreendida.

Pretende-se fazer uma avaliação qualitativa dos questionários respondidos pelos entrevistados conforme registro no segundo capítulo, bem como revisão de jurisprudência e conclusões a partir do estudo de caso empreendido, respondendo-se, ao final, às perguntas de pesquisa propostas: (i) o *dispute board* é um mecanismo eficiente de solução de conflitos em contratos de infraestrutura de transportes?; e (ii) o arcabouço jurídico normativo vigente garante segurança jurídica na utilização do *dispute board* em contratos de infraestrutura firmados pelo governo federal?

3.1 *DISPUTE BOARD* EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTE EM ÂMBITO FEDERAL

3.1.1 Cláusula padrão proposta pelo Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura

Como já visto, nos contratos em que a Administração Pública figurar como parte, não será qualquer matéria que poderá ser submetida ao *dispute board*, mas apenas e tão somente os bens e direitos disponíveis da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Também já se verificou que há amparo legal para a previsão do mecanismo de solução de conflitos em contratos firmados pela Administração.

Como destacado por Oliveira e Carvalho (2022, p. 27-28), o Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal (PPI) realizou, no segundo semestre de 2019, *workshop* e consulta pública com o objetivo de colher contribuições para a edição de resolução que tem por objetivo aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa.

Embora não tenha sido publicada resolução para a adoção da cláusula padrão, a questão foi amplamente debatida, com participação de diversos órgãos da Administração Pública

Federal direta e indireta⁴⁴, tendo sido emitida Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI sobre o assunto – que assim destaca as principais vantagens e desvantagens de cada modelo (BRASIL, 2019-b, p. 16):

92. O comitê permanente é instituído desde o início do contrato ou durante a fase contratual crítica para o surgimento de potenciais conflitos. Aponta-se como vantagem do modelo de comitê permanente o seu conhecimento a respeito da execução do contrato com maior propriedade e *ex ante* ao surgimento do conflito, conferindo-lhe condições para proferir recomendações e decisões mais adequadas e céleres. Por consequência, este acompanhamento *pari passu* do comitê tende a induzir condutas mais cooperativas pelas partes, evitando a potencialização dos conflitos e a submissão de pleitos ao comitê e resolvendo as divergências entre elas de forma espontânea. Por outro lado, a existência perene do comitê representará para as partes maiores custos na sua manutenção.

93. Já o comitê *ad hoc* é instituído quando já instaurada a divergência. Só então os especialistas indicados como membro do colegiado tomarão conhecimento dos fatos, de modo que sua decisão tende a ser menos informada, embora seja menos dispendiosa esta modalidade em relação ao comitê permanente.

Conforme destacado por Oliveira e Carvalho (2022, p. 28), a minuta de resolução que resultou da consulta pública⁴⁵ busca incentivar a adoção do *dispute board* para solucionar controvérsias, “numa perspectiva de sistema multi-portas de resolução de disputas, sem caráter obrigatório, com contornos de *soft law*, a recomendar a adoção das cláusulas sugeridas”.

O anexo II da minuta de resolução deixa a cargo do poder concedente a previsão de comitê permanente ou *ad hoc*. O comitê *ad hoc*, além de constituir medida que permite a redução de custos, pode ser compatível com as concessões de serviço público que ocupam grande parte da carteira de projetos do Programa de Parcerias de Investimentos da União.

Isso porque os contratos de concessão de serviços públicos contêm diferentes fases ou etapas, conjugando obrigações de realizar investimentos com o dever de prestar o serviço público em si.

Da mesma forma, as Parcerias Público-Privadas (PPP) pressupõem contratos de longo prazo, com investimentos elevados e obrigação do parceiro privado de prestar o serviço público ou manter a infraestrutura concedida, de modo que o contrato administrativo dela decorrente

⁴⁴ A minuta foi analisada pelos seguintes órgãos: Advocacia Geral da União e suas câmaras de mediação e arbitragem, pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Transportes Terrestres, Ministério de Minas e Energia, Câmara de Comércio Internacional, Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial, Agência Nacional de Aviação Civil, além de servidores dos ministérios da Economia, Infraestrutura, Transparência e Controladoria-Geral da União e advogados e especialistas que atuam na área.

⁴⁵ Os seguintes especialistas participaram do *workshop* e expuseram experiências com a utilização do mecanismo em contratos no Brasil e no mundo: Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa, Luis Otávio Rosa, Maurício Brun Bucker e Fernando Marcondes.

estará sujeito a diferentes etapas, justificando-se a adoção do comitê *ad hoc* em especial na etapa de prestação do serviço público.

Assim, entende-se que nos contratos de concessão ou de PPP, pode ser prevista a adoção do comitê de modo permanente na fase de implementação dos investimentos e das obras de infraestrutura e do comitê *ad hoc* na etapa seguinte, de prestação do serviço público de modo continuado, em razão das incertezas e da maior possibilidade de surgimento de conflitos em uma ou outra etapa da execução contratual.

Da mesma forma como as leis municipais analisadas no segundo capítulo, a minuta de resolução proposta pelo PPI estabelece a faculdade do órgão público de adotar comitê adjudicatório, recomendatório ou misto, em razão de critérios de conveniência do gestor público responsável pela modelagem da concessão, conforme características do empreendimento licitado.

Como apontado por Oliveira e Carvalho (2022, p. 29), o modelo adjudicatório implica redução do custo decisório, retirando o caráter autoexecutável dos atos da Administração, mas nada impede que nas hipóteses em que o ente público não esteja de acordo com a decisão do comitê, a questão seja submetida ao judiciário ou à arbitragem, enquanto na forma recomendatória mantém-se o poder decisório da Administração, o que é visto pelo PPI como uma vantagem frente ao outro modelo.

A minuta estabelece as matérias que poderão ser submetidas ao comitê:

1.6. São passíveis de serem submetidas ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, ainda que exijam interpretação do Contrato, nas seguintes matérias:

- (a) equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- (b) execução de serviços e obras e sua adequação aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo Contrato; e
- (c) avaliação de ativos e de indenizações.

1.6.1. Não são passíveis de submissão ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências não previstas na subcláusula 1.6, e toda matéria afeta à prerrogativa de definição da política pública.

Sobre o assunto, importa o registro de que a concessão de serviços públicos pressupõe a ação do Estado regulador, de modo que as obrigações do contratado estarão previstas não apenas nos contratos, advindo também de regulamentos baixados pelas agências reguladoras, como destacado por Aragão (2013, p. 429):

Aderimos à corrente que sustenta ser a concessão de serviço público um contrato de direito administrativo, com a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem

do instrumento de contrato. Determinadas disposições atinentes ao serviço público a ser prestado pelo concessionário podem constar de leis ou regulamentos já editados ou a serem editados no futuro. Porém, a submissão inicial a esse estatuto dinâmico do serviço se dá com o assentimento de ambas as partes e tem a sua expressão econômica – o equilíbrio econômico-financeiro – imodificável.

Ainda que as partes tenham acordado se submeter à variação da regulação da atividade, algumas alterações do contexto normativo e regulatório podem ensejar a necessidade de reestabelecimento do equilíbrio do contrato, quando mudanças supervenientes e de impactos econômicos que onerem de forma excessiva o contratado ocorrem, respeitada a matriz de risco do contrato.

Veja-se que, embora a definição da política e, portanto, das questões afetas ao mérito da regulação baixada pelo Estado não estejam sujeitas à deliberação do comitê, preservando a atividade estatal típica, os efeitos econômicos de alterações regulatórias sobre o contrato – que onerem de forma excessiva – estarão sim sujeitos à análise pelo comitê.

Por evidente, está presente a preocupação de preservar as prerrogativas do Estado na relação contratual, a exemplo das questões relativas ao interesse público, direito indisponível que não poderá ser objeto de análise pelo comitê, como previsto inclusive pela Lei nº 13.129 (Brasil, 2015) – a qual, ao permitir a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública por meio da arbitragem, restringe as hipóteses de solução por método extrajudicial às hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis, a revelar a especial proteção legal conferida ao interesse público, como já visto neste estudo.

3.1.2 Modelos de cláusula de *dispute board* nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116/101/SP/RJ

Os editais nº 1/2021, 2/2021 e 3/2021, publicados pela ANTT, cujo objeto é a concessão, respectivamente, das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116-101/SP/RJ (BRASIL, 2021), previram a utilização do *dispute board* nos contratos deles decorrentes. Os modelos de contratos utilizados nas três concessões promovidas são idênticos, no que diz respeito à cláusula de *dispute board*, de modo que o documento será referenciado neste estudo apenas como “contrato”.

