

idp

idn

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E OS CONTRATOS
PÚBLICOS, UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO**

RICARDO CARVALHO LUBARINO DOS SANTOS

Brasília-DF, 2022

RICARDO CARVALHO LUBARINO DOS SANTOS

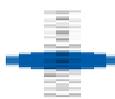
O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E OS CONTRATOS PÚBLICOS, UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador

Professor Doutor Fernando Boarato Meneguim

Brasília-DF 2022



RICARDO CARVALHO LUBARINO DOS SANTOS

O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E OS CONTRATOS PÚBLICOS, UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO:

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

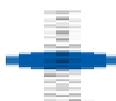
Aprovado em 07 / 12 / 2023

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luiz Fernando Boarato Meneguim- Orientador

Prof. Dr. Felipe Lopes da Cruz

Profa. Dr. Rafael Silveira e Silva



S237 Santos, Ricardo Carvalho Lubarino dos
O comitê de resolução de disputas e os contratos públicos, uma proposta
de regulamentação / Ricardo Carvalho Lubarino dos. – Brasília: IDP, 2022.

161 p.
Inclui bibliografia.

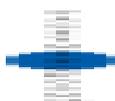
Trabalho de Conclusão de Curso (Tese/Dissertação) – Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Curso de Mestrado Profissional
em Administração Pública, Brasília, 2023.

Orientador: Prof Dr. Fernando Boarato Meneguim.

1. Solução de conflitos. 2. Contratos públicos. 3. Comitê de resolução de
disputas. 4. Regulamentação I. Título.

CDD: 351

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa





DEDICATÓRIA

Primeiramente agradeço ao meu orientador Luiz Ricardo Cavalcante.



AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu orientador Luiz Ricardo Cavalcante. Sua assistência, envolvimento e palavras de conforto dedicado em todas as etapas do projeto foram essenciais para a essa realização. Gostaria também de agradecer aos membros da banca examinadora, por terem tão de pronto aceitado o convite para participar dessa importante etapa da minha vida acadêmica e profissional. Gostaria de reconhecer também a Camila Reinehr Tabet, que atuou como assistente de pesquisa para levantamento dos dados aqui colhidos, sempre comprometida em suas tarefas. Aos amigos e colegas de trabalho, que sempre me apoiaram e me confortaram nos momentos de angústia. Ao meu companheiro e minha mãe, pela paciência e incentivo oferecido nesse período. Esse trabalho é dedicado a todos vocês!

RESUMO

O presente estudo analisa as propostas de regulamentação do uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos administrativos e os impactos destas propostas na efetividade do uso deste instrumento, com hipótese que entende haver efeitos deletérios na aplicação da norma como apresentada. A pesquisa propõe uma abordagem qualitativa: parte com a coleta de dados bibliográficos e interação entre o objeto de estudo e o pesquisador, que promove atividade interpretativa a partir dos dados e informações coletadas. No século XX, houve uma transição da administração pública burocrática weberiana para a nova gestão pública, cujo paradigma é o modelo de mercado, caracterizado por falhas estruturais que demandam coordenação por meio de instituições e arranjos institucionais de natureza ex post, e o entendimento do legislador brasileiro é de que os meios extrajudiciais de regulação de conflitos são arranjos adequados para esse propósito, introduzindo a possibilidade de seu uso nas leis de Arbitragem (Lei 9307/1996), Parcerias Público Privadas (11.079/2004), Concessões (Lei 8.987/1995), Mediação (Lei 13.140/2015) e na nova Lei de Licitações (14.133/2021). Os Comitês de Resolução de Disputas revelam-se como os mais adequados nos contratos complexos e continuados de valor elevado dentre os meios extrajudiciais de regulação de conflitos atualmente disponíveis. O estudo aborda o PLS 206/2018 e outras propostas de norma tratam da regulamentação legal do uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos públicos e evidencia que estas propostas, isoladamente, affect the effectiveness of the instrument and, at the end, presents a proposal for clauses that together allow a better use of the highlighted institutional arrangement.

Palavras-chaves: Meios alternativos; Solução de conflitos; Contratos públicos; Comitê de resolução de disputas; Regulamentação.

ABSTRACT

The present study analyzes the proposals for regulating the use of Dispute Resolution Committees in administrative contracts and the impacts of these proposals on the effectiveness of the use of this instrument, with a hypothesis that it understands that there are deleterious effects in the application of the norm as presented. The research proposes a qualitative approach: it starts with the collection of bibliographic data and interaction between the object of study and the researcher, which promotes an interpretative activity based on the data and information collected. In the 20th century, there was a transition from Weberian bureaucratic public administration to the new public management, whose paradigm is the market model, characterized by structural failures that demand coordination through institutions and institutional arrangements of an ex post nature, and the understanding of the legislator is that extrajudicial means of conflict regulation are suitable arrangements for this purpose, introducing the possibility of their use in the laws of Arbitration (Law 9.307/1996), Public Private Partnerships (11.079/2004), Concessions (Law 8.987/1995), Mediation (Law 13.140/2015) and the new Bidding Act (14.133/2021). The Dispute Resolution Committees prove to be the most appropriate in complex and continuous contracts of high value among the extrajudicial means of conflict regulation currently available. The study addresses PLS 206/2018 and other proposed norms deal with the legal regulation of the use of Dispute Resolution Committees in public contracts and evidence that these proposals, alone, undermine the effectiveness of the instrument and at the end presents a proposal for clauses that in together allow a better use of the institutional arrangement under study.

Keywords: Alternative means; Conflict resolution; Public contracts; Dispute resolution board committee; Regulation.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1

Sequência Típica de Comitês de Resolução de Disputas

.....58

Figura 2

Resolução de Disputas, passos e estágios

.....70

Figura 3

Custos de Transação no Setor de Construção

.....82

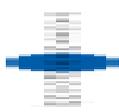


LISTA DE QUADROS

Quadro 1

Quadro Comparativo ICC/CCBC

.....96



SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	15
----------------------	-----------

2. METODOLOGIA E REFERENCIAL TEÓRICO	22
---	-----------

3. A TRANSIÇÃO DO MODELO BUROCRÁTICO WEBERIANO PARA A NOVA GESTÃO PÚBLICA E O PAPEL DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS	25
--	-----------

4. OS MODELOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS	36
4.1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	42

4.2. A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CAPACIDADE DO ESTADO DE DISPOR SOBRE REGULAMENTAÇÃO DE MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS	45
4.3 O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL	48

5. SOBRE OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	55
---	-----------

5.1 CARACTERÍSTICAS DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	59
5.2 Os PRINCÍPIOS QUE INFORMAM OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	60
5.3 Os TIPOS DE DISPUTE BOARDS EM FUNÇÃO DE SUA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO	60
5.4 DA NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE <i>DISPUTE BOARD</i>	63
5.5 MODALIDADES DE COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS	67
5.6 A CONSTITUIÇÃO DO COMITÊ E A INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DOS SEUS MEMBROS	71
5.7 OBSERVAÇÕES QUANTO AO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE NOS CONTRATOS CONTINUADOS DE LONGA DURAÇÃO	72
5.8 Os PODERES DO COMITÊ	74
5.9 DAS REUNIÕES E VISITAS AO SITE DA OBRA	74
5.10 Os Comitês de Resolução de Disputas e o CUMPRIMENTO DAS DECISÕES	75

6. O USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NACIONAL 79

7. MODELOS DE CLÁUSULAS DE COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS UTILIZADAS PELA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL – ICC E PELO 90

8. A REGULAÇÃO DO USO DO COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE 101

9. O PLS 206/2018 E DEMAIS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO 109

10. OS IMPACTOS DO PLS 206/2018 NO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS 115

- 10.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA PROPOSTA DO PLS 206/2018 PARA INCLUIR OS DEMAIS ENTES DA FEDERAÇÃO E DEMAIS 115
- 10.2 OUTROS IMPACTOS DO PLS 206/2018 NO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS 118

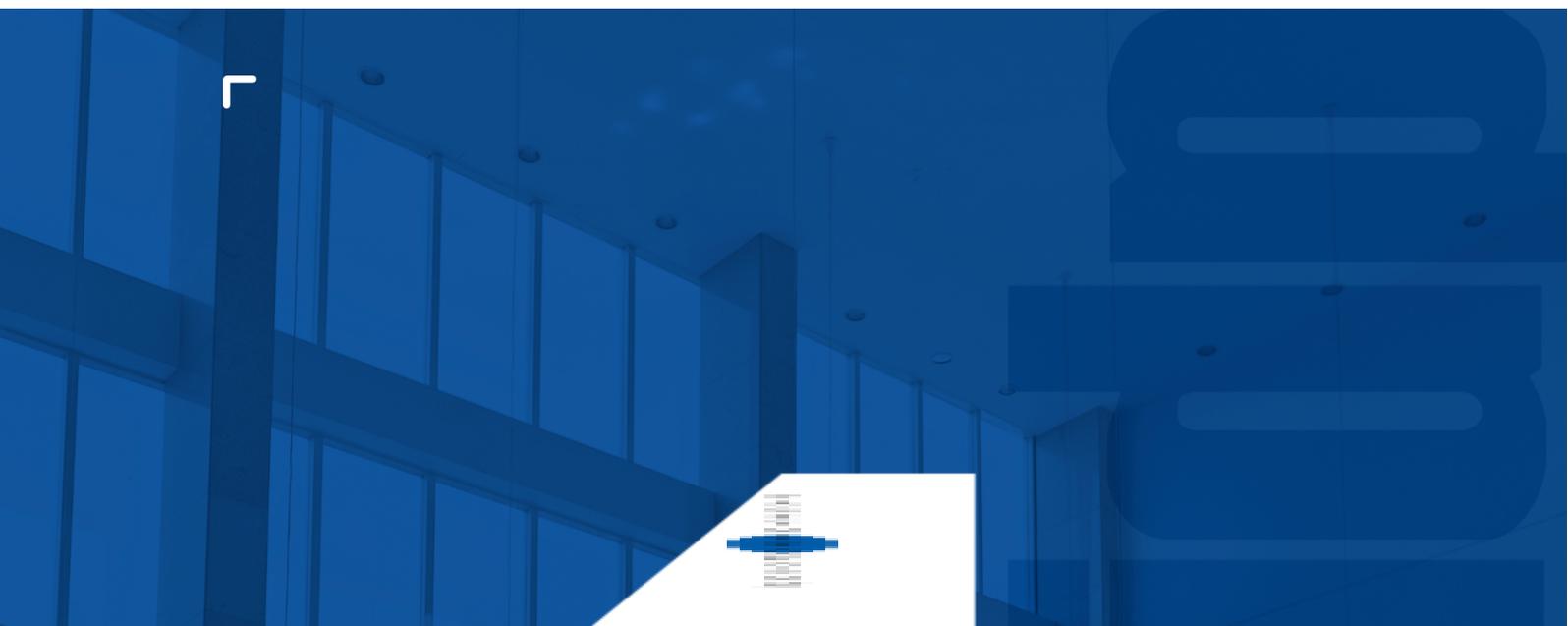
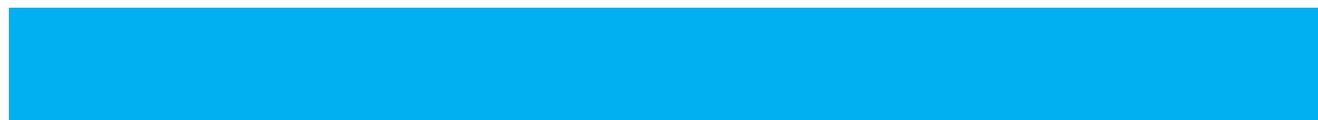
11. PROPOSTA DE BALIZAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO USO COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELOS ENTES PÚBLICOS 122

- 11.1 JUSTIFICATIVA PARA A REGULAMENTAÇÃO 122
- 11.2 DEFINIÇÃO DO ESCOPO E PRINCÍPIOS DA NORMA 123



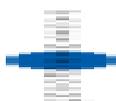
**12. O FOMENTO AO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS
NOS CONTRATOS PÚBLICOS 136**

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS 140





INTRODUÇÃO



O uso dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos pela Administração Pública é regulado a partir de inovações legislativas introduzidas nas normas que tratam dos contratos públicos, a exemplo das Leis de Concessões, das Parcerias Público Privadas e das Licitações. A literatura moderna entende que o uso dos meios autocompositivos pela Gestão Administrativa já não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigação.

A doutrina jurídica fundamenta o uso dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos a partir da legislação infraconstitucional, mas o presente estudo vai além e destaca que a opção do legislador pela introdução dos novos processos autocompositivos nos contratos públicos justifica-se no atual modelo de gestão estatal e busca atender com eficiência as demandas que surgem a partir de processos econômicos disruptivos, cada vez mais intensos e frequentes.

O Capítulo 2 trata da metodologia e referencial teórico, propõe uma coleta de dados bibliográficos que tratam dos principais modelos de gestão, com destaque para a transição do modelo burocrático de gestão para a Nova Gestão Pública.

O problema desta pesquisa é analisar, de forma técnico-científica, o Projeto de Lei do Senado 206/2018 e as demais propostas em curso e avaliar o seu impacto no uso dos Comitês de Resolução de Conflitos, nos contratos da administração direta e indireta dos entes da federação, sob a perspectiva do atual modelo de gestão pública.

A pesquisa qualitativa é descritiva e compreensiva (RODRIGUES, 2007), propondo os seguintes critérios de interpretação do fenômeno estudado: a) relacionar os aspectos histórico-sociais dos modelos de gestão pública e a natureza do atual modelo; b) analisar a dinâmica de solução de conflitos que surgem do atual modelo por meio de instituições e arranjos institucionais de caráter ex ante e ex post; c) avaliar e abordar a relevância dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como arranjos institucionais ex post a serviço do modelo de gestão pública vigente; d) a partir de um corte metodológico, aprofundar o estudo dos Comitês Extrajudiciais de Conflitos, suas modalidades e desenhos, a sua aplicação no cenário internacional e no Brasil e cotejar tais circunstâncias com a proposta do PLS 206/2018 (BRASIL, 2021a).

Os dados coletados por meio de amostragem teórica são tratados a partir de uma triangulação de informações e conceitos surgidos no decorrer da análise, que tenham relevância teórica no uso dos meios extrajudiciais de conflitos e a sua aplicação em contratos públicos.

A hipótese básica desta pesquisa considera que a regulamentação do uso dos Comitês de Resolução de Disputas apresentada pelo PLS 206/2018 (BRASIL, 2021a) viola o princípio federativo e conflita com o atual modelo de gestão pública, com o interesse público e prejudica a eficiência do instrumento, ao impor restrições ao uso desse instrumento nos contratos públicos.

O Capítulo 3 trata da transição do modelo burocrático para a Nova Gestão Pública e como os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos se encaixam na proposta desse último paradigma por propiciar a inserção de arranjos institucionais ex post capazes de mitigarem custos de transação e dotar os processos administrativos de maior eficiência. A reflexão acerca desse novo paradigma nos faz defender a ideia de que o uso dos MESCs deixa de ser uma alternativa e passa a ser uma obrigação do gestor público.

A gestão pública viveu duas fases determinantes no século XX. Em um primeiro momento, houve uma prevalência do modelo burocrático weberiano, com foco na racionalidade, impessoalidade e padronização na condução da coisa pública, e a construção de um Estado de bem-estar social caracterizado por uma atuação como agente ativo na economia (LODGE; GILL, 2011, apud CAVALCANTE, 2017).

Em uma segunda oportunidade, por força das turbulências econômicas que se iniciaram na década de 1970, os Estados passaram por reformas que mitigaram a sua presença ativa no mercado, introduzindo-se um novo paradigma na administração pública, fundado na ideologia liberal e pautado pela “eficiência, efetividade e competitividade”, é quando surge a proposta da Nova Gestão Pública (CAVALCANTE, 2017, p. 12).

No novo modelo de gestão pública há uma abordagem de mercado fundada na teoria do Equilíbrio Geral, que justifica o

desenvolvimento a partir da alocação eficiente de recursos em mercados perfeitos, mas o conceito de mercados perfeitos não reflete a realidade factual, porque o modelo sujeita-se às falhas que resultam em ineficiências e conflitos.

As organizações buscam mitigar os desequilíbrios na alocação de recursos por meio de adaptações a “que o Oliver Williamson chamou de adaptações autônomas” (FIANI, 2011), mas essas adaptações não geram um impacto sistêmico, sendo necessária a estruturação de um processo de cooperação para lidar com as falhas e incertezas.

A construção da cooperação se disciplina por meio de instituições e arranjos institucionais, mas tais recursos nem sempre são suficientes para lidar com a totalidade de incertezas e riscos, principalmente nos processos complexos e de longo prazo.

A ideia de suprimir por completo a insegurança jurídica por meio de arranjos institucionais em caráter ex ante exige negociações exaustivas e garantias adicionais, onerando os custos de transação, sobretudo nos contratos firmados com administração pública. Inexistem arranjos totalmente blindados, e uma das formas de enfrentar o desafio de lidar com falhas não previstas é dotar a relação jurídico-contratual de arranjos institucionais que disciplinem uma cooperação de natureza ex post e sejam capazes de bloquear ou dirimir os conflitos surgidos a partir de eventos futuros e não previstos com o mínimo impacto político econômico. Para tal propósito, o legislador brasileiro elegeu como instrumento os meios extrajudiciais de solução de conflitos.

O Capítulo 4 traz os modelos de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos, faz uma abordagem histórica quanto ao uso desses instrumentos no Brasil e debate conceitos fundamentais a essa aplicação, como a legalidade e a questão meritória das disputas vinculadas aos direitos patrimoniais disponíveis. O Capítulo é seguido por uma abordagem concentrada nos Comitês de Resolução de Disputas, sua origem, propósito, natureza jurídica, tipos, modalidades, e aborda o seu uso nas esferas nacional e internacional.

O Capítulo 5 trata dos Comitês de Resolução de Disputas, explica as razões pelas quais é o mais adequado para lidar com os

contratos complexos e estratégicos de substancial valor econômico, trata das suas características, princípios, tipologia, modalidades, constituição, poderes e do cumprimento de suas recomendações e decisões.

O Capítulo 6 trata do uso dos Comitês nos cenários nacional e internacional, traz diversos exemplos do uso dos Comitês de Resolução de Disputas em obras de grande porte em diversos países, como Estados Unidos, Inglaterra, China, Singapura, Austrália etc., e operações realizadas no Brasil, para, ao final, identificar uma grande disparidade no uso e entendimento do instrumento nesses dois universos, concluindo que o uso da ferramenta pela Administração Pública nacional é bastante tímido, o que demanda uma proposta de fomento, que abordamos no Capítulo 12.

O texto avalia, no seu Capítulo 7, os principais desenhos de Comitês adotados pela Câmara de Comércio Internacional e o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, cláusulas que serão paradigmas para a avaliação do PLS 206/2018 e demais propostas legislativas, para que, ao final, possamos apresentar o desenho que melhor atenda o interesse da Administração, o que fazemos no Capítulo 11.

O Capítulo 8 aborda a regulação dos Comitês de Resolução de Disputas pela administração pública no Brasil e apresenta as Leis 16.783/2018 do Município de São Paulo e 11.241/2020 do Município de Belo Horizonte. Além das legislações municipais, o estudo apresenta a Nota Técnica 04/2019, que é o resultado de estudos promovidos por diversas entidades sob a coordenação da Casa Civil para a elaboração da cláusula de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos que devem compor os contratos no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos. Isso nos permite entender que há uma dissociação entre as propostas legislativas, fundadas na doutrina e aquela do Poder Executivo, que conta com a colaboração de todos os atores presentes nos contratos públicos.

O Capítulo 9 apresenta o PLS 206/2018 e outras iniciativas do legislativo e executivo, na busca de um modelo que melhor atenda ao interesse público. O projeto tramita na Câmara Federal sob número PL 2.421/2021 e ali foi apensado o PL 9.883/2018 da Câmara Federal, que trata do mesmo assunto.

O PLS 206/2018 propõe regulamentar o uso dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta da União e a redação final encaminhada à Câmara Federal, já como PL 2.421/2021, assume nova dimensão e propõe a regulação para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais, disponíveis em quaisquer contratos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e impõe outras restrições a exemplo de limitação de seu uso ao tipo ad hoc.

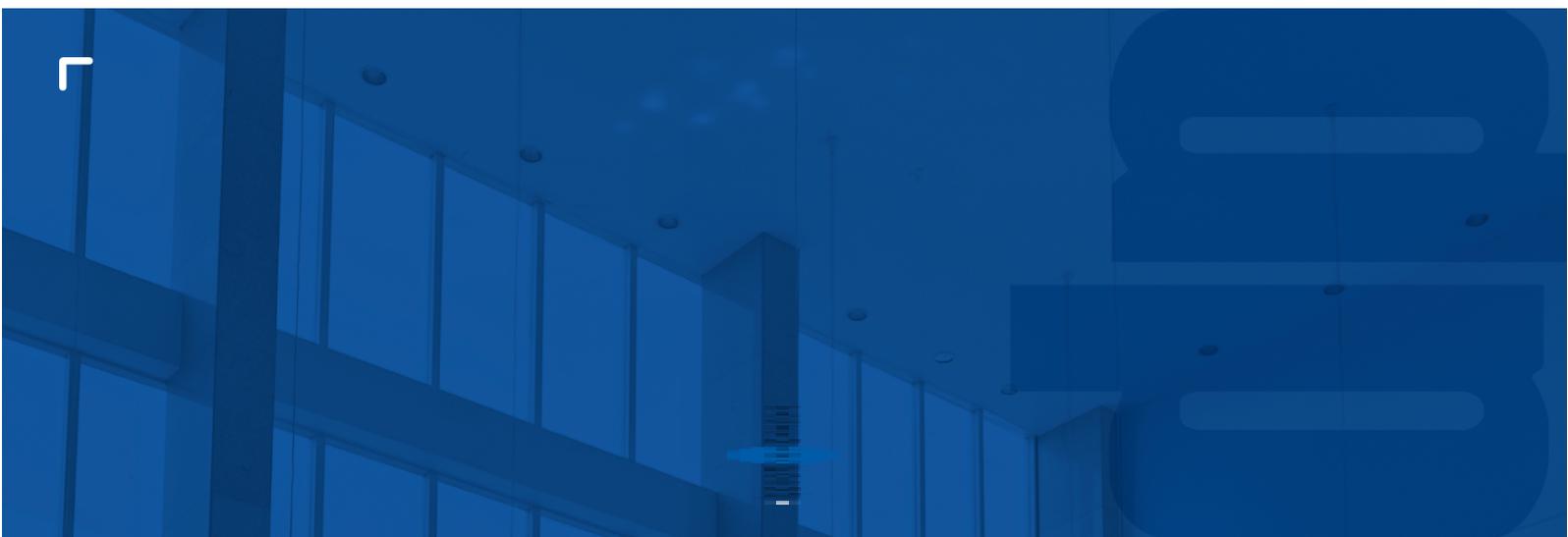
O Capítulo 10 trata da inconstitucionalidade do alargamento da incidência do PLS aos demais entes públicos, por violar o princípio federativo, e propõe uma redação alternativa capaz de conciliar o entendimento do legislador infraconstitucional ou que dispõe a Constituição Federal e que pode ocorrer por meio de uma lei geral que admita a regulação específica do uso a cada ente federativo. Além da questão da constitucionalidade, o trecho aponta outros limites que mitigam a eficiência do instrumento, mas destaca os efeitos positivos no fomento ao uso da ferramenta ao propiciar ao administrador público a percepção de segurança jurídica.