Seguindo a diretriz do PPI, conforme visto no tópico precedente, está prevista a instauração do comitê *ad hoc*, constituído, portanto, somente no momento em que o conflito for suscitado pelas partes. O comitê terá poderes apenas de recomendação e caráter facultativo para as partes, podendo ser formado tanto por iniciativa do poder concedente quanto da concessionária.

O contrato trata da resolução de controvérsias em sua cláusula 41, admitindo os seguintes mecanismos para resolver divergência na aplicação das normas contratuais que envolvam direito patrimonial disponível: (i) autocomposição de conflitos; (ii) arbitragem; e (iii) comitê de resolução de conflitos (*dispute board*).

O contrato admite que a “autocomposição de conflitos também poderá versar sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, como expresso em sua subcláusula 41.1.2. (BRASIL, 2021).

O assunto foi tratado no tópico em que foram analisadas as leis dos municípios de São Paulo e Belo Horizonte, e discorreu-se sobre o conceito e critérios adotados pela doutrina para definir se determinado direito da Administração é considerado disponível ou, ainda que indisponível, seja passível de transação.

Destacou-se naquele tópico que, embora o interesse público tenha tutela especial no âmbito do direito administrativo, existem direitos subjetivos da Administração passíveis de transação, como forma de garantir o interesse público – posição essa amparada tanto por precedente do STF quanto pela doutrina.

Veja-se que embora o dispositivo do contrato comum a todos os mecanismos de solução de controvérsias indique a possibilidade de sua adoção para resolver questões afetas a direitos patrimoniais disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, ao tratar especificamente do *dispute board*, o contrato expressamente prevê que o comitê somente poderá se posicionar sobre questões de “natureza eminentemente técnica, diante de situações concretas excepcionais e complexas” (BRASIL, 2021).

Oliveira e Carvalho (2022, p. 30) destacam que embora seja “louvável a adoção da cláusula do *dispute board* no contrato de concessão de rodovias, a proposta ainda é tímida, dada a excepcionalidade da convocação do comitê e a subjetividade da sua hipótese de cabimento”.

Neste ponto, a minuta de contrato diverge, portanto, do que foi proposto no âmbito do PPI, após *workshop* sobre o tema, eis que não foram especificadas as matérias que estarão sujeitas à análise e emissão de recomendação pelo comitê e restringiu-se a sua adoção a hipóteses excepcionais, complexas e de natureza técnica. Sobre o assunto, Oliveira e Carvalho (2022, p. 31) anotam que a adoção do comitê é “medida tão excepcional que corre o risco de perder a sua efetividade na solução de conflitos”.

Ademais, a minuta condiciona a efetiva instauração do *dispute board* à regulamentação do mecanismo pela ANTT, por expressa determinação do Tribunal de Contas da União (TCU) nesse sentido, conforme será verificado no tópico seguinte deste estudo.

Conquanto não tenha sido ainda editada a regulação da Agência sobre o comitê de resolução de controvérsias, a Resolução nº 5.845 (BRASIL, 2019-c) dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT e especifica, em seu art. 2º, o que se entende por direitos patrimoniais disponíveis:

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

III - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias⁴⁶;

IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e

V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.

Quanto ao procedimento do *dispute board*, é de se anotar que não apenas ele já poderia ter sido fixado no próprio contrato como também poder-se-ia ter indicado a possibilidade de se aderir ao procedimento de instituição especializada, como previsto nas leis municipais analisadas neste estudo.

A proposta de resolução pode, portanto, igualmente regulamentar procedimento próprio ou indicar a adesão a procedimento de instituição especializada.

No que diz respeito ao caráter recomendatório do comitê, o contrato registra expressamente que a recomendação deverá “prover subsídios para a tomada de decisão da ANTT” (BRASIL, 2021).

Oliveira e Carvalho (2022, p. 32) apontam que “a previsão revela o intuito do poder concedente de resguardar sua prerrogativa de supremacia na relação contratual, o que igualmente pode acabar por retirar a eficácia do instituto”.

Como mecanismo de solução de controvérsias que é, não se trata de dispositivo contratual que acrescente uma instância de instrução do processo administrativo. Certo que a agência já conta com áreas técnicas plenamente capazes de instruir o processo administrativo para uma tomada de decisão segura quanto ao cabimento ou não de pleitos do concessionário.

⁴⁶ O TCU recomenda que esta matéria não seja objeto de deliberação pelo juízo arbitral nem esteja relacionada entre os direitos patrimoniais disponíveis, conforme Acórdão 3136/2021 (BRASIL, 2021-e). O assunto será tratado em tópico específico deste estudo.

O diferencial do comitê é a segurança jurídica decorrente de solução adotada no caso concreto, atrelada à celeridade e à eficiência das recomendações apresentadas por comitê imparcial e técnico, que apreciará a questão sob a ótica da continuidade do contrato com a solução de controvérsias decorrentes de lacuna no instrumento ou decorrentes de fato extraordinário, não previsto inicialmente.

Importante o registro de que os editais e contratos de concessão das três rodovias foram previamente analisados pelo Tribunal de Contas da União, o qual emitiu pronunciamentos que serão analisados no tópico seguinte.

3.1.3 Acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre as concessões de rodovias: perspectivas e limitações

O Tribunal de Contas da União apreciou os editais e contratos de concessão das rodovias BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116/101/SP/RJ, por meio dos Acórdãos 4036 (BRASIL, 2020-a), 4037 (BRASIL, 2020-b) e 1766 (BRASIL, 2021-e), respectivamente.

Quando da análise dos editais e contratos de concessão pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a unidade técnica do Tribunal recomendou a exclusão da cláusula do *dispute board* dos contratos apreciados (BRASIL, 2020-a e 2020-b), assim se manifestando sobre o assunto:

849. Por fim destaca-se a inadequação das previsões relativas ao relator independente e à resolução de controvérsia por meio do *dispute board*.

850. Ao invés de a ANTT se estruturar para promover a avaliação independente dos parâmetros de desempenho, única medida capaz de garantir uma fiscalização efetiva dos contratos de concessão de rodovias, a ANTT delegará essa atividade a um terceiro remunerado e pago pela concessionária, com poderes ampliados em relação à sistemática dos relatórios de monitoração.

851. Destaca-se que o relator dito independente, ainda que encontre pendências na fase de trabalhos iniciais (ou nas demais fases previstas no contrato), dificilmente terá condições de reportar tais óbices à ANTT e de se manifestar contrariamente ao início da cobrança de pedágio (ou aumento de tarifa), uma vez que isso acarretaria uma perda de arrecadação de grande monta à sua contratante, o que colocaria em risco a própria continuidade de sua prestação de serviços.

852. Qualquer atitude da Administração contrária ao parecer do relator dito independente, de acordo com a minuta de contrato, deverá suscitar um processo de arbitragem no qual a concessionária se utilizará do parecer de sua contratada (a qual deterá o domínio das informações acerca da execução contratual) para fazer prevalecer seus interesses em detrimento dos interesses dos usuários.

853. Entende-se, também, que a contratação de relator independente é medida que não se amolda ao permissivo legal existente (art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; art. 25, § 2º e art. 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995; art. 26, inciso VII, da Lei 10.233/2001), não atende ao princípio da eficiência (art. 37, da CF/88), usurpa competências da Agência (art. 24, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001) e vai de

encontro ao disposto da Portaria ANTT 127/2019 e ao teor do plano da ação da SUINF de "não depender de informações produzidas pelas concessionárias".

854. Ademais, a dependência de informações produzidas pelas concessionárias já se mostrou ruínoza aos interesses dos usuários das rodovias federais concedidas consubstanciado na prestação de serviço adequado (art. 6º, da Lei 8.987/1995) e que concorreu para que a ANTT deixasse de exercer, de forma efetiva, suas incumbências legais atinentes à fiscalização dos contratos de concessão ao longo de quase duas décadas (art. 24, inciso VIII, da Lei 10.233/2001).

855. Na mesma linha, a previsão de *dispute board* pode macular toda a execução contratual, visto que a ausência de regulamentação pela ANTT de um mecanismo previsto no contrato (que se refere a um direito da contratada) incorre no risco de se gerar um pretexto para a não realizações de obrigações por parte da Concessionária bem como questionamentos judiciais ou arbitrais como já ocorrido em situações passadas (não regulamentação da revisão quinquenal) . Tem se, também, que a própria Procuradoria se manifestou pela necessidade de regulamentação para que a mesma fosse colocada em prática.