O texto conclui pela validade da hipótese e propõe balizas para a construção de uma norma que melhor atenda ao interesse da administração no uso dos Comitês de Resolução de Disputas no seu Capítulo 11, onde são elencados diversos elementos que devem compor a regulamentação, como escopo, ajustes que possam garantir a constitucionalidade de uma norma de caráter geral, tipos e modalidades de Comitês, formação, incidência de multas etc. Além das cláusulas típicas, o Capítulo traz sugestão de norma processual.

O Capítulo 12 põe a lume o fato de que de nada adianta uma miríade de textos a tratarem do uso dos Comitês de Resolução de Disputas se tais apontamentos permanecerem reféns de uma cultura ancorada em uma perspectiva burocrática weberiana, justificada na percepção de insegurança jurídica do gestor público e propõe a criação de uma política de fomento do uso dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos nos contratos públicos em parceria com as instituições especializadas.



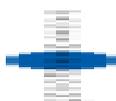
Em suas considerações finais, Capítulo 13, o estudo propõe um reposicionamento dos projetos legislativos em curso e a criação de uma política de fomento ao uso dos Comitês de Resolução de disputas, que é seguido das considerações finais no Capítulo 13.





2

METODOLOGIA E REFERENCIAL TEÓRICO



A pesquisa propõe uma abordagem qualitativa: parte com a coleta de dados bibliográficos que tratam dos modelos de gestão pública, da transição do modelo weberiano para o modelo de mercado que inspira a Nova Gestão Pública e da necessidade de inserção de arranjos institucionais capazes de promover uma coordenação ex post.

A partir de uma descrição da doutrina e modelos de gestão pública vigentes, o trabalho propõe uma análise de como a nova gestão pública se conecta com os meios de resolução extrajudiciais de conflitos, da relevância do uso desses arranjos para os contratos públicos e o seu alinhamento com os princípios da administração, em especial, o interesse público.

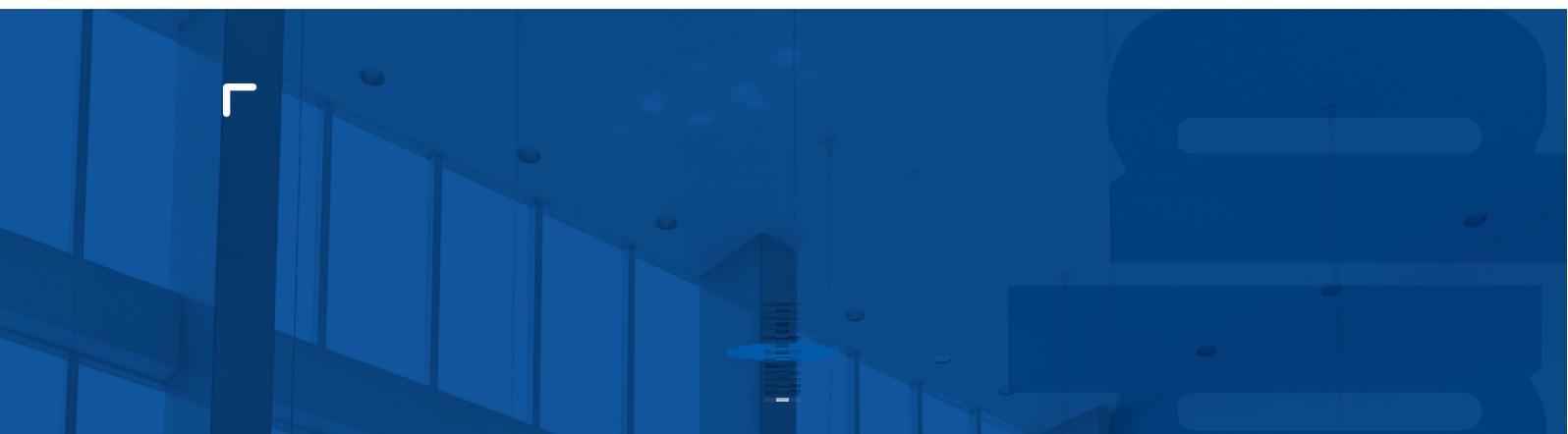
A pesquisa coleta dados sobre os meios extrajudiciais de solução de conflitos com ênfase nos Comitês de Resolução de Disputas, lança mão de artigos e estudos que tratam dos resultados do uso desses comitês nos contratos públicos e privados, bem como coleta modelos de regras de diversas instituições especializadas para identificar os melhores práticas e paradigmas.

Após uma análise da legitimidade e relevância do uso dos meios de resolução extrajudiciais de conflitos e, em especial, dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos com a administração pública, examina-se o PLS 206/2018 (BRASIL, 2021a), as demais propostas legislativas e o uso desses comitês pela administração pública.

Há uma inevitável interação entre o objeto de estudo e o pesquisador, que promove atividade interpretativa a partir dos dados e informações coletadas para promover as seguintes ações: a) relacionar os aspectos histórico-sociais dos modelos de gestão pública e a natureza do atual modelo; b) analisar a dinâmica de solução de conflitos que exsurtem do atual modelo, por meio de instituições e arranjos institucionais de caráter ex ante e ex post; c) avaliar e abordar a relevância dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como arranjos institucionais ex post a serviço do modelo de gestão pública vigente; d) promover um corte metodológico para aprofundar o estudo dos Comitês Extrajudiciais de Conflitos, suas modalidades e desenhos, a sua aplicação no cenário internacional, e ao final e) apresentar uma

proposta de regulamentação que melhor se adeque aos princípios o atual modelo de gestão pública.

A hipótese desta pesquisa considera que a proposta de regulamentação do uso dos Comitês de Resolução de Disputas apresentada pelo PLS 206/2018, viola o princípio federativo e colide com o modelo da nova gestão pública e os subsequentes porque limita o uso do arranjo institucional em questão, colidindo com o princípio da eficiência e em uma última camada, com o interesse público.



3

**A TRANSIÇÃO DO MODELO
BUROCRÁTICO WEBERIANO PARA A
NOVA GESTÃO PÚBLICA E O PAPEL
DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE**

Este capítulo aborda a evolução dos modelos de gestão pública, com especial destaque na transição do modelo burocrático weberiano para a nova gestão pública, com o escopo de contextualizar o papel dos meios autocompositivos nos atuais processos gerenciais administrativos, cuja aplicação não encontrava suporte no primeiro modelo.

A doutrina aborda o papel dos meios autocompositivos a partir da novel legislação, que se construiu a partir da mudança de paradigma, com manifestações claras do legislador quanto ao uso dos arranjos institucionais *ex post* nos contratos administrativos.

Em meados do século XIX, a economia capitalista submete-se às profundas transformações em razão de dinâmicas tecnológicas disruptivas, transformações essas que impactaram não só nos modelos econômicos, mas também na gestão pública, que foi obrigada a evoluir.

A administração pública e organizações religiosas e militares já faziam uso de princípios burocráticos desde o século XVI, mas é a partir do século XIX que o modelo se destaca. Nos Estados Unidos, foram promovidas reformas administrativas vinculadas ao *progressive public administration* (SECCHI, 2009, p. 350), corrente que defendia a regulação estatal em detrimento do *laissez-faire* liberal (LEONARD, 2011 p. 52).

No início do século XX, desponta o trabalho de Max Weber, sociólogo alemão que analisou e sintetizou as principais características do modelo burocrático, difundindo o modelo burocrático weberiano como paradigma de administração pública.

Foi apenas após a morte de Weber, e após a publicação em 1922 do livro *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economia e sociedade), que as bases teóricas da burocracia foram definitivamente construídas. Em descrição sobre os modelos

ideais típicos de dominação, Weber identificou o exercício da autoridade racional- legal como fonte de poder dentro das organizações burocráticas. Nesse modelo, o poder emana das normas, das instituições formais, e não do perfil carismático ou da tradição (SECCHI, 2009, p. 351).

Lastreado em normas e instituições formais, separando o planejamento da execução, o modelo burocrático weberiano é caracterizado pela formalidade, impessoalidade e o profissionalismo. A formalidade estabelece uma clara definição dos membros da organização, a sua legitimidade e posição hierárquica, e, mais além, o modelo busca a “standardização” e continuidade dos serviços prestados (SECCHI, 2009, p. 350).

O modelo burocrático demanda uma estruturação racional, princípios e normas que atribuem deveres a quem ocupa determinada posição em uma cadeia hierárquica de mando e subordinação.

A atribuição de competência no modelo burocrático é legitimada por um processo impessoal e meritório (PIVETTA *et al.*, 2018), delegando-se a posição hierárquica por meio de uma dinâmica competitiva, elaborada pela própria organização, àquele que tenha melhor capacitação para exercê-la (SECCHI, 2009, p. 350-352).

Após a Segunda Guerra Mundial, os países desenvolvidos se depararam com grandes desafios para sustentar um novo estágio da indústria capitalista, e, mais uma vez, a dinâmica tecnológica demandou ajustes institucionais. A nova indústria, muito mais competitiva, exigiu a complexificação do aparelho estatal para atender não só às demandas de cunho social, mas também às de natureza econômica.

No âmbito da gestão pública, no contexto de Estado como principal indutor da economia, prevaleciam as premissas da administração pública tradicional, com forte influência do modelo weberiano de burocracia. Esse paradigma clássico de burocracia estatal caracterizava-se pela quase exclusividade na prestação dos serviços públicos, valorização da racionalidade, impessoalidade e padronização na condução da coisa pública e, sobretudo, pelo forte apego dos burocratas aos controles procedimentais (LODGE; GILL, 2011; CAVALCANTE, 2017, p. 10).



As novas demandas institucionais desdobraram-se e surgiu o modelo do *welfare state* “como uma parte do acordo do pós-guerra entre capital e trabalho, e de uma estrutura geralmente mais intervencionista” (7, p. 70, apud ARRETCHE, 2014), o que exigiu grandes investimentos e despesas por parte do Estado, modelo que foi largamente copiado pelos países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil.

Em meados do século XX, por conta de um novo contexto histórico, o modelo burocrático weberiano apresentou sinais de fadiga, dando espaço para uma outra abordagem: a Nova Administração Pública.

A compreensão das razões que levaram à transição do modelo burocrático para a Nova Gestão Pública demanda um olhar abrangente e dinâmico acerca do ambiente político e econômico em que ocorreu (CAVALCANTE, 2017, p. 10).

Em meados dos anos 1970 [...] a notória crise fiscal passou a afetar as principais economias do mundo capitalista. O discurso hegemônico, especialmente nos países desenvolvidos, era que o governo tinha se tornado sobrecarregado e insustentável do ponto de vista financeiro, ou seja, o elevado nível da despesa pública gerou grandes *déficits* orçamentários, impactando nos níveis de investimento privado e prejudicando o crescimento econômico sem melhorias na prestação dos serviços públicos como contrapartida (SCHIAVO-CAMPO; MCFERSON, 2008, apud CAVALCANTE, 2017, p. 11).

Esse alto nível de despesa pública forçou os governos a repensarem “o papel das empresas estatais no aparato do Estado e a considerar não só grandes reformas estruturais nessas organizações, mas também grandes reformulações em seus sistemas de capitalismo de Estado” (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 56).

Era necessária uma redução no “grau de intervencionismo estatal na economia e na sociedade, bem como combater a considerada ineficácia e ineficiência do modelo de administração pública vigente” (MOE, 2007; PACHECO, 2010, apud CAVALCANTE,

2019), e essa redução fez emergir um novo desenho das “estruturas e processos nas organizações do setor público, com o objetivo de obter melhores desempenhos” (CAVALCANTE, 2017, p. 17), com um modelo caracterizado por um “gerenciamento da máquina pública baseado nos princípios e nas diretrizes de eficiência, eficácia e competitividade e em instrumentos de gestão oriundos de organizações privadas” (CHRISTENSEN; LÆGREID, 2007; GOLDFINCH, 2009, *apud* CAVALCANTE, 2017, p. 14): a Nova Gestão Pública.