856. Destaca-se, por fim, que o instrumento pode não apresentar a agilidade requerida, uma vez que o comitê será instituído de forma *ad hoc*, ou seja, somente quando houver problema (situação concreta excepcional e complexa) é que serão recrutados os membros do referido comitê.

857. Dada a complexidade da gestão das questões relativas a concessão (várias obrigações principais e acessórias que se conectam) , esse instrumento pode vir a atrasar a solução de um problema, uma vez que os membros gastariam tempo considerável até entender todo o cenário que a questão apresentada se encontra.

858. Dessa forma, foi proposto que a solução de controvérsia utilizando-se o *dispute board* fosse retirada contrato.

Após o pronunciamento da unidade técnica, no entanto, foram prestados esclarecimentos pela ANTT nos autos do processo, os quais foram acatados pelos Ministros da Corte de Contas, admitindo-se o comitê de resolução de disputas nos três contratos analisados.

A solução acolhida pelos Ministros adveio enquanto proposta da Procuradoria da Agência de que a efetiva instauração do comitê estaria condicionada à previa regulamentação do instituto pela Agência, tendo sido ponderado o fato de existir regulamentação no âmbito da agência sobre outros mecanismos de solução de controvérsias, conforme a Resolução 5.845 (Brasil, 2019-c), que reflete a maturidade da ANTT na condução do assunto.

Os Ministros da Corte de Contas entendem ser cabível a incorporação de mecanismos privados de resolução de controvérsias reconhecidos internacionalmente e aprovam a cláusula do *dispute board* nos contratos de concessão, condicionando a implementação do comitê à regulamentação do assunto pelo poder concedente, acatando a sugestão da própria procuradoria. Ficou ainda registrado que eventual omissão da autarquia em editar a regulamentação do assunto não criará quaisquer direitos subjetivos à concessionária, em observância ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987 (BRASIL, 1995).

Oliveira e Carvalho (2022, p. 33-34) assim se pronunciam sobre as decisões do Tribunal de Contas:

Extrai-se da decisão do TCU que, se por um lado reconhece o Tribunal o amparo legal para a adoção do instituto, por outro mantém-se a cautela de somente permitir a sua adoção mediante a regulamentação interna do assunto pela agência, ainda que tenha restado reconhecida a preexistência de normas que regulamentam a autocomposição e a arbitragem pela própria ANTT, em aparente contradição.

Além disso, as Câmaras de Arbitragem nacionais e internacionais já regulamentaram o instituto, a exemplo dos regulamentos do CCBC (Brasil, 2018) e da CAMARB (Brasil, 2017), de modo que bastaria a eleição de um desses órgãos para conduzir a instituição do comitê para que fosse suprida tal lacuna.

Nota-se ainda a falta de compreensão do mecanismo pela unidade técnica do Tribunal, que enxergou no dispositivo a possibilidade de entraves e atrasos no empreendimento, embora as experiências internacionais apontem justamente para a maior celeridade das soluções apresentadas pelo comitê, ante a contemporaneidade da sua atuação.

Ainda que tenha sido prevista a constituição *ad hoc* do comitê, que a nosso ver não é a melhor solução⁴⁷, por se perder a oportunidade de os seus membros acompanharem toda a execução do empreendimento, prevendo controvérsias e soluções adequadas, entende-se que ainda assim o comitê terá melhores condições de apresentar soluções rápidas e apropriadas, ante a contemporaneidade de sua constituição, o tempo reduzido de atuação e a natureza técnica e multidisciplinar da equipe de especialistas. Ademais, o pronunciamento da equipe de especialistas constitui prova para procedimentos arbitrais e judiciais posteriores, de modo que a não adoção da recomendação por qualquer das partes, poderá ensejar o questionamento posterior no foro adequado, auxiliando o a recomendação adotada na formação do convencimento do árbitro ou juiz.

Desse modo, entende-se que a não adoção da recomendação do comitê pelas partes precisará ser bem motivada e documentada, como forma de se buscar um pronunciamento judicial ou arbitral favorável em momento posterior, caso venha a ser questionada pela parte que se sentir prejudicada.

Conclui-se, portanto, que embora o mecanismo tenha se comprovado como método adequado e eficiente para a solução de controvérsias em contratos de longo prazo e alta complexidade em inúmeros empreendimentos no mundo, no Brasil, ele encontra ainda algumas limitações quando se trata de obra ou empreendimentos públicos, especialmente ante a posição de supremacia do Poder Público na relação contratual e na falta de compreensão dos órgãos de controle quanto à sua eficácia.

De fato, extrai-se do julgamento do Tribunal de Contas que o assunto ainda carece de mais debate e amadurecimento institucional no país, para que possa se extrair do *dispute board* os benefícios e ganhos de eficiência que se verifica nas experiências internacionais com o instituto. O assunto será mais bem detalhado nos tópicos seguintes.

3.2 OPORTUNIDADES

⁴⁷ Nesse ponto, cabe a ressalva de que em contratos de concessão ou de PPP, pode ser prevista a adoção do comitê de modo permanente na fase de implementação dos investimentos e das obras de infraestrutura e do comitê *ad hoc* na etapa seguinte, de prestação do serviço público de modo continuado, em razão das incertezas e da maior possibilidade de surgimento de conflitos em uma ou outra etapa da execução contratual, conforme registrado nas linhas precedentes deste estudo.

O objetivo maior do *dispute board* – ao prevenir e solucionar controvérsias no âmbito do contrato – é de garantir o adimplemento do contrato, com a efetiva entrega do objeto. Desse modo, nos contratos de obra, em que o cumprimento do cronograma é essencial para a definição dos custos e do próprio equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, também, para o atingimento da finalidade do contrato, é essencial que se assegure o seu cumprimento.

Silva e Pessoa (2021, p. 425) destacam que o objetivo dos comitês de adjudicação é a continuidade da obra:

É preciso sedimentar uma informação essencial sobre os DABs, talvez a mais importante de todas, sobre essa temática. A função primária dos DABs não é a proteção de uma parte ou outra, mas sim a proteção do andamento das obras, o que, em última análise, é o desejo efetivo das partes envolvidas. É em função do bom andamento das obras que se justifica primariamente a existência dos DABs.

Os *Dispute Boards* são uma ferramenta de estabilização da relação contratual, sobretudo em situações de grande complexidade, em que existe uma clara tendência a comportamentos adversariais, nos quais há grandes chances de o projeto acabar sendo deixado em segundo plano pelas próprias partes, em prejuízo da sua execução. Nessas hipóteses, os *Dispute Boards* acabam funcionando como uma espécie de válvula de descompressão do projeto, permitindo que as partes voltem seu foco ao que realmente importa, ou seja, ao andamento do projeto.

O instituto do Dispute Board foi desenvolvido com um objetivo claro: garantir o bom funcionamento do contrato. Sua principal finalidade, portanto, é a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes para permitir a execução completa do contrato nos prazos previstos.

Conforme levantamento feito pelo Tribunal de Contas da União⁴⁸, em 2018 havia mais de 38 mil contratos financiados com recursos da União com obras paralisadas. Mesmo considerando as dimensões continentais do país, é um número extremamente elevado, de modo que é urgente a adoção de medidas para evitar o abandono ou suspensão de projetos essenciais para o país.

Conquanto não se possa afirmar que o *dispute board* evitará a paralisação de empreendimentos em todas as situações, ante a multiplicidade de causas que ensejam a interrupção dos contratos, pode-se apontar o mecanismo como uma das alternativas para reduzir esses números.

Como visto, a doutrina relata inúmeros casos de sucesso no Brasil e no mundo com a adoção do *dispute board*, eis que torna possível a continuidade do empreendimento mesmo quando pendente alguma controvérsia sobre determinado ponto do contrato.

⁴⁸ Informação disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/informacoes-sobre-obras-paralisadas-estao-incompletas-alerta-tcu.htm#:~:text=O%20DNIT%20reduziu%20em%204,14%20mil%20delas%20estavam%20paralisadas>>. Acesso em 28/2/2022.

Lado outro, experiências menos exitosas do *dispute board*, como o caso do “*The Big Dig*”, permitem com que lições sejam aprendidas no momento da eleição dos procedimentos utilizados pelo comitê, de modo que se crie uma cultura de efetiva confiança nos seus membros, como forma de se extrair do mecanismo as melhores práticas para evitar conflitos não resolvidos entre as partes e, em último caso, até mesmo a paralisação dos investimentos e das obras de infraestrutura necessárias ao crescimento do país.

Dessarte, partir da pesquisa empreendida, pode-se concluir que o *dispute board* é um mecanismo eficiente para se evitar conflitos e, mais ainda, para permitir a conclusão dos empreendimentos, conforme inúmeros casos relatados nesse estudo.

Sem pretender esgotar o assunto, registra-se algumas oportunidades de adoção do mecanismo em projetos de concessão de infraestrutura de transportes.

3.2.1 Concessões aeroportuárias e ferroviárias

A primeira concessão de aeroportos promovida pela União é datada de novembro de 2011, referente ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN), e a mais recente delas ocorreu em abril de 2021, na assim chamada sexta rodada de concessões aeroportuárias⁴⁹. O governo federal planeja, ainda, promover a concessão de outros aeroportos, tendo realizado, em novembro de 2021, consulta pública sobre a sétima rodada de concessão de aeroportos.

Nos dez anos de concessões aeroportuárias houve mudanças significativas na modelagem adotada nos projetos a cargo da União. Os primeiros aeroportos concedidos contaram com a participação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) como sócia das concessionárias, com 49% do capital da concessão. A partir da quarta rodada de concessões, a Infraero deixou de integrar a Sociedade de Propósitos Específicos responsável pela administração dos aeroportos concedidos⁵⁰, e a partir da quinta rodada, os aeroportos passaram a ser concedidos em blocos ou lotes, com mais de um aeroporto em cada um deles.

O fato é que a modelagem das concessões aeroportuárias avançou significativamente ao longo de dez anos do programa, a partir de estudos e projetos preliminares que indicaram as necessidades de mudanças nos modelos adotados pelo Governo Federal.

⁴⁹ Informações disponíveis em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>>. Acesso em 28/2/2022.

⁵⁰ Informação disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/arquivos/justificativa.pdf>>. Acesso em 28/2/2022.

No entanto, verifica-se que os editais e contratos das concessões de aeroportos não preveem a adoção do *dispute board* como mecanismo contratual de solução de controvérsias, o que, tampouco, não foi cogitado na sétima rodada.

Considerando que em todas as concessões aeroportuárias há previsão de uma fase com investimentos para a ampliação e modernização da infraestrutura disponível, para aumento da capacidade de movimentação de passageiros nos aeroportos, com cronogramas de implantação bem definidos no contrato, entende-se que seria oportuna a adoção de cláusula para tratar da instituição de *dispute board* no âmbito dos contratos de concessão.

Ademais, alguns dos maiores aeroportos do país estão com projetos em andamento para a devolução da concessão a pedido do concessionário⁵¹, a indicar que controvérsias surgiram ao longo da execução do contrato e tornaram impossível a execução do instrumento na forma prevista.

Embora grande parte dos aeroportos brasileiros antes administrados por empresa pública federal já tenha sido concedida à administração de empresas privadas, tem-se que mesmo aqueles que não estão em processo de relicitação – isto é, a maioria deles – podem ter seu contrato aditado para que se passe a prever a possibilidade de constituição de comitê de resolução de disputas.

A possibilidade de adoção da cláusula de *dispute board* nos contratos que serão relicitados está expressa na Lei nº 13.448 (BRASIL, 2017), a qual condiciona a relicitação do contrato de parceria à celebração de termo aditivo com o atual contratado – para, entre outros, estabelecer compromisso arbitral com previsão de submissão –, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, ou de questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, conforme exposto no inciso III do seu art. 15.

Ademais, o artigo 153 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d) igualmente prevê a possibilidade de se aditar os contratos vigentes para que sejam adotados os meios alternativos de resolução de controvérsias nos contratos vigentes, de modo que a alteração dos contratos de concessão para prever o *dispute board* pode ser uma oportunidade de se prevenir litígios entre o poder concedente e o concessionário.

Importante anotar, ainda, que os aeroportos foram altamente impactados pela pandemia do coronavírus desde 2020, ano em que a movimentação dos aeroportos chegou a ser reduzida

⁵¹ A título de exemplo, cita-se o aeroporto de Viracopos, conforme informação disponível em: < <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/relicitacao-do-aeroporto-de-viracopos>>. Acesso em 27/02/2022.

em cerca de 90% em alguns períodos, inclusive com a definição de malha aérea essencial pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), a reconhecer o impacto da pandemia na atividade⁵².

Assim, seja de forma a permitir a solução de controvérsias decorrentes de investimentos, seja para tratar de controvérsias sobre direito patrimonial disponível, como o reequilíbrio de contratos, tem-se que é possível o aditamento dos contratos das concessões vigentes para permitir a adoção da cláusula de *dispute board*.

No que diz respeito ao novo marco de ferrovias, instituído pela Lei nº 14.271 (BRASIL, 2021-e), verifica-se que a exploração das ferrovias poderá se dar mediante a outorga de autorização (para ferrovias em regime privado) ou de concessão (em regime público), na forma do art. 8º da mencionada lei.

Embora a lei que estabelece o marco ferroviário não trate expressamente da possibilidade de se instituir o *dispute board*, referindo-se apenas à arbitragem privada, não se vislumbra qualquer impedimento à adoção do mecanismo, a exemplo do que ocorre com as concessões de rodovias, seja por expressa disposição da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), seja em razão do disposto no art. 23-A da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995).

3.2.2 Direito projetado

Como visto no segundo capítulo deste estudo, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a rigor não contêm matéria típica de lei ordinária, podendo a instituição do *dispute board* em contratos administrativos ser regulamentada por meio de Decreto regulamentador da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), que expressamente prevê o comitê de resolução de disputas entre os meios de prevenção e solução de controvérsias nos contratos administrativos.

Não obstante, dada a controvérsia que recai sobre a decadência convencional em que seja parte a Administração Pública, mesmo que se defenda a inexistência de óbices a que seja convencionalizado prazo para o exercício de determinado direito no procedimento próprio do *dispute board*, como exposto no primeiro capítulo, tem-se que a disposição da matéria em lei ordinária reduziria os riscos decorrentes do reconhecimento da legalidade do prazo decadencial, ante o princípio da legalidade, trazendo mais efetividade para a atuação do *dispute board*.

Também como visto no segundo capítulo, a partir do estudo de caso do metrô de São Paulo, embora, ao fim e ao cabo, tenha prevalecido a decisão adotada pelo comitê na fase 1 da

⁵² Informação disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/newsletter/ANAC_Informa_MARCO_2020.pdf>. Acesso em 27/02/2022.

linha 4 (amarela), foi longo o caminho até se efetivar a decisão da junta de litígios. Veja-se que embora o juízo da 13ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo (SÃO PAULO, 2010) tenha extinguido o processo sem apreciação do mérito, dedicou o juiz sentenciante grande parte da fundamentação para adentrar ao mérito da questão, trazendo uma série de considerações sobre a autonomia da vontade das partes, concluindo que “*a autonomia de vontade não é uma característica própria da Administração Pública*”.

Os servidores públicos que responderam ao questionário apresentado no segundo capítulo igualmente manifestaram preocupação quanto ao ponto. Dentre as opiniões manifestadas, destaca-se a seguinte (APÊNDICE 1, p. 4), apontando que não poderá o comitê afastar o poder decisório do gestor público:

Entendo que a Administração Pública pode fundamentar suas decisões na opinião apresentada pelo board, no entanto, não me parece que ela possa abdicar de seu dever de decidir administrativamente em sentido contrário à decisão do board.

Portanto, com a finalidade de garantir maior segurança jurídica e efetividade às decisões do comitê, entende-se oportuna a previsão em lei de prazo decadencial para que as partes manifestem a sua concordância ou discordância quanto à decisão ou recomendação do comitê. Nesse ponto, é de se destacar que o PL 206/2018 (BRASIL, 2018-a) não trata do assunto, enquanto o PL 9883/2018 (BRASIL, 2018-b) dispõe expressamente sobre o prazo decadencial para que a Administração manifeste sua discordância quanto à recomendação adotada pelo comitê, como expresso em seu art. 9º.

Importante também que as modalidades – revisora, adjudicatória ou mista – contem com previsão em lei, como forma de garantir a legitimidade da decisão vinculante adotada pelo comitê, expurgando-se a insegurança jurídica decorrente da suposta falta de legitimidade da decisão que não é adotada pela Administração, mas sim por membros do comitê.

3.3 RISCOS

3.3.1 Mecanismo visto como um entrave pelos órgãos de controle. A questão da autoexecutoriedade das decisões da Administração

Dentre os riscos para a adoção do *dispute board* como mecanismo adequado de solução de conflito em contratos administrativos, aponta-se a questão da autoexecutoriedade das decisões da Administração. Explica-se: mais de uma manifestação de órgãos de controle e do

próprio judiciário indagam a questão relativa ao poder decisório do gestor público frente à recomendação ou decisão adotada pelo comitê.