A Nova Gestão Pública (NGP)

Consiste no conjunto de conceitos e práticas específicos, tais como: ênfase no desempenho, por meio de mensuração de indicadores de custos, processos e resultados/impactos; preferência por formas organizacionais mais enxutas e especializadas em detrimento à ideia de grandes organizações multifuncionais; introdução generalizada de mecanismos típicos de mercado, como abertura à concorrência, remuneração por desempenho e foco no tratamento de usuários de serviços como clientes (POLLITT; BOUCKAERT, 2011, *apud* CAVALCANTE, 2017, p. 15).

O modelo emergente caracterizava-se pelo compartilhamento de fundamentos intelectuais entre a proposta de reforma da administração pública e as políticas econômicas e sociais, posto que ambas enfrentavam problemas inter-relacionados e demandavam respostas integradas.

Thus, in most OECD Member countries public management reform has involved a major cultural shift in response to a new paradigm of public management which attempts to combine modern management practices with the logic of economics, while still retaining the core public service values. This new management paradigm emphasizes results in terms of “value for money”, to be achieved through management by objectives, the use of markets and market-type mechanisms, competition and choice, and devolution to staff through a better matching of authority, responsibility and accountability” (KEATING, 2001, p. 145).¹

¹ Assim, na maioria dos países membros da OCDE, a reforma da gestão pública envolveu uma grande mudança cultural em resposta a um novo paradigma de gestão pública que tentava combinar práticas modernas de gestão com a lógica da economia, mantendo os valores centrais do serviço público. Esse novo paradigma

A Nova Gestão Pública adotou o paradigma de mercado, cuja base teórica é a Teoria do Equilíbrio Geral, a qual, por sua vez, defende a ideia de que “a determinação dos preços e das quantidades de equilíbrio é feita supondo-se que em todos os mercados sejam de concorrência perfeita” (LEITE, 2012, p. 82), modelo que demanda unicidade e estabilidade. Entretanto “como explicaram Werner Hildebrand e Alan P. Kirman”, “se houver múltiplos equilíbrios, a análise econômica acerca de mercados ‘perde seu interesse intrínseco’” (1988, p. 201, *apud* FIANI, 2011, p. 51).

Para FIANI (2011), não há suporte teórico para acreditar que uma economia pode se organizar “exclusivamente a partir do funcionamento de mercados livres” em razão da multiplicidade de variáveis e à sujeição do desenvolvimento uma série de percalços: desequilíbrios em função da escala, assimetria de informações, externalidades etc., “e que são conhecidos na literatura econômica como falhas de mercado”.

Para combater os efeitos deletérios das falhas de mercado, as organizações promovem ajustes individuais a que “Oliver Williamson chamou de adaptação autônoma” (FIANI, 2011), mas como esses ajustes destinam-se à realidade específica de determinada entidade, não são capazes de impactar todo o conjunto. A solução sistêmica demanda coordenação, e saber qual é o melhor modo de coordenar as atividades de agentes independentes dotados de interesses divergentes é o grande desafio do desenvolvimento (CHANG, 1996, *apud* FIANI, 2011, p. 57).

O enfrentamento das falhas resultantes da alocação ineficiente dos recursos exige um alinhamento de interesses por meio de “outro gênero de instituições [...] que não promovam adaptações autônomas, mas favoreçam algum tipo de coordenação” (FIANI, 2011, p. 57).

As instituições “formam a estrutura de incentivos de uma sociedade” e “são os determinantes subjacentes do desempenho econômico”. Funcionam como as “regras do jogo” de uma sociedade (NORTH, 2010, p. 15-16 *apud* LARRUSCAIM *et al.*, 2019).

de gestão enfatiza os resultados, em termos de “*value for money*”, a serem alcançados por meio da gestão por objetivos, o uso de mercados e tipos de mercado, competição e escolha e retorno por meio de uma melhor correspondência de autoridade, responsabilidade e prestação de contas (KEATING, 2001, p. 145).

Compete, ainda, distinguir “*instituições e ambiente institucional*” de “*arranjos institucionais*”. “Um ambiente institucional é constituído pelas regras políticas, sociais e legais mais básicas e gerais que definem o sistema político e econômico, transcendendo as regras que os agentes privados estabeleceriam para si, nas suas transações econômicas ou nas suas relações políticas e sociais particulares” (DAVIS; NORTH, 1971, p. 6, *apud* FIANI, 2013). Os arranjos institucionais, por sua vez, são um “conjunto de regras que governa a forma pela qual agentes econômicos podem cooperar e/ou competir” (FIANI, 2013, p. 22).

Ao tratar dos arranjos institucionais, Fiani (2013) usa o diagrama de Williamson (1991). O Autor cita que

uma primeira divisão ocorre entre as abordagens que privilegiam o papel do ambiente institucional na economia, seja das regras gerais que governam o setor público (na teoria da escolha pública) ou o setor privado (teoria dos direitos de propriedade), seja das abordagens que estudam os arranjos institucionais. Entre estas últimas, tem-se novamente uma divisão: de um lado, há teorias que adotam um levantamento completo, ou seja, que supõem que as dificuldades contratuais podem ser solucionadas antes do desenvolvimento contratual, desde que as provisões contratuais adequadas (na forma de incentivos para alinhar as preferências do agente com o principal) sejam adotadas.

Por outro lado, a teoria dos custos de transação apresenta o mesmo enfoque nos arranjos institucionais; porém, em vez de supor que é possível solucionar antecipadamente os conflitos que podem surgir, admite que em circunstâncias de elevada complexidade e incerteza, dada a racionalidade limitada dos agentes, os contratos são gravemente incompletos (FIANI, 2013, p. 24).

“Os custos de transação seriam os custos de se recorrer ao sistema de preços. Em outras palavras, toda vez que se recorre ao mercado para realizar uma transação, incorrem-se em custos” (COASE, 1988, *apud* FIANI, 2011, p. 62), que são distribuídos em três momentos: 1) localizar a contraparte interessada (*search costs*); 2) negociar com a parte interessada (*bargain costs*); e 3) garantir o cumprimento do contrato (*enforcement costs*).

Ao abordar o papel dos custos de transação na teoria da troca, North (1990) explica que a avaliação do risco somada aos custos de *enforcement* são determinantes nos custos de transação. Quanto mais acessível a informação, mais simples as relações entre as partes e mais consolidadas as práticas, menores os custos de transação; e quanto maior a complexidade do objeto da troca, mais difícil avaliá-lo e mais custosa será a transação.

Nas relações jurídicas em que é possível a substituição da contraparte e os ativos não são específicos, como no fornecimento de *commodities*, por exemplo, há maior flexibilidade e menor impacto da insegurança decorrente de incompletude, isso resulta em menor custo de transação.

Ocorre, porém, que caso a transação envolva ativos específicos, a substituição da contraparte na transação não é mais possível, ou somente é possível a um custo elevado. Isso reduz significativamente a competição entre as partes, ou seja, configura-se uma situação de transações em “pequenos números”. Neste contexto, a incompletude dos contratos se torna um problema grave, pois a continuidade da transação é fundamental para a realização dos ganhos projetados (FIANI, 2013, p. 25).

Nas relações complexas, “para que a transação possa ser preservada, é preciso constituir um arranjo institucional que promova adaptações e ajustes entre as partes de caráter *ex post*” (FIANI, 2013, p. 25), e a maior ou menor probabilidade de sucesso no uso dessa ferramenta determinará maior ou menor impacto nos custos de transação.

Quanto maior a dificuldade de se mensurar o valor de troca e promover o *enforcement* e a percepção de insegurança, maior o impacto nos custos de transação.

Quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas se tornam as relações sociais e, em especial, as transações econômicas. Assim, a insegurança jurídica aumenta o risco e os custos das transações econômicas. Mais especificamente, ela distorce o sistema de preços ao elevar o risco e o custo dos negócios; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível; estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e a exploração

de economias de escala; e diminui a qualidade da política econômica, tornando-a mais instável e deixando de coibir a expropriação pelo Estado, desestimulando, dessa forma, o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico (PINHEIRO, 2014, p. 152).

A insegurança jurídica representa um dos principais custos de transação na ambiência econômica brasileira, cujo sistema não está preparado para dar respostas adequadas quando se trata de temas de alta complexidade técnica. Além das deficiências na estrutura que dá suporte ao processo cognitivo, o judiciário brasileiro ainda não se mostra capaz de apresentar soluções estáveis a despeito dos esforços legislativos de promoverem a valorização dos precedentes. Segundo Wolkart (2015) há “[...] motivos para projetar uma piora da qualidade das decisões judiciais no curto prazo. Na verdade, dada nossa cultura analítica e quantidade de processos, tudo leva a crer que, [...], o juiz brasileiro continuará a decidir da mesma forma”.

Em uma perspectiva de mercado, o sistema jurídico e os modelos de gestão devem privilegiar meios que façam uso de processos colaborativos, reforçando a cooperação fundada em um diálogo contínuo. Para lidar com esse desafio, devem ser definidos arranjos institucionais que regulem regras de cooperação não só de forma prévia (*ex ante*), como instrumentos que promovam ajustes após o início da execução do contrato, a governança *ex post* (WILLIAMSON, 1996, *apud* FIANI, 2011, p. 80).

O modelo da Nova Gestão Pública demanda meios alternativos ao procedimento jurisdicional, meios de natureza autocompositiva, mais eficazes na solução de diferenças.

Sob o prisma de uma relação jurídico-administrativa pactual pública, o contrato administrativo fica menos sujeito às discussões ou conflitos, o que melhora consideravelmente a prestação dos serviços públicos (CALDAS, 2016, p. 229).

O legislador brasileiro não foi omissivo diante da necessidade da administração pública ao contar com instrumentos institucionais de governança *ex post* e prévio o uso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos nas relações jurídico contratuais com a administração pública.

O desafio normativo ao uso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos públicos é adequar essa prática a uma

cultura de gestão ainda arraigada ao modelo burocrático e aos *princípios da administração e ao interesse público*.

Coube [...] à doutrina alemã a superação do problema da compatibilização entre a definição do interesse público e o exercício da administração consensualizada com a chamada teoria do duplo grau, partindo da distinção entre categorias ou níveis de exercício do poder: a categoria primária (*primare Stufe*) e a categoria secundária (*sekundare Stufe*), cabendo à esfera do público a decisão primária de poder. Que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a decisão secundária de poder, perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar (MOREIRA NETO, 2003, p. 139).

O modelo administrativo vigente demanda efetividade e faz emergir uma nova perspectiva de interesse público, que resulta no conceito de constitucionalismo de resultado, na qual a definição do interesse público “sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele a evolução da eficácia à eficiência e, desta à efetividade” (MOREIRA NETO, 2003, p. 141). Essa nova perspectiva tornou obsoleto o conceito de constitucionalismo programático.

A execução dos contratos com o uso de meios rápidos e efetivos de resolução de disputas é fator crítico para o crescimento econômico, porque os ricos econômicos inerentes à execução dos contratos públicos não afetam apenas o ente privado.

Diante do paradigma de um Estado que se distancia da intervenção direta nos processos econômicos e nos próprios serviços públicos, atuando como regulador, o administrador deve estar atento ao fato de que a exposição ao risco pelo particular deve ser sopesada e mitigada. A alta exposição ao risco reduz o número de atores interessados em agir em colaboração com a gestão pública, causando distorções que resultam numa inexorável ineficiência.

Os contratos que tratam de serviços e infraestrutura que os governos são incapazes de desenvolverem sozinhos e dependem da participação do setor privado são complexos e caracterizados por sucessivas disputas. A presença de meios rápidos e eficientes de solução dessas disputas são vitais para que a administração possa atrair o maior número de atores interessados em assumir tais

empreitadas, com um incremento da competição que resulta na redução de custos e maior efetividade.

Diante da nova abordagem da administração, voltada para a efetividade, o uso dos meios extrajudiciais não só se adequa ao princípio do interesse público como passam a integrar o seu próprio escopo.

Para entender a inserção dos meios extrajudiciais de solução de conflitos admitidos no sistema jurídico pátrio, é necessário identificar as suas espécies e promover o seu contexto histórico e arcabouço jurídico. No próximo tópico serão apresentados os principais modelos de meios de solução extrajudiciais de conflitos e, em seguida, uma abordagem histórica da introdução desses arranjos institucionais no Brasil, com especial foco nos Comitês de Resolução de Disputas.



4



4

OS MODELOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS

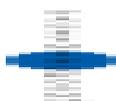
Os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs) são processos que não se vinculam à atividade jurisdicional estatal, podem ser de natureza heterocompositiva, como é o caso da arbitragem, ou autocompositiva, a exemplo da negociação, da conciliação e da mediação (CAHALI, 2018).

Além desses modelos clássicos de soluções extrajudiciais de conflitos, existem diversos outros que surgiram a partir de uma dinâmica econômica transacional, cada vez mais sofisticada compondo um sistema multiportas; um modelo que propõe diversas alternativas além do judiciário, mais ou menos adequadas a cada relação jurídica constituída, e, em regra, todas direcionam a um só destino: a solução autocompositiva do litígio.

No sistema multiportas, deve-se buscar para cada circunstância o meio mais eficaz para a solução do litígio, e não é à toa que a nova Lei de Licitações (14.133/2021) dispõe no seu art. 151 que, nas contratações, “poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o Comitê de Resolução de Disputas e a arbitragem”, onde a expressão “notadamente” permite ao administrador buscar o desenho da estrutura de solução de conflitos mais adequada a cada contexto.

O sistema multiportas funda-se na própria Constituição e se trata de uma política pública relevante de acesso à justiça. Segundo o relatório Justiça em Números 2022, elaborado pelo CNJ, em 2021 tramitava no Judiciário Brasileiro 77,3 milhões de processos, apesar do Índice de Produtividade dos Magistrados ser sido incrementado em 11,6% entre 2020 e 2021, sendo necessário estudar o impacto dessa diferença na qualidade dos serviços (CNJ, 2022).

Na Justiça Estadual, que concentra 71% dos casos, há dois assuntos prevaletentes que temos que destacar: discussões sobre danos morais e materiais e sobre direito de família. O uso de MESCs nessa última matéria esbarra na questão de que nessa seara nem todos os direitos são disponíveis.



Apesar da previsão expressa no Código de Processo Civil de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, norma que incorpora o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e dispõe da Resolução 125/2010 do CNJ que

cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação (CNJ, 2010).

No ano de 2021, a conciliação na fase de conhecimento foi de 18,5% nos juizados especiais e 16,7% na Justiça Comum, o que demonstra em números a importância do uso de MESC's na solução de conflitos.

Podemos citar, como meios clássicos de MESC, a arbitragem, a mediação e a conciliação, que se somam meios contemporâneos, dentre os quais podemos citar os Comitês de Resolução de Disputas, o mini trail, a avaliação do terceiro neutro (Early Neutral Evaluation – EME ou Neutral Evaluation), o Consensus Building, o design do sistema de disputas e outros.

Na **arbitragem**, um terceiro ou um colegiado eleito pelas partes, decidem um determinado conflito em um procedimento caracterizado pela rapidez, informalidade, especialização e confiança dos contendores (DIAS; PEREIRA, 2020). Trata-se de procedimento heterônomo (“método adversarial”), no qual uma das partes se contrapõe à outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão (CAHALI, 2018).

Para Cahali (2018) são basicamente quatro as teorias que tratam da natureza da arbitragem: privatista (contratual), jurisdicional (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma.

Para a teoria contratualista, a arbitragem é a extensão do próprio contrato firmado entre as partes; já a teoria mista entende que embora de natureza contratual, a arbitragem depende de um sistema

jurídico para se desenvolver, embora não seja conduzida integralmente por esse sistema, o que pouco difere da teoria contratualista.

A teoria autônoma entende ser a arbitragem totalmente isolada de determinado sistema jurídico. Essa teoria que tem mais aderência nos procedimentos arbitrais internacionais, em que

[...] há certa independência à ordem local de uma ou outra parte. Verifica-se aqui o extremo do princípio da autonomia privada, na medida em que, diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos jurídicos, tratando-a como soberana. Cria-se uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico (GUERREIRO, 1994, apud CAHALI, 2018).

A teoria autônoma merece destaque em face da expressa admissão do seu uso nos contratos internacionais, inclusive no que diz respeito ao uso de direito alienígena, nos termos do art. 2º, § 2º da Lei 9.307/1996.

A teoria publicista ou jurisdicionalista confere à arbitragem a natureza jurisdicional em função da outorga de poderes de juiz ao árbitro por parte do Estado.

No passado, quando a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a chancela do estado mediante a homologação do laudo, muito fácil era sustentar a natureza contratual da arbitragem. Entretanto, com o advento da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial (art. 31 de Lei 9.307/1996 e art. 475-N, IV do CPC/1973), dispensando a prévia homologação [...] (CAHALI, 2018, p. 134).

No Brasil, a Lei 9.307/1996 atribui ao árbitro o “status e atributos de um juiz” (CAHALI, 2018), nos termos dos seus artigos 13, § 6º e 18.

Muito embora a lei possa delegar ao árbitro competência jurisdicional, o mesmo não é possível quando se trata da coertio e da executio, poderes indelegáveis à luz de um Estado democrático de Direito. O enforcement depende do poder de polícia Estatal.

Além da arbitragem, as partes podem lançar mão de mecanismos não adversariais, com a solução pacífica dos conflitos, a exemplo da mediação e da conciliação.

A **mediação** é regulada pela Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 e se trata de atividade técnica exercida por um terceiro imparcial, sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação, diversamente da arbitragem, trata-se de meio autocompositivo. Como princípio, a mediação contém grande carga pedagógica, sendo capaz de estabelecer a comunicação entre as pessoas.

A mediação se concretiza pelo emprego de um conjunto de técnicas de comunicação, adequada para garantir escuta qualificada e eficaz, capaz de dar materialidade ao princípio da dignidade humana e à proteção do Estado.

Por ser uma linguagem profissional, requer conhecimento da origem das relações humanas, quer sejam de ordem social, biológica ou econômica, e que viabilize o acesso à justiça, o que requer os saberes diversos, como Direito, psicanálise, Psicologia, Sociologia, Filosofia (LIMA, PEREIRA, 2022, p. 39).

A Lei 13.140/2015 trata da autocomposição de conflitos em que faz parte a pessoa jurídica de direito público e dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver. Assim, terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O § 1º do art. 32 aborda a autonomia dos entes públicos na regulamentação do procedimento de mediação² em obediência ao princípio federativo.

A **conciliação**, como esclarece Marinoni (2016, p. 303),

É a colaboração de um terceiro imparcial na tentativa de obtenção da autocomposição do litígio. Esse terceiro possui papel ativo da autocomposição, podendo sugerir soluções para o conflito. O papel do conciliador é mais presente do que o do mediador, na medida em que é sua função sugerir alternativas para a resolução do litígio. Por outro lado, sua finalidade não é examinar todo o contexto do problema, devendo cingir-se à solução do conflito que lhe é submetido (MARINONI, 2016, apud OLIVEIRA 2018, p. 59).

A conciliação guarda ainda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda disputa, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar ou, ao menos, considerar, o nível de satisfação que o outro lado venha a ter. Algumas vezes, até os sujeitos das mesas de conciliação entendem como ganho a insatisfação que o resultado possa provocar na outra parte (SOUZA, 2015, p. 87).

Apesar da conciliação e mediação terem semelhanças no seu escopo, ambas guardam nítidas distinções em seus propósitos e alcance social. Enquanto a conciliação tem como foco e objetivo principal o acordo, a mediação busca a desconstrução do conflito.

[...] a construção de acordos não garante que seja efetivamente dirimido o conflito entre as partes e, por vezes, chega a acirrá-lo. Todavia, a base da pacificação social reside no restauo da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios; esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apoiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes. Por dedicar-se ao restauo da relação social e à desconstrução do conflito – o que lhe confere caráter preventivo de amplo alcance social, a mediação vem sendo considerada o método de eleição ideal ou mais apropriado para desacordos entre pessoas cuja relação vai perdurar no tempo – seja por vínculos de parentesco, trabalho, vizinhança ou parceria (SOUZA, 2015, p. 86).

Os **Comitês de Resolução de Disputas**, também conhecidos como Dispute Resolution Boards, foram concebidos para atender à necessidade da indústria da construção de uma solução rápida,

técnica e imparcial de controvérsias ocorridas ao longo da execução das obras (FIGUEIREDO; SALLA et al., 2021), com foco na garantia da integridade do fluxo de caixa com vistas a execução tempestiva do contrato.

Trata-se de um

comitê composto em regra por uma ou três pessoas, independentes das partes contratantes, contratadas para desempenhar um papel de supervisão da execução do projeto e do contrato. Sua principal função é auxiliar as partes a evitar disputas, se possível, ou se não, para auxiliá-los a uma solução rápida, econômica e aceitável resolução de disputas e evitar a necessidade de arbitragem ou litígio (CHARRETT, 2009).

As normas que admitem o uso dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos trazem listas exemplificativas, permitindo a adoção de qualquer modalidade, dentre as quais podemos citar o mini trail, a avaliação do terceiro neutro, o design de sistemas de disputas e o consensus building. Além disso, há a perspectiva dos contratos inteligentes, autoexecutáveis.

O **mini-trail** consiste em um método de solução de disputa, em que, no curso do litígio, o juiz sugere o uso do mecanismo, as partes se manifestam de forma sumária e a manifestação posterior do juízo não tem caráter vinculante e tem natureza confidencial. Na hipótese do caso não ser resolvido, o processo retoma seu curso sob a direção de um outro juiz.

Na **avaliação do terceiro neutro** (Early Neutral Evaluation – EME ou Neutral Evaluation), um terceiro neutro mensura as possibilidades de cada parte, auxiliando-as no processo de composição, ela pode ser utilizada quando envolve questões técnicas que demandam avaliação por peritos.

O **Consensus building** consiste em uma mediação que envolve diversas partes, em questões múltiplas e complexas que se resolvem quando a coletividade chega a um consenso. (TRINDADE et al., 2016).

No **design do sistema de disputas** (DSD), cria-se estrutura específica a um caso concreto de questões complexas, envolvendo múltiplas partes ou grupos de pessoas em diversas posições.

Constrói-se uma gestão de controvérsias por meio de proposições objetivas e de fases, identificando-se papéis e posições, caminhos e alternativas para tomadas de decisões, até chegar em posições consensuais (CAHALI, 2018).

Em breve, a **inteligência artificial** e os sistemas de **blockchain** possibilitarão um design de contratos inteligentes, capazes de execução autônoma, mitigando os riscos e a necessidade de enforcement e reduzindo os custos de transação.

Entender a dinâmica da aplicação dos meios extrajudiciais de conflitos, quais são os pressupostos de legalidade e constitucionalidade vigentes, passa não só pela evolução do modelo de gestão pública, mas também por uma abordagem histórica do uso desses arranjos no Brasil, e disso trata o próximo tópico.

4.1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DOS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O estudo do contexto histórico nos permite entender como os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos se transformaram em instrumentos fundamentais para a administração, e é por meio da arbitragem que se introduz o uso dos meios de solução extrajudiciais de conflitos no Brasil.

A primeira oportunidade em que a arbitragem é incorporada à legislação brasileira remonta à Constituição do Império de 1824, mas essa previsão não se repetiu na primeira Constituição Republicana (1895). A arbitragem retorna na CF de 1934 e permanece fora do texto das Constituições de 1937 e 1967, para, ao fim, ser novamente prevista na Constituição de 1988. Nesse momento, junto com os demais meios de solução extrajudicial de conflitos, tem seu logotipo nos fundamentos da República, já que em seu preâmbulo a Constituição dispõe tratar-se de valor fundante da nação a solução pacífica das controvérsias (DELGADO, 2019, p. 7).