No Acórdão nº 4036/2020 do TCU (BRASIL, 2020-a), embora tenha se admitido ao fim a adoção do *dispute board* no instrumento analisado pela Corte de Contas, o mecanismo foi considerado um entrave, mais uma etapa burocrática a ser cumprida, conforme assentou a equipe técnica do Tribunal:

.....
468. A situação se agrava quando se considera as diversas etapas para se ter uma decisão final de mérito (processo administrativo, recursos, *dispute board*). Sendo essa decisão ainda questionada na autocomposição, arbitragem ou judicializações. Nesse sentido, vislumbra-se que todos esses mecanismos serão acionados pela concessionária para se discutir se cada inexecução seria ou não atribuível ao poder concedente e dessa forma afastar a caducidade no caso concreto. Dessa forma, este critério não garantirá uma resposta eficiente da Agência reguladora para que a mesma tome providências no sentido de decretar caducidade.

Conforme se extrai das experiências estrangeiras exitosas e das manifestações doutrinárias sobre o caso, o que se espera do comitê de resolução de conflitos é o contrário: ao invés de ser um entrave, o comitê deve ser um facilitador para a solução da disputa, sem que isso represente qualquer violação às prerrogativas da Administração.

Sobre o assunto, colhe-se da pesquisa apresentada no segundo capítulo (APÊNDICE 1, p. 15) uma importante manifestação sobre o tema, asseverando se as prerrogativas da Administração continuarão presentes apenas em fase diferente do processo administrativo:

A supremacia do interesse público se dá na escolha por essa alternativa, quando da modelagem contratual. De toda sorte, haja vista as controvérsias hoje existentes, para esse ponto entendo que uma norma mais geral (lei) pode auxiliar na elaboração de diretrizes nesse sentido.

Considerar o comitê um entrave significa colocá-lo na posição de mais uma etapa na instrução do processo administrativo, enquanto não é esse o seu papel. Quando a controvérsia é levada ao comitê, pressupõe-se que a etapa de instrução do pedido do contratado ou concessionário já terá sido analisada e negada pela Administração, estabelecendo-se a controvérsia sobre o ponto.

Por evidente, alguns pedidos formulados pelo contratado serão deferidos pela Administração, enquanto outros serão indeferidos. Da mesma forma, o contratado ora acatará a decisão da Administração, ora restará irrisignado. Em caso de pretensão resistida ou pleito negado, restará caracterizado o conflito.

Pois bem, depois de instruído todo o processo administrativo e proferida a decisão administrativa é que a questão poderá ser submetida ao *dispute board*, que, seguindo procedimento em que é garantido o contraditório e a ampla defesa, adotará decisão ou recomendação. Mesmo assim, adotada a decisão ou recomendação, poderá a Administração (ou o contratado) decidir acatá-la ou refutá-la, hipótese na qual submeterá a lide ao Poder Judiciário ou ao juízo arbitral.

Portanto, o comitê será um entrave somente caso se parta do pressuposto de que a decisão ou recomendação do comitê nunca será acatada, devendo a Administração ir sempre às últimas instâncias para fazer valer a sua decisão inicial. Ora, em se tratando de direito disponível, por que não pode prevalecer a decisão ou recomendação bem fundamentada do comitê? Já se viu que o objetivo principal do mecanismo é garantir a continuidade da obra ou do serviço público, com base em análise isenta, imparcial e técnica do comitê, de modo que acatar a decisão do painel de especialistas, ainda que ela seja contrária à Administração, pode representar o melhor atendimento ao interesse público.

É importante se ter em mente que a opinião do comitê de especialistas, embora não constitua decisão jurisdicional, servirá como prova em procedimento arbitral ou processo judicial, de modo que não serão raras as vezes em que os juízes ou árbitros seguirão a opinião dos especialistas.

Sobre o assunto, Ribeiro (2016, p. 165) destaca que “uma vez que não há legislação que regule os CRDs no Brasil, estes não possuem jurisdição, no sentido estrito da palavra. Sendo assim, o juiz de direito e o árbitro devem receber a disputa para decisão em todos os seus aspectos, sem exceção”.

A guisa de exemplo, cita-se não apenas o estudo de caso da fase 1 da Linha 4 (amarela) do metrô de São Paulo, em que a decisão da junta de conflitos e do juízo arbitral foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Agravo de Instrumento (SÃO PAULO, 2010), como também a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça na fase 2 também da Linha 4 (amarela) do metrô, em que era diverso o objeto de disputa e, novamente, prevaleceu-se a decisão do comitê, em outro contrato firmado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2018-b) – que ficou assim ementada:

ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo nº 4107521301.
Linha 4 - Amarela do Metrô. Execução da obra civil, obra bruta e acabamentos para conclusão da fase 2. VCA Vila Sônia. Serviços de retirada e disposição de solo contaminado. Decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD). Revisão. 1. CRD. Decisão. O item 20.2 do Edital prevê o envio dos litígios a um Conselho de

Resolução de Disputas, composto por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas assegura que “a decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for notificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial”. 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 permeiam o contrato administrativo nº 4107521301; a concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos na lei (CPC, art. 300, 'caput'), sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do 'dispute board'. 2. Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, 'caput'), a revogação é medida de rigor. Tutela de urgência deferida. Agravo provido.

Observa-se que embora tenha o Poder Judiciário admitido a possibilidade de ser, em tese, revista a decisão adotada pelo comitê, restou mantida a decisão porque, no exame perfunctório próprio das decisões liminares, não restou evidenciada a probabilidade do direito alegado, diante dos bons fundamentos apresentados na decisão do comitê.

3.3.2 Procedimento burocratizado do comitê

A efetiva adesão das partes ao procedimento do comitê é essencial para o sucesso de sua atuação, na função de prevenção de litígios.

Como visto, quando da análise do caso denominado “*The Big Dig*” no primeiro capítulo, em que a atuação do mecanismo não foi exitosa, as primeiras disputas submetidas ao comitê resultaram em procedimentos demorados e que exigiram detalhada preparação pelas partes, à semelhança de um processo judicial, inclusive com audiências (o que não é comum em painéis de disputas), resultando na baixa adesão das partes contratantes ao mecanismo de solução de conflito, que, desse modo, tornou-se ineficiente para a solução das controvérsias suscitadas ao longo da execução do projeto de elevada complexidade e com múltiplas disciplinas e modalidades de contratação.

No estudo de caso do metrô de São Paulo, registrado no capítulo 2, apesar de a disputa ter sido solucionada com a manutenção da decisão do comitê, conferindo essencial credibilidade à junta de especialistas, notou-se que o procedimento adotado pelo comitê, no afã de garantir a ampla defesa das partes, foi deveras alongado e possivelmente burocrático.

Observou-se que tal procedimento durou cerca de dois anos para ser concluído no âmbito do comitê, depois mais dois anos até que sobreviesse decisão arbitral. Embora ainda inferior ao prazo de duração médio de um processo judicial⁵³, tem-se que, caso não garantida a continuidade da obra, como de fato ocorreu, poder-se-ia ter impactado sobremaneira o cronograma do empreendimento.

Dessa forma, é essencial que os procedimentos adotados pelo comitê empreguem mecanismos céleres, sem ferir os direitos básicos do contraditório e da ampla defesa, capazes de assegurar a sua higidez, mas sem comprometer a eficácia, sendo fundamental que o procedimento assegure a continuidade da obra enquanto se avalia a questão submetida ao comitê.

3.4 PERSPECTIVAS

A partir da revisão bibliográfica do estudo de caso, da análise das leis e projetos de lei e dos questionários aplicados, é possível traçar uma perspectiva de adoção do *dispute board* com segurança jurídica no país.

Silva Neto (2019, p. 95), analisando o mecanismo, com foco na sua eficiência, conclui:

A reinvenção do modelo de justiça brasileiro encontra hoje nos MESCs a parceria ideal para a redução de novas e antigas ações, e essa iniciativa passa por esse estreitamento na interação entre Estado e partes privadas para uma retomada sólida e consistente do crescimento do nosso país.

O anseio por segurança jurídica e celeridade é fundamental para o crescimento do país e para a efetiva implantação da infraestrutura necessária para viabilizá-lo. Nesse sentido, Maia Neto (2016, p. 29-30) registra suas percepções sobre o mecanismo:

Diante de todo o exposto, verifica-se que a judicialização dos conflitos é uma dura realidade em nosso país, fazendo com que a morosidade seja encarada como o maior problema do Poder Judiciário brasileiro, que impacta de forma direta o setor produtivo que, no ano de 2015, gerou um custo de R\$ 124 bilhões para as empresas.