O Código Comercial de 1850 (Lei 566/1850) dispõe no art. 20 do Título Único da Administração da Justiça nos Negócios e Causas

Comerciais sobre a obrigatoriedade do uso da arbitragem nas controvérsias para as quais a lei vincula essa atividade, a exemplo das “questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha” (art. 294) e da “regulação, repartição ou rateio das avarias grossas”(art. 783). A mesma disciplina se aplica no regulamento 737 de 1850.

A Lei n. 1.350, de 14 de setembro de 1866, “revogou os dispositivos que privilegiavam a solução arbitral, criando um verdadeiro desuso sobre a aludida matéria” (MATTOS, 2001, p. 116).

O Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra de 1923, incorporando e reconhecendo em seu ordenamento jurídico interno pelo Decreto n.º 21.187, de 22 de março de 1932, a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias, pelos quais os Estados (ou partes) se obrigam, contratualmente, em matéria comercial ou outra suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verifique em um país de jurisdição diferente.

O Brasil também aderiu à “Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional” assinada no Panamá, em 1975, ratificada e promulgada em solo nacional em 10 de maio de 1996 (MATTOS, 2001, p. 116).

O uso da arbitragem na esfera do direito público no Brasil foi inicialmente regulado nos contratos financeiros internacionais, já que, sem a introdução de tal previsão na lei interna, o país teria grande dificuldade de acesso a recursos externos. Assim

a Lei 5.662, de 1971, que estabeleceu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como empresa pública. Nela, desde sua edição inicial, havia a autorização para a instituição de fomento assinar cláusula de arbitragem para a realização de operações econômicas no exterior. Na mesma linha, o Decreto-Lei 1.312/74 previu a possibilidade de aceitar cláusula arbitral quando o Tesouro Nacional contratar diretamente ou por intermédio de agente financeiro operações com organismos financiadores internacionais (Decreto-Lei 1.312/74, art. 11). (SUXBERGER; RIBEIRO, 2017, p. 457).

O Decreto-Lei 2.300, que trata de licitações e contratos da Administração Federal, não admitia, a princípio, o uso do juízo arbitral

nos contratos com a administração pública de forma expressa. A autorização para o uso da arbitragem nos contratos com financiamentos concedidos por organismo internacional foi introduzida pelo Decreto-Lei 2.348/1987, que aportou o parágrafo único do art. 45, in verbis.

Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral.

Em decisão publicada em 13 de agosto de 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu o uso da arbitragem nos contratos internacionais submetidos ao protocolo de Genebra de 1923 no REsp. n. 616-RJ (89.00098535), que trata do uso de arbitragem internacional pela extinta Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro:

CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEBRA DE 1923.

- Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.
 - Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.
 - Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.”
- STJ – REsp. n. 616-RJ/89.00098535 – Rel. Des. p/ Acórdão, Min. Gueiros Leite – 3ª T. – Julgado em 24.04.1990, DJ de 13.08.1990. (MATTOS, 2001, p. 121 e 122).

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, “afastou a obrigatoriedade de inclusão em contratos internacionais de cláusula de eleição de foro. Manteve-se, todavia, mesmo que implicitamente, a alternativa arbitral para os casos de licitações internacionais” (SUXBERGER; RIBEIRO, 2017, p. 458) no seu art. 32, § 6º e “A primeira experiência brasileira de adoção do CRD em contratos públicos, [...] foi fruto de uma exigência do BID, o que autorizou sua previsão contratual pelo Poder Público, com fundamento no § 5º do art. 42 (DOMINGUES, 2022).

Disposição semelhante consta do art. 1º, § 8º da Lei n. 8.693, de 3 de agosto de 1993, que trata da descentralização dos serviços de transportes, mas essa norma também silencia quanto ao uso de meio extrajudicial de conflitos nos contratos nacionais, referindo-se somente quanto a contratos de crédito externo.

Em 1993, o Tribunal de Contas da União (TCU) manifestou-se contrário ao uso da cláusula arbitral nos contratos administrativos nacionais em consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia na Decisão 286/1993, cuja ementa diz:

DECISÃO 286/1993, Relator Min. Homero Santos
O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
conhecer, como consulta, o expediente do Aviso n. 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros) [...] (BRASIL, 1993c).

A resistência no uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos nos contratos com a administração pública com entes nacionais reverberava os princípios do modelo burocrático weberiano, até recentemente predominante. No entanto é importante notar que, na Decisão 286/1993, o Tribunal de Contas de União sinalizou os critérios indispensáveis à possibilidade do uso da arbitragem ou qualquer outro meio de solução extrajudicial de conflitos nos contratos públicos: i) a autorização legislativa e a ii) não contrariedade aos princípios de direito administrativo, em especial, a garantia da observância do interesse público.

4.2. A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CAPACIDADE DO ESTADO DE DISPOR SOBRE REGULAMENTAÇÃO DE MEIO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS

O novo modelo de administração ancora-se no princípio de eficiência e trouxe uma nova perspectiva ao interesse público, na qual

o uso dos meios extrajudiciais passam a ter um papel estratégico para o sucesso da administração.

Entretanto,

Nem todas as controvérsias podem ser resolvidas por via da arbitragem. A ordem jurídica estabelece limites subjetivos e objetivos ao uso da arbitragem. O Estado conserva, como bem ensinam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio “o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável” (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, apud SCHMIDT, 2016).

A arbitrabilidade é, portanto, um requisito de validade da convenção de arbitragem. A arbitrabilidade pode ser subjetiva ou objetiva. A arbitrabilidade subjetiva delimita quais são as pessoas que podem se valer do juízo arbitral para a resolução de conflitos; já a arbitrabilidade objetiva delimita as matérias que podem ser equacionadas pela via do procedimento arbitral (SCHMIDT, 2016).

Na esfera subjetiva, entende-se que podem ser submetidos à arbitragem as obrigações firmadas por pessoa capaz nos termos da lei civil. Como não havia prescrição normativa específica acerca da possibilidade de a Administração Pública fazer uso dos meios arbitrais, o entendimento dominante foi no sentido de impossibilidade do seu uso pela Administração, sem que houvesse expressa disposição de lei.

A Lei n. 9.307, de 26 de setembro de 1996, regulamentou a arbitragem no Brasil, mas não trouxe dispositivo que encerrasse a polêmica sobre o uso da arbitragem nos contratos administrativos, já que o seu art. 1º limitava-se a estatuir que poderiam valer-se da arbitragem “as pessoas capazes” e “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (SCHMIDT, 2016, p. 18).

No primeiro momento, questionou-se a constitucionalidade da lei a partir do aparente conflito com a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário a partir do entendimento de que a arbitragem tem natureza jurídica jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema na homologação de sentença arbitral ocorrida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, Reino da Espanha, deliberando pela constitucionalidade da norma:

Lei de Arbitragem (L. 9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral, discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV da CF. (STF, Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7, 08.05.1997).

Embora superada a discussão acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, permaneceram dúvidas quanto à possibilidade do uso desse instrumento nos contratos com a administração pública.

A 2ª Câmara do TCU proferiu decisão contrária ao uso da arbitragem nos contratos públicos no processo administrativo TC 005.250/2002-2, que entendeu que a redação da Lei 8.987/1995 então vigente

não teria o condão de validar a cláusula compromissória, quer porque a CBEE é empresa pública (e não concessionária de serviço público), quer porque nela não havia, na sua redação original, a previsão de solução de controvérsias por via da arbitragem. Tampouco seria aplicável à hipótese a MP 29/2002, eis que editada após a celebração dos contratos em questão [...] (SCHMIDT, 2016, p. 19).

Como a redação originária da Lei n. 9.307/1996 não tratava explicitamente do uso da arbitragem nos contratos públicos, a possibilidade do uso na arbitragem nos conflitos oriundos de contratos com a administração pública demandava uma conjugação com as normas que faziam referência expressa à possibilidade do uso da arbitragem nos contratos com a administração, a exemplo da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para

licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Em 25 de outubro de 2005, a 2ª Turma do STJ manifestou-se pela admissibilidade do uso da cláusula compromissória nos contratos firmados com as estatais no REsp. 612.439/RS da relatoria do Ministro João Otávio Noronha:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. Recurso especial parcialmente provido." (STJ, REsp. 612.439/RS)

No seu voto, o relator diz que

estando o objeto do contrato de serviço público prestado pela entidade estatal estritamente vinculado à atividade econômica desenvolvida pela empresa estatal – no caso, venda de energia elétrica –, inexistente óbice a que seja pactuada a respectiva cláusula compromissória na hipótese de descumprimento da avença (STJ, REsp. 612.439/RS)

4.3 O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL

Superada a primeira barreira apontada pelo TCU, a exigência de previsão legal para se admitir o uso da cláusula compromissória nos contratos com a administração pública, ainda restava pendente dúvida os critérios da arbitrabilidade objetiva, ou seja, a definição de quais matérias poderiam ser sujeitas aos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos.

A Lei 11.0179/2004 trata do critério subjetivo e traz previsão expressa quanto à possibilidade do uso dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, mas ainda se mantém silente quanto aos critérios objetivos da arbitrabilidade:

Lei 11.079/2004

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A Lei 11.196/2005 altera a Lei 8.987/1995 e introduz o art. 23-A, que admite o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive à arbitragem, mas também não aborda os critérios objetivos:

Lei 8.987/1995

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. (Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005).

A Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, inova a lei de arbitragem e traz redação que reduz a área de fricção jurídica quanto aos elementos de identificação das arbitrabilidades objetivas na resolução de conflitos nos contratos públicos, introduzindo o § 1º do art. 1º, o qual dispõe que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos aos direitos patrimoniais disponíveis.

A Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) prevê, de forma expressa, o uso dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, mas não trata dos critérios subjetivos,³ o que demanda uma aplicação combinada com a Lei de Arbitragem, que fornece elementos do limite material ao uso do instituto.

Os mesmos critérios utilizados na definição das arbitrabilidades subjetiva e objetiva nos contratos públicos definidos pela Lei de Arbitragem estendem-se a todos, ou seja, todos os demais Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos podem ser usados nas relações jurídico contratuais com a administração pública desde quando previsto o seu uso em lei e a questão trate de direito patrimonial disponível.

Mas o que deve ser entendido como direitos patrimoniais disponíveis na relação jurídica com a administração?

O correto entendimento do que são direitos patrimoniais disponíveis é a pedra angular na aplicação dos meios extrajudiciais de conflitos nos contratos com a administração pública, e a “dificuldade reside, precisamente, em delimitar, dentre o plexo de direitos de titularidade do Poder Público, aqueles que se enquadram na categoria de direitos patrimoniais disponíveis.” (SCHMIDT, 2016, p. 42).

Eros Grau (2002) cita lição de Orlando Gomes (2002) ao tratar da arbitragem nos contratos públicos e para quem os contratos de direito público são:

a) os que celebram entre si algumas pessoas jurídicas de direito público interno, [...];

os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais (VIRGA), [...]; c) os contratos administrativos que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente (GRAU, 2002, p. 145).

Diz ainda o autor ser necessário

[...] [i] [...] distinguir os contratos que a Administração celebra com particulares visando à atribuição, a estes, de funções próprias do Estado- a concessão de serviço público, v.g. – daqueles celebrados com particulares tendo em vista a satisfação de interesses comuns e [ii] observar que estes últimos implicam [=podem implicar] disposição de direitos subjetivos patrimoniais (GRAU, 2002, p. 145).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* (MELLO, 2001, apud SCHMIDT, 2016, p. 42).

Para Eros Grau (2002, p. 145), a doutrina tropeça “[...] em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais”.

A arbitrabilidade objetiva demanda identificar “quais interesses, bens e direitos são passíveis de ser objeto de uma negociação, de um contrato firmado pela Administração” (BEZERRA, 2019).

O STJ pacificou o entendimento de que é possível o uso dos MESCs nos contratos públicos em sucessivos julgados, merecendo especial destaque o julgamento, pela 1ª Seção, do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308/DF18, consolidando que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guardaria qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Nas palavras do Ministro:

[...] Resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer indisponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nesta esteira, saliente-se que

dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo (BEZERRA, 2019, p. 22).