Seja pelos métodos de autocomposição, direta ou indireta, por meio da negociação, conciliação ou mediação, ou pela heterocomposição voluntária (arbitragem), essas modalidades apresentam expressivo crescimento na solução de conflitos, além de ganhar assimilação cultural diante da população.

Além disso, como em países mais adiantados, outras formas também podem ser utilizadas e começam a ser aplicadas de maneira mais sistemática, com destaque para

⁵³ De acordo com o relatório “Justiça em números”, do CNJ de 2021, o tempo médio de duração do processo de conhecimento é de 5 anos e 2 meses, e o tempo médio do processo de execução na justiça federal é de alarmantes 8 anos e 7 meses. Informação disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 28/02/2022.

o CRD – Comitê de Resolução de Disputas, que representa um avanço na forma de dirimir controvérsias em obras, especialmente no setor de infraestrutura. Acredita-se que esses esforços em buscar caminhos apropriados para a solução dos conflitos trarão ganhos para o setor produtivo, pois encontrarão vias mais céleres, menos litigiosas e mais especializadas para resolver as controvérsias surgidas.

Assim, tendo-se ciência dos riscos apontados, presente o farto registro sobre precedentes nacionais e estrangeiros que utilizaram o *dispute board* com sucesso, aprendidas as lições com os casos de insucesso, tem-se que a perspectiva é de que o *dispute board* seja adotado com maior frequência no país.

Ademais, considerando a carteira de projetos que vem sendo apresentada pelo Programa de Parceria de Investimento, do Governo Federal⁵⁴, em diversas partes do país e do mundo, com o foco em atrair investidores nacionais e estrangeiros para os projetos de infraestrutura, é premente que seja adotada solução de mercado amplamente utilizada em grandes projetos de infraestrutura, havendo a efetiva vontade tanto do Poder Público quanto dos parceiros privados em solucionar os conflitos da forma mais segura e célere possível, garantindo-se a continuidade do empreendimento enquanto se aprecia a controvérsia submetida ao comitê e eventualmente ao judiciário ou à arbitragem.

⁵⁴ Disponível em <<https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi>>. Acesso em 28/2/2022.

CONCLUSÃO

O *dispute board* é um mecanismo de solução de controvérsia no âmbito dos contratos, integrando o assim chamado sistema de justiça multiportas. A questão é relevante em especial em contratos que envolvem o cumprimento de obrigações complexas, com diferentes disciplinas e elevado custo, além de prazo de duração alongado, o que sujeita as partes a fatos supervenientes, muitas vezes sem a adequada previsão contratual que permita a solução de eventuais controvérsias deles decorrentes.

O comitê é constituído por especialistas independentes e imparciais, os quais usualmente acompanham o empreendimento desde o início, de modo que se espera a adoção de recomendação ou decisão contemporânea à execução da obra ou da prestação do serviço, permitindo a utilização de procedimentos menos burocratizado que os arbitrais e judiciais, sem que isso implique a redução das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa ou a redução do poder da administração de decidir sobre o objeto da disputa, presente a possibilidade de qualquer das partes discordar da recomendação ou decisão adotada pelo comitê, hipótese em que a controvérsia será submetida ao poder judiciário ou júízo arbitral.

O estudo empreendido avaliou, no primeiro capítulo, os conceitos e modalidades de comitês de resolução e prevenção de disputa, apresentando os comitês de acordo com o caráter vinculante ou não vinculante de suas decisões, bem como as vantagens de cada espécie, de acordo com a doutrina e experiência de outros países relatadas pelos autores que se dedicam ao estudo do tema. Dentre as vantagens, foram destacadas a possibilidade de solução contemporânea a ocorrência do problema e até mesmo a possibilidade de antever a questão objeto de disputa, dado o acompanhamento constante do empreendimento pelos membros do comitê.

Ficou demonstrado o caráter obrigacional da disposição contratual que prevê a adoção do *dispute board* como método alternativo de solução de controvérsias, tendo sido anotado que a decisão ou recomendação do comitê não constitui título executivo extrajudicial, mas, a depender de sua força vinculante, poderá constituir uma obrigação contratual que, uma vez descumprida, importará a aplicação de sanções previstas no instrumento.

Foram avaliadas as modalidades dos comitês, que poderão ter caráter revisor, adjudicatório ou misto. O painel de especialistas constituído com a função revisora adota recomendações sem caráter vinculante, mas que podem se tornar obrigatórias, caso não manifestada a discordância da parte em determinado prazo. A modalidade adjudicatória resulta em decisão com força vinculante, proferida pelos membros do comitê, a qual somente poderá

ser descumprida em caso de posterior decisão judicial ou arbitral que desobrigue a parte a adimplir a obrigação contratual. Já o painel misto permite a submissão de demandas ao comitê que poderão resultar tanto em recomendações quanto em decisões, a depender da vontade das partes, manifestada previamente à solução indicada pelo painel de especialistas.

Questão relevante decorrente da fluência do prazo após o qual a decisão adotada pelo comitê se tornará definitivamente vinculante implica a reflexão sobre a decadência convencional, tendo sido assentada a possibilidade de sua ocorrência mesmo em contratos administrativos.

Isso porque, ainda que se cogite a invocação da inafastabilidade do Poder Judiciário, garantida pela Constituição da República, tanto as cláusulas contratuais quanto os regulamentos analisados no presente estudo não afastam a submissão da matéria ao judiciário, o que é garantido desde que o direito seja exercido no prazo contratual ou legalmente fixado, o que é expressamente admitido no art. 221 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Foram apresentadas no primeiro capítulo dez experiências estrangeiras de contratos de obras de infraestrutura que adotaram o *dispute board* como mecanismo de solução de controvérsias no âmbito dos contratos. Dentre elas, nove foram experiências positivas na adoção do mecanismo, contribuindo para a solução de controvérsias e execução dos empreendimentos em prazo razoável; e um caso, denominado “*The Big Dig*”, resultou em baixa adesão das partes contratantes ao mecanismo de solução de conflito, que, desse modo, tornou-se ineficiente para a resolução das controvérsias suscitadas ao longo da execução do projeto de elevada complexidade e com múltiplas disciplinas e modalidades de contratação.

No segundo capítulo avaliou-se a experiência brasileira com o *dispute board* na infraestrutura pública, analisando-se as leis municipais de São Paulo e Belo Horizonte que regulamentaram o *dispute board* em contratos firmados com o Poder Público e a Lei nº 14.133 (Brasil, 2021-d), que institui a lei de licitações e contratos, além do direito projetado.

Verificou-se que as leis municipais limitam os casos submetidos ao comitê às hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis, registrando-se que embora a legislação não enumere quais são os direitos patrimoniais disponíveis, trata-se de limitação igualmente imposta aos casos sujeitos à arbitragem em contratos administrativos, conforme exposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996), com a redação dada pela Lei nº 13.129 (BRASIL, 2015).

Desse modo, a exemplo do que se consolidou para as hipóteses em que se admite a arbitragem, conclui-se que conquanto o interesse público tenha tutela especial no âmbito do direito administrativo, a indicar a sua indisponibilidade, há direitos subjetivos da Administração

passíveis de transação, como forma de garantir o interesse público e, portanto, a submissão de tais questões à decisão de comitês de resolução de conflitos pode também ser admitida.

Em âmbito federal, o comitê encontra previsão na Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021-d), que, diferentemente das leis municipais analisadas, não regulamenta o procedimento a ser adotado pelo comitê. Há dois projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 2421/2021 e PL 9883/2018) que pretendem regulamentar o comitê em contratos administrativos, cujo teor foi analisado no segundo capítulo, tendo-se concluído que, em essência, os projetos versam sobre matérias de índole infralegal, que poderiam ser tratadas por meio de Decreto, na forma do inciso IV do art. 84 da Constituição (BRASIL, 1988).

Dentre os dispositivos do projeto, apenas um modifica direitos, ao equiparar os membros do comitê a agentes públicos para efeitos da legislação penal e da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), o que não influencia diretamente o funcionamento do comitê, apenas reflete a vontade do legislador para fins de organização da política criminal e da disciplina dos atos de improbidade.

Foi empreendido estudo do caso do primeiro *dispute board* em obra pública de infraestrutura do Brasil, a fase 1 da linha 4, linha amarela, do metrô de São Paulo, com a narrativa do caso e a apresentação de questões problemáticas que indicam algumas reflexões importantes decorrentes do estudo empreendido, como a eficiência do mecanismo no caso concreto e a maturidade institucional de órgãos públicos, entes privados e órgãos jurisdicionais no trato da matéria.