Destacamos, ainda, que o Enunciado 107 segunda edição da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal dispõe que:

ENUNCIADO 107 - A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão.

Nos contratos onde há direitos patrimoniais disponíveis a Nova Gestão Pública, comunica-se perfeitamente com o conceito de mercado. Segundo Cassio Telles Ferreira Netto, a utilização da arbitragem nos contratos firmados entre o particular o Estado “[...] constitui hoje a etapa mais avançada da tendência de modernização da Administração Pública, pelo que deve ser creditada e incentivada, por se constituir um eficiente instrumento de desenvolvimento do país” (NETTO, 2008, apud CAHALI, 2018).

São candentes, nesse sentido, as palavras de THEMISTOCLES CAVALCANTI, que transcrevo a seguir: “Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contrataram, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo (GRAU, 2002, p. 142).

O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto se reveste de valor econômico, mas também pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico (TALAMINI, 2005 apud BEZERRA, 2019), ou seja, são disponíveis os direitos patrimoniais que podem ser alienados (GRAU, 2002).

A partir da nova lógica da administração pública, voltada para o resultado, o uso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos não só

é possível, como se impõe, ou seja, o interesse público, que antes era um obstáculo à utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, passou a exigir o uso desses instrumentos para a garantia da sua efetividade. O uso dos meios de solução extrajudicial de conflitos “privilegia o interesse público” (GRAU, 2002).

A Lei de Licitações vai além de determinar o limite objetivo à expressão de direitos patrimoniais disponíveis e traz uma lista exemplificativa no seu parágrafo primeiro, o que dá maior segurança ao gestor e dispõe que

controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.⁴

Ao utilizar a expressão “como”, a norma não traz uma lista taxativa, o que é relevante na medida em que questões técnicas e de engenharia e outras demandam uma rápida solução.

A indicação, ainda que exemplificativa, do que a lei entende serem direitos patrimoniais disponíveis, traz maior segurança ao gestor, na medida em que cabia a este definir os limites dessa expressão.

No capítulo seguinte, o estudo apresenta, com maior detalhe, os Comitês de Resolução de Disputas, explica sua origem, natureza jurídica, tipos e modalidades, o seu uso nas operações públicas e privadas internacionais e nacionais.



5

5

**SOBRE OS COMITÊS DE
RESOLUÇÃO DE DISPUTAS**

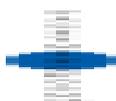
Nos anos seguintes à década de 1950, acirraram-se as disputas pelos contratos públicos de construção, com significativa redução das margens de lucro. Além da maior competitividade na questão da engenharia, os contratos passaram a ter uma maior magnitude econômica e se tornaram mais complexos em decorrência de novas exigências regulatórias, com a introdução de variáveis ambientais e socioeconômicas, além de demandas de grupos de interesses específicos. O novo cenário expandiu em muito a insegurança jurídica e riscos nos contratos, forçando as empreiteiras a buscarem maior blindagem, o que incrementou a ocorrência de litígios e de custos de transação.

A indústria buscou na arbitragem uma maneira de reduzir os impactos deletérios de uma dinâmica mais complexa, mas essa não se mostrou suficiente por se tratar de um meio adversarial, o que exigiu um arranjo institucional mais eficiente na mitigação dos conflitos, surgindo, então, o Comitê de Resolução de Disputas (DRBF, 2017).

Os Disputes Boards foram concebidos e evoluíram para atender à necessidade da indústria da construção de realização de julgamento rápido, técnico e imparcial das controvérsias geradas ao longo das obras, e que, principalmente, permitisse o sequenciamento dos trabalhos, sem interrupções (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 37).

Os Comitês de Resolução de Disputas representam um método de solução interina que mitiga a necessidade de se provocar meios jurisdicionais (JUNIOR; TORRES-FLOWER, 2020, p. 239). Trata-se de um painel formado por especialistas imparciais que, regra geral, se vinculam ao projeto no início da sua execução, auxiliando as partes na prevenção de controvérsias e solução de litígios caso instalada circunstância adversarial, manifestando-se por meio de recomendações ou decisões adjudicativas.

Os Comitês de Resolução de Disputas (CRD) são os arranjos institucionais mais adequados à regulação *ex post* nos contratos



complexos e de longa duração de alto valor econômico. Não se tratam de “[...] mini-arbitrations, mini-mediations or mini-expert determinations, but a very intelligent mixture of all those methods in a one-of-a-kind mechanism that, in some ways, is not exclusive to the construction industry, but has been very connected to it”² (GARCIA, 2020).

A *Fédération Internationale des Ingénieurs-Consells* – FIDIC foi incentivadora e continua sendo uma das principais responsáveis pela popularização dos Dispute Boards (BAKER *et al.*, 2009 *apud* FERNANDES, 2019) nos modelos de contrato por ela publicados. Além disso, o Banco Mundial passou a recomendar a cláusula padrão nas obras por ele financiadas (MARCONDES, 2011, *apud* FERNANDES, 2019).

O uso do Comitê de Resolução de Disputas é fundamental nos contratos estruturados a partir de um *Project Finance*. O *Project Finance* se caracteriza pela

[...] captação de recursos para financiar um projeto de investimento economicamente separável (isto é, cujos ativos possam passar a pertencer a uma empresa criada com o propósito específico de implantar o projeto), no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa do projeto como uma fonte primária de recursos para atender ao serviço de seus empréstimos e obter o retorno sobre seu capital investido no empreendimento. Isso requer uma estruturação complexa envolvendo uma imensa gama de negociações e acordos, não só entre os sócios e financiadores, como também com fornecedores, clientes, empresas seguradoras etc. O resultado dessas negociações gera uma estrutura de compartilhamento de riscos e garantias, que são expressos em diversos instrumentos jurídicos. Uma das principais características de um *project finance* é a utilização de instrumentos para a atenuação de riscos (MONTEIRO FILHA; CASTRO, 2000, p. 110).

Segundo a Dispute Resolution Board Foundation

² Dispute Boards não são mini-arbitragens, mini-mediações ou determinações de mini-especialistas, mas uma mistura muito inteligente de todos esses métodos em um mecanismo único que, de certa forma, não é exclusivo da indústria da construção, mas tem sido muito ligado a ele.

In availability-based PPPs one of the biggest risks can be the belief of certain public authorities that, because it is not its own capital project, all risk lies with the SPV. This is then perpetuated by the SPV being obliged, because of how it is funded, to pass all such risks down to its sub-contractors. This is because of the insistence of lenders to the SPV that it, the SPV, is kept practically free from risk. This can compromise any collaborative culture in trying to resolve issues around service delivery, and user expectations. The SPV is usually not resourced itself to manage these projects, relying almost entirely on its sub-contractors project managing the delivery. Pushing down the risks through application of deductions to sub-contractors can result in the SPV and the funders believing that there are no live issues to address. This can mean that any dissatisfaction of the public authority/end user is not identified before it starts to have an effect on the sub-contractors' cash flow and therefore performance through service fee deductions (DRBF, 2017)³.

Como o *Project Finance* envolve uma imensa quantidade de acordos e objetivos que entrelaçam execução, operação e geração de caixa, depende umbilicalmente da conclusão da obra, do início de atividades e do faturamento nos prazos previstos, o que torna o uso dos Comitês de Resolução de Disputas estratégico para o sucesso dessa modalidade de operação.

Na esfera administrativa, podemos equiparar o *project finance* às políticas públicas e, por muitas vezes, esses conceitos estão presentes em uma mesma operação, como no caso das Concessões e PPPs. A política pública também depende da execução e operação do contrato no modo e prazos avençados, porque a interrupção da execução de contrato fundamental à sua implantação pode até

³ Nas PPPs, baseadas na disponibilidade, um dos maiores riscos pode ser a crença de certas autoridades públicas de que, por não se tratar de um projeto de capital próprio. Todo o risco é do SPV (Special Propouse Vehiecle). Isso é então perpetuado pelo fato de a SPV ser obrigada, devido à forma como é financiada, a passar todos esses riscos para os seus subcontratantes. Isso se deve à insistência dos credores ao SPV para que ele, o SPV, seja mantido praticamente livre de risco. Isso pode comprometer qualquer cultura colaborativa na tentativa de resolver problemas relacionados à entrega de serviços e às expectativas do usuário. A SPV geralmente não possui recursos próprios para gerenciar esses projetos, confiando quase inteiramente no projeto de seus subcontratados gerenciando a entrega. Reduzir os riscos por meio da aplicação de deduções aos subcontratados pode fazer com que o SPV e os financiadores acreditem que não há problemas reais a serem resolvidos. Isso pode significar que qualquer insatisfação da autoridade pública/usuário final não é identificada antes de começar a afetar o fluxo de caixa dos subcontratados e, portanto, o desempenho por meio de deduções de taxas de serviço (DRBF, 2017).

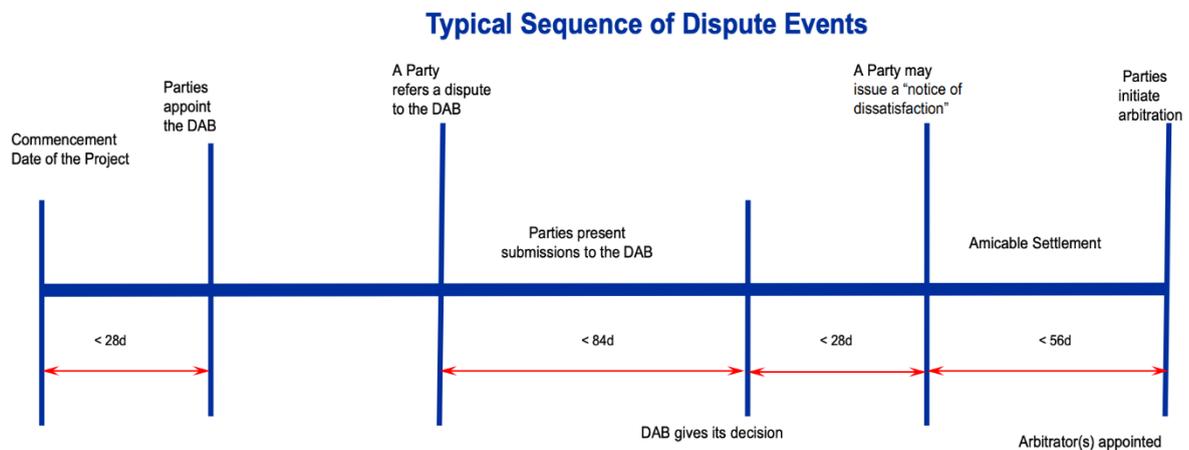
mesmo inviabilizá-la, seja pelo surgimento de novas prioridades para a gestão, seja por motivos políticos.

O papel preponderante dos Comitês de Resolução de Disputas não é salvaguardar o interesse das partes per si, mas sim o conjunto do contrato, garantindo a sua conclusão na forma e prazo avençados. Trata-se de uma estrutura cujo escopo é reduzir substancialmente os custos de transação diretos e indiretos que possam emergir após o início da execução do contrato por meios de arranjos *ex post*.

A *Dispute Board Federation* estima em 84 dias o prazo médio de manifestação do Comitê de Disputas, e nessa fase resolve-se quase a totalidade das disputas, data a partir da qual a decisão é vinculativa no caso de Comitê de Adjudicação (CHERN, 2013).

Caso haja notificação de desacordo (prazo médio de 28 dias), a fase de tratativas negociais demanda em média 56 (cinquenta e seis) dias e, ultrapassada essa fase, inicia-se o procedimento jurisdicional, que, no caso do DAB, só impacta na decisão do Comitê após o trânsito em julgado da decisão.

Figura 1 – Typical Sequence of Dispute Events



Fonte: CHERN, Cyrill. *The Use of Dispute Boards in Public-Private Partnership Transactions*. 2013, p 16.