Verificou-se que, se por um lado a cultura de litigiosidade é premente no país, tendo a primeira disputa resultado em procedimento arbitral e, posteriormente, judicial, por outro, verificou-se que a recomendação adotada pelo comitê prevaleceu ao final, o que pode resultar em maior confiança depositada pelas partes no comitê de especialistas e, a longo prazo mesmo uma mudança de postura das partes.

Artigo escrito pelos membros do comitê (JOBIM, RICARDINO E CAMARGO, 2016, p. 189) registra em suas conclusões que o maior obstáculo à aceitação da decisão do comitê foi a ausência de lei federal que discipline a matéria, resultando em insegurança jurídica para os gestores públicos, que se veem compelidos a esgotar as instâncias para questionar decisão desfavorável ao órgão público contratante.

Lado outro, é de se destacar que embora a decisão final tenha se prolongado no tempo (foram cerca de quatro anos até a decisão final), tratou-se não apenas de procedimento mais expedito que os procedimentos judiciais, como também se garantiu a continuidade da obra até a decisão final.

O terceiro e último capítulo avaliou a aplicação do *dispute board* nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes em âmbito federal, com o levantamento de dados de contratos de infraestrutura de transportes que adotam a cláusula e avaliando-se as oportunidades, riscos e perspectivas, a partir da pesquisa empreendida.

Verificou-se que os primeiros contratos públicos em âmbito federal a adotarem a cláusula de *dispute board* foram os contratos de concessão das rodovias BR-153/414/080/TO/GO, BR-163/230/MT/PA e BR-116-101/SP/RJ (BRASIL, 2021) e, portanto, foi também essa a primeira oportunidade de o TCU se pronunciar sobre a matéria.

Chama a atenção o fato de a unidade técnica da Corte de Contas indicar que o mecanismo poderia representar entrave burocrático para a gestão do contrato administrativo, enquanto o objeto do instituto é justamente o inverso: permitir a continuidade da obra, enquanto a controvérsia é analisada por equipe técnica de modo imparcial e idôneo.

Diante do estudo empreendido, presente a primeira pergunta proposta, sobre se o *dispute board* é um mecanismo eficiente de solução de conflitos em contratos de infraestrutura de transportes, é de se destacar que as experiências estrangeiras e a doutrina analisada indicam a eficiência do mecanismo, embora alguns pontos de reflexão sejam importantes para que tal eficiência seja alcançada em contratos administrativos brasileiros.

Em primeiro lugar, conclui-se pela eficiência não apenas em razão dos casos exitosos analisados (veja-se que dos dez casos internacionais apresentados, nove foram concluídos com a resolução das disputas no curso do contrato), mas também em função do fato de o comitê contribuir para a continuidade do empreendimento enquanto a disputa é analisada, evitando-se o incremento de obras de infraestrutura paralisadas no país⁵⁵.

Noutro prisma, um comitê de especialistas que opine ou decida sobre diferentes casos ao longo da execução do contrato e de forma contemporânea ao surgimento da controvérsia, ou à vigência do instrumento, tende a ter profundo conhecimento das questões a ele submetidas, por estar mais próximo do problema do que o juiz ou o árbitro, de modo que o material produzido pelo comitê – que poderá em regra ser usado como prova em procedimentos arbitrais e judiciais - será de grande importância para a tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais.

Ainda a título de conclusão, no que diz respeito à eficiência, é importante que o comitê seja constituído por membros qualificados, que conquistem a confiança das partes, de modo a se obter pronunciamentos expeditos e com a profundidade adequada. Nesse ponto, convém

⁵⁵ Conforme levantamento apresentado no terceiro capítulo, em 2018 havia mais de 38 mil contratos financiados com recursos da União com obras paralisadas.

rememorar a experiência do “*The Big Dig*”, em que procedimentos demasiadamente burocratizados, demorados e caros contribuíram para que as partes não depositassem a necessária confiança no comitê e, portanto, deixassem de submeter as controvérsias aos especialistas, resultando em controvérsias não resolvidas ao final do contrato.

No que diz respeito ao arcabouço jurídico normativo vigente no país e se ele é suficiente para garantir segurança jurídica na aplicação do *dispute board* em contratos de infraestrutura firmados pelo Governo Federal, entende-se que embora haja disposição normativa suficiente para implementar o instituto no âmbito de contratos administrativos, alguns pontos podem ser melhorados na regulamentação da matéria, para contribuir a um melhor cenário de adoção do instituto.

A esse respeito, registrou-se no terceiro capítulo que embora não seja necessário nova lei para disciplinar a matéria, alguns pontos chamam a atenção para o fato de que o mecanismo carece de maior segurança jurídica, para fins de se implementar a efetiva cultura que permita a sua utilização com segurança, tanto por parte do poder público quanto pelos entes privados que contratam com o ente público, dentre eles foram destacados: (i) a controvérsia que recai sobre a decadência convencional pode ser facilmente resolvida com a previsão de prazo decadencial na lei, para que as partes manifestem sua discordância em relação à recomendação ou decisão adotada pelo comitê, após o qual se tornará definitiva a decisão (caso não manifestada a discordância); e (ii) as decisões judiciais e do TCU, bem como a manifestação dos servidores públicos nos questionários aplicados na pesquisa apontam para a insegurança na adoção da modalidade adjudicatória, ante a suposta perda de autonomia de vontade da Administração.

Desse modo, embora entenda-se desnecessária a regulamentação do assunto por lei ordinária, conclui-se que novo marco legal ordinário sobre a matéria contribuirá para a segurança jurídica na adoção do mecanismo e para a cultura de solução de controvérsias no âmbito do contrato, sem a necessidade de as partes se socorrerem a todas as instâncias jurisdicionais cabíveis em caso de decisão desfavorável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; e CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em 19/10/2021.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de Dispute Board. In SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. **Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 295-319.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. BRASIL. Conselho da Justiça Federal.

BRASIL. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. **Regulamento de Dispute Board**. 2019-a. Disponível em http://www.cbma.com.br/regulamento_dispute_board. Acesso em 19/02/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 01/09/2021.

BRASIL. **Edital nº 1/2021 da ANTT. Concessão da BR-153/414/080/TO/GO**. 2021-a Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-153-414-080-to-go>. Acesso em 27/5/2021.

BRASIL. **Edital nº 2/2021 da ANTT. Concessão da BR-163/230/MT/PA**. 2021-b. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-163-230-mt-pa>. Acesso em 27/5/2021.

BRASIL. **Edital nº 3/2021 da ANTT. Concessão da BR-116-101/RJ/SP**. 2021-c. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-116-101-sp-rj>. Acesso em 27/2/2022.

BRASIL. **Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI, emitida no processo nº 00130.000607/2019-22, SEI/PR 1475157, de 28 de outubro de 2019**. 2019-b. Disponível em <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em 27/5/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm . Acesso em 23/02/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 27/01/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 27/01/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 01/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 01/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1. Acesso em 27/01/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.** Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em 27/2/2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** 2021-d. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 10/9/2021.

BRASIL. **Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021.** 2021-e. Estabelece a Lei das Ferrovias e outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14273.htm. Acesso em 28/2/2022.

BRASIL. **Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019.** 2019-c. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Disponível em https://anttlegis.antt.gov.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&cod_modulo=161&cod_menu=5412&num_ato=00005845&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MI&vIr_ano=2019&seq_ato=000. Acesso em 27/2/2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado (PLS) 206/2018 (atual Projeto de Lei nº 2421/2021).** Senado Federal, 2018-a. Autor: Senador Antonio Anastasia. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398&ord=1>. Acesso em 15/2/2022.

BRASIL. **Projeto de Lei (PL) 9883/2018.** Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos. Câmara dos Deputados, 2018-b. Autor: Deputado Pedro Paulo (PMDB/RJ). Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em 15/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.569.422/RJ.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1569422&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 13/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.885/MG**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 4 de junho de 2002, publicado no Diário de Justiça em 21 de junho de 2002. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=253885&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 13/2/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4036/2020. 2020-a**. Relator Ministro Vital do Rego. Sessão do Plenário do dia 8/12/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 27/2/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4037/2020. 2020-b**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão do plenário do dia 8/12/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 27/2/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1766/2021. 2021-e**. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão do plenário do dia 28/07/2021. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1766%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 27/2/2022.

BUENO, Júlio e SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo. Os *Dispute Boards* em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. In: **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, abril/maio, 2017. p. 88-97. Disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf, acesso em 4/9/2021.

CALIXTO, Vinícius Machado. A teoria do contrato relacional de Ian Macneil e a necessidade de se rediscutir a sua compreensão e aplicação no contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 9

CHAPMAN, Peter H. J. **Dispute Boards**. Disponível em <https://www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>. Acesso em 12/9/2021.

CHERN, Cyril. **Chern on Dispute Boards** (3rd ed.). Informa Law from Routledge. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9781315756615>. Acesso em março de 2021.

Enunciados aprovados na I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da->

[justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669). Acesso em: 14/4/2021.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação de apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de mestre. São Paulo, 2019. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf> . Acesso em 3/4/2021.

FRANÇA. Internacional Chamber os Commerce. **Regulamento Relativo aos Dispute Boards**. 2015. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>. Acesso em 19/2/2022.

GARCIA, Flávio Amaral. **O Dispute Board e os Contratos de Concessão**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/odispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em 11.06.2019

HARMON, Kathleen M. J. Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. **Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction**, February 2009. <https://ascelibrary.org/doi/pdf/10.1061/%28ASCE%291943-4162%282009%291%3A1%2818%29>. Acesso em 27/11/2021.

International Federation of Consulting Engineers (FIDIC). **The FIDIC Golden Principles**. Suíça, 2019. Disponível em https://fidic.org/sites/default/files/golden_principles_1_129.pdf. Acesso em 05/02/2022.

JAFFE, Michael Evan; MCHUGH, Ronan J. **US Project Disputes: Has the time to consider adjudication finally arrived?**. May, 2010. Disponível em <https://www.pillsburylaw.com/images/content/3/0/v2/3051/9EC20BBC1D479A2D0826D5C956690FF4.pdf>. Acesso em 02/11/2021.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016, p. 169-191;

JUSTEN FILHO, Marçal. A Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Subjetivos da Administração Pública. In: **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. Coordenador Gustavo Justino de Oliveira, organizador Wilson Accioli de Barros Filho. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-62.

KLEIN, Vinícius. **Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KOCH, Christopher. Novo regulamento da CCI relativo aos dispute boards, **Revista de Arbitragem e Mediação** 6/162 . São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

LIMA, Renata Faria Silva; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; NOVAIS, Roberto Cançado Vasconcelos; VAZ, Gilberto José. “Os dispute boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 40, 2014, p. 325-333.

MADERO, Cecilia Quintanilla. “Introducción a los dispute boards”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 10, 2006, p. 172-178.

MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016, p. 13-31.

MARLLART, Adriana Silva; CARMO, Valter Moura do. II Encontro Virtual do CONPEDI: Formas consensuais de solução de conflitos I. Florianópolis, Conpedi, 2020. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/45nx4pp0/n7N7RgFf9m2oWirL.pdf> acesso em 19/1/2022.

MALINVAUD, Philippe. “Réflexions sur le «dispute adjudication board»”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 5, 2005, p. 101-115.

MARCONDES, Fernando. *Dispute Board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. In: **Cadernos FGV Projetos: Solução de Conflitos**, abril/maio, 2017. p. 98-114. Disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf , acesso em 4/9/2021.

McENIRY, Gerald. It’s time for more DRBs in Canada. **The Revay Report**. Volume 29, número 2, junho de 2010. Disponível em <https://www.revay.com/wp-content/uploads/2020/10/v29no2en.pdf>. Acesso em 27/1/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. **Dispute Boards em projetos de infraestrutura: entre a governança do contrato e da República**. São Paulo: Jota, 2021. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021>. Acesso em 09/01/2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; CARVALHO, Thaís Strozzi Coutinho. Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (*dispute boards*) nos contratos de concessão de rodovias federais: primeiras impressões e prospecções no direito administrativo brasileiro. In: **Direito e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais**. Parte 2. Brasília: Publicações da Escola da AGU, 2022. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3066>. Acesso em 27/2/2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. “A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios.” **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 13, nº 51. 2015. pp. 59-79.

PORTO ALEGRE. **Lei nº 12.810, de 3 de março de 2021**. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2021/1281/12810/lei-ordinaria-n-12810-2021-preve-a-instituicao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-boards-nos-contratos-administrativos-celebrados-pelo-municipio-de-porto-alegre?r=p>. Acesso em 20/2/2022.

Regulamento de dispute board da CAMARB. Disponível em: <https://camarb.com.br/dispute-board-drb-ou-junta-de-consultores/regulamento/>. Acesso em: 5/2/2022.

Regulamento para o comitê de controvérsias do CAM-CCBC. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1204/regulamento-para-o-comite-de-controversiasdo-cam-ccbc>. Acesso em: .

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **Análise crítica das cláusulas dispute board**: eficiência e casos práticos. *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí: Universidade do Itajaí, 2013, vol. 18, nº 2.

RIBEIRO, Pedro. Execução das Decisões dos Comitês de Resolução de Disputas. In: TRINDADE, Bernardo Ramos. **Comitê de resolução de disputas nos contratos de construções e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016, p. 147-168.

SÃO PAULO. **Decreto nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021**, regulamenta a lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispôs sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em Contratos de Obras Públicas e de Execução Continuada celebrados pela Administração Pública. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*, São Paulo, SP, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/doflash/prototipo/2021/Fevereiro/11/cidade/pdf/pg_0001.pdf. Acesso em 13/2/2022.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. 2018-a. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*, São Paulo, SP, 23 fev. 2018. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 0017261-67.2010.8.26.0053/SP**. Juíza: Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi. São Paulo, 2010-a. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0001UW20000&processo.%20foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_350a96a67b4b4f9495de52b9708795bc. Acesso em: 13/2/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0284191-48.2010.8.26.0000**, Relator Desembargador Franco Cocuzza, 5ª Câmara de Direito Público, 2010-b. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NU>

[MPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0284191-48.2010&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0284191-48.2010.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=94](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=806908EBC35EBCBC34946E423CD55799.cposg?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2096127-39.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2096127-39.2018.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=94). Acesso em 13/02/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000**, Relator Torres de Carvalho. 2018-b.

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=806908EBC35EBCBC34946E423CD55799.cposg?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2096127-39.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2096127-39.2018.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>

SILVA, Leonardo Toledo; PESSOA, João Paulo. Os dispute adjudication boards (“DAB”) em contratos públicos e privados e o problema das decisões judiciais liminares. In: SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. **Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 421-434.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. In: **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR**. – ano 1, n. 1 (jan./jun. 2019). Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 69-95.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. **Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. **Dispute Boards**. 2014. Disponível em <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS.ADRs-DBs.pdf>. Acesso em 09/01/2022.

SULSER, Patricia O.; CHERN, Cyril. Keeping Public-Private Partnership Infrastructure Projects on Track: The Power of Multistakeholder Partnering Committees and Dispute Boards in **Emerging-Market Infrastructure Projects**. DOI: 10.1596/978-1-4648-0037-5_ch1 <https://books.google.com.br/books?id=x7hGAgAAQBAJ&pg=PA21&lpg=PA21&dq=Keeping+Public-Private+Partnership+Infrastructure+Projects+on+Track:+The+Power+of+Multistakeholder+Partnering+Committees+and+Dispute+Boards+in+Emerging-Market+Infrastructure+Projects&source=bl&ots=qMHyo2llzY&sig=ACfU3U05609XzrAl4KIA8EBF4CjfsjSQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjmq4i23PrzAhVvqJUCHYBtAscQ6AF6BAgaEAM#v=onepage&q=big%20dig&f=false>. Acesso em 02/11/2021.

TALPIS, Jeffrey A. “Prevenção de disputas decorrentes de contratos internacionais.” In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Direito e Desenvolvimento: Biomedicina, Tecnologia e Sociedade Globalizada**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

TAVARES, Bruno. Metrô vai à Justiça para não pagar R\$ 200 mi. **O Estado de São Paulo**. 11 jun. 2010. Disponível em: <http://saopaulo.estadao.com.br/noticias/geral,metro-vai-a-justica-para-nao-pagar-r-200-miimp-,564878>. Acesso em:

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 10.

VAZ, Gilberto José. **Dispute boards**: experience and perspectives in Brazil. Disponível em: <http://www.drbfconferences.org/documents/Miami2013/Vaz.pdf>. Acesso em: .

VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. “Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?” **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, vol. 38. 2013, pp. 131- 147.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 2, nº 6, 2005.

WALD, Arnoldo. “Dispute Resolution Boards: evolução recente”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, 2011, p. 139-151.

APÊNDICE 1

Questionário elaborado pela autora: respostas completas e dados resumidos