5.1 Características dos Comitês de Resolução de Disputas

Os Dispute Boards destacam-se pela i) Consensualidade; ii) Especialidade; iii) Contemporaneidade; iv) Natureza preventiva; v) Celeridade; vi) Informalidade; vii) Imparcialidade e viii) Preservação do contrato (FIGUEIREDO E SALLA, 2021), e o seu propósito fundamental é prevenir controvérsias e disputas.

A consensualidade do instrumento decorre do fato de se tratar de uma cláusula de natureza contratual, cujo cumprimento demanda uma autocomposição, uma eventual posterior sujeição a decisão jurisdicional já decorre de fato exógeno ao instrumento.

A especialidade do Comitê se revela pelo fato da sua estrutura não se confundir com a dinâmica dos demais instrumentos, é formado por especialistas que permanecem vinculados ao contrato por longo prazo e lida com situações complexas ou estratégicas de substancial valor econômico. A presença contínua do Comitê no acompanhamento *peri passu* do contrato ressalta a sua contemporaneidade, trata-se de uma curva de aprendizado permanente.

A natureza preventiva dos instrumentos faz parte de sua essência, e esse é o seu principal escopo. As cláusulas propostas pelas principais Instituições Especializadas focam na ação permanente do Comitê na busca do consenso, antecipando-se na prevenção de controvérsias que possam surgir a partir de ruídos audíveis e na pronta solução de conflitos antes que se transmudem em disputas adversariais.

A atuação dos Comitês deve ser célere e, para tanto, o mais informal possível. Por informal não devemos entender a instauração de processos paralelos, mas de procedimentos não solenes e cujos registros são desburocratizados.

Por fim, a preservação do contrato é princípio inerente aos Comitês de Resolução de Disputas cujo propósito é garantir o cumprimento tempestivo e adequado do contrato firmado entre as partes.

5.2 Os princípios que informam os Comitês de Resolução de Disputas

O uso dos Meios Extrajudiciais de Solução Conflito (MESCS) compõe a solução pacífica das controvérsias indicada no preâmbulo da Constituição Federal⁴ e cumpre papel relevante “no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional” (MENDES; BRANCO, 2022).

Os Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos têm assento no princípio constitucional do acesso à justiça⁵, o qual traz de forma implícita o princípio da adequação que não assegura apenas “o acesso à Justiça, mas [...] o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito” (WATANABE, 2003).

São, ainda, princípios fundamentais dos Comitês de Resolução de Disputas os princípios da colaboração e boa-fé, essenciais à efetividade no uso de instrumento de natureza autocompositiva. Os Comitês de Resolução de Disputas devem atuar de forma proativa e preventiva na busca da autocomposição dos interesses das partes, e, por razão, também são princípios relevantes os princípios da prevenção, da celeridade, da independência e da imparcialidade.

Comitês de Resolução de Disputas podem ser dotados de sigilo em razão da confidencialidade necessária à garantia dos interesses estratégicos das partes. No caso dos contratos com a administração pública, esse princípio resta prejudicado pela prevalência dos princípios de ordem pública, dentre esses, os princípios da transparência e da publicidade.

5.3 Os tipos de Dispute Boards em função de sua constituição e funcionamento

⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 5º, XXXV da Constituição.

Os Comitês de Resolução de Disputas podem ser permanentes ou *Ad Hoc*, e o que os distingue é o momento da sua constituição. “Em sua configuração tradicional” (FIGUEIREDO; SALLA, 2021) o Comitê Permanente, também conhecido como “*standing DB*” ou “*full-term DB*”, trata-se de um modelo em que o Comitê é constituído no início da execução do contrato e acompanha a sua execução até a conclusão. Essa proximidade temporal e física com os fatos, o projeto, o contrato e os indivíduos propicia ao Comitê uma vantagem inigualável (FIGUEIREDO; SALLA, 2021): um controle *peri passu* que permite a atuação preventiva e proativa que reage ao menor ruído que possa perturbar a sustentabilidade do contrato.

O Comitê *ad hoc* é uma modalidade alternativa, que se aproxima de outros meios de solução de conflitos e é constituído quando já há um conflito instalado, o que leva Figueiredo e Salla (2021) considerarem o formato *ad hoc* como um formato “desnaturado” de Dispute Board.

Segundo a organização Dispute Boards Mena (2021), que oferece serviços na região do Oriente Médio e Norte da África, uma comparação entre Comitês de Resolução de Disputas permanentes e *ad hoc* permite concluir que o primeiro tem muitas vantagens em relação ao segundo, uma vez que, quando surgem os conflitos ou até mesmo ruídos, os membros do comitê permanente já estão familiarizados com o contrato/projeto, incluindo o pessoal responsável pela execução, resultando numa abordagem imediata em que não há de se falar em curva de aprendizagem.

O Comitê de Resolução de Disputas *ad hoc* é selecionado e designado após a instalação do litígio, por consequência, demandará tempo para que seus membros possam se inteirar do projeto e suas circunstâncias antes que possam examinar a disputa e também uma reconstituição histórica dos fatos que gera lacunas que podem implicar em questionamentos e impugnações pelas partes.

Boards appointed at a late stage often come into the project too late to be effective in the avoidance, management and resolution of disputes during the course of the project, which is a major disadvantage of ad-hoc over standing boards.

The fact that standing boards are proactive, rather than reactive, which is not the case with ad-hoc boards, has been

*recognized by FIDIC and future editions of the forms of contract that currently contain ad-hoc boards will be amended to include standing boards instead*⁶ (MENA, 2021).

Uma desvantagem do Comitê *Permanente* em face do Comitê *ad hoc* são os custos do procedimento. No comitê permanente, a remuneração dos árbitros contempla todo o período contratual; já na modalidade *ad hoc*, há apenas o período específico de solução de um litígio pontual, razão pela qual o uso do *comitê permanente* se justifica nos contratos de alto valor financeiro ou estratégico, pois o custo se dilui na proporcionalidade dos interesses envolvidos.

Apesar de atuarem por meio de provocação, após o surgimento de um determinado litígio, os conselhos *ad hoc* têm uma função relevante e não são totalmente desvantajosos (JUNIOR; TORRES-FOWLER, 2020). Embora a indústria da construção tenha mantido distância dos comitês *ad hoc*, essa modalidade pode ser interessante para contratos de natureza diversa. Enquanto os comitês *permanentes* são adequados a contratos de longo termo, os comitês *ad hoc* são adequados para contratos cujo valor econômico não justifique a adoção da modalidade permanente, podendo ser utilizado como substituto da mediação em procedimentos que envolvem questões técnicas especializadas. Por contarem com *experts*, os Comitês *ad hoc* dispõem de vantagens em relação ao mediador tradicional (JUNIOR; TORRES-FOWLER, 2020, p. 364).

O uso do Comitê de Resolução de Disputas *ad hoc* cria uma plataforma para as partes testarem suas posições antes de submeter o litígio a um corpo de peritos neutros, o que permite uma avaliação crua das circunstâncias do caso antes de se despendem recursos em procedimentos arbitrais ou judiciais.

Os comitês *ad hoc* também podem ser úteis para aparar diferenças culturais nos contratos internacionais, equalizando o entendimento das partes.

⁶ Os conselhos nomeados em um estágio tardio geralmente entram no projeto tarde demais para serem eficazes na prevenção, gerenciamento e resolução de disputas durante o curso do projeto, o que é uma grande desvantagem do *ad-hoc* em relação aos conselhos permanentes. O fato de os conselhos permanentes serem proativos, em vez de reativos, o que não é o caso dos conselhos *ad hoc*, foi reconhecido pela FIDIC, e futuras edições dos formulários de contrato que atualmente contêm conselhos *ad hoc* serão alteradas para incluir os conselhos permanentes ao invés daqueles.

Para Domingues (2022):

Até mesmo o foco do trabalho do comitê muda a depender do formato adotado. No formato permanente o comitê também atua para resolver conflitos, mas o seu escopo maior de atuação é a preservação do objeto do contrato. Já no formato ad hoc o comitê trabalha para resolver uma disputa determinada, ficando mais restrito aos contornos fático-jurídicos da demanda que lhe fora apresentada, e aos pedidos feitos pelas partes.

Diante de tamanhas diferenças, o que se recomenda é que a escolha do modelo seja o ponto de partida, de modo que toda a formatação das demais regras sejam estruturadas especificamente para o modelo escolhido.

Em resumo, quando se trata da eficiência do instrumento, os Comitês Permanentes são os mais adequados aos contratos complexos e continuados de alto valor econômico, e os Comitês Ad hoc, por sua vez, são mais adequados aos contratos menos complexos e de valor menos representativo.

5.4 Da natureza jurídica da cláusula de *Dispute Board*

O Comitê de Resolução de Disputas trata-se de arranjo de natureza contratual, “decorre e se insere no âmbito da autonomia da vontade das partes” (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 302) e a sua força contratual *Dispute Boards* foi reconhecida no REsp. 1.569.422/RJ, cujo acórdão dispõe que

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 (STJ, 2016)⁷.

Quando se concebe o Dispute Board como um comitê [...] formado por pessoas estranhas às partes, isto é, independente em relação aos contratantes, cuja função é acompanhar o desenvolvimento de determinada relação jurídica [...] e proferir decisões acerca das questões conflituosas dessa mesma relação, observa-se que a sua natureza, no plano obrigacional, tem como partida a obrigação de fazer (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 302).

O principal escopo dos Comitês de Resolução de Disputas é prevenir litígio, e, uma vez estabelecidas as bases contratuais, a atratividade do instrumento não reside no regulamento em si, mas no seu exercício.

O sucesso dos Comitês de Resolução de Disputas depende de uma estruturação clara dos direitos e obrigações, o que implica em dizer que a inadequação ou incompletude das regras pode inviabilizar o uso eficaz do instrumento. O desenho das cláusulas do Comitê de Resolução de Disputas definirá se o mesmo será mais ou menos célere, mais ou menos transparente ou mais ou menos efetivos os efeitos das suas decisões. Na falta de uma lei geral, recomenda-se o uso de regulamentos aplicados pelas organizações nacionais e internacionais que dispõem de regramentos específicos, a exemplo: Câmara de Comércio Internacional – CCI, *Federation International des Ingénieurs* – FIDIC, *American Arbitration Association* – AAA, *Dispute Resolution Board Foundation* – DRBF e no Brasil podemos citar a Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC, o Regulamento do CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, o Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP, dentre outros.

Ainda que os Comitês de Resolução de Disputas tenham natureza jurídica contratual, diverso da arbitragem, que têm natureza jurisdicional, são reconhecidos pelo judiciário como um meio eficaz e efetivo de resolução de conflitos, merecendo destaque na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Centro

⁷ STJ, REsp. 1.569.422/RJ, Recurso Especial 2015/0177694-9.

de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). No ano de 2016, foram aprovados os três enunciados a seguir:

Enunciado 49 – Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são um método de solução consensual de conflito, na forma prevista no parágrafo 3º do art. 3º do CPC.

Enunciado 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.

Enunciado 80 – A utilização de 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 a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Na segunda edição da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelos Ministros Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino Pinho (2022), foram aprovados novos enunciados que merecem especial destaque por tratarem de temas sensíveis, a exemplo do enunciado 89, que trata do sigilo de documentos nos procedimentos em que umas das partes é a Administração Pública:

Enunciado 89 – Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, cabe à parte interessada apontar as informações ou documentos que entende sigilosos, indicando o respectivo fundamento legal que restringe sua publicidade.

Outro enunciado importante é o 107, que trata da definição de direito patrimonial disponível, entendimento fundamental para se definir a arbitrabilidade objetiva:

Enunciado 107 – A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão.

Justificativa: A Lei de Arbitragem determina que entes da Administração Pública poderão resolver litígios por meio de arbitragem, desde que versem sobre “direitos patrimoniais disponíveis”. A operacionalização do critério da “disponibilidade”, em especial, suscita controvérsia doutrinária. Propõe-se que esta deve ser feita em torno da negociabilidade.

Há doutrina no sentido de que “são disponíveis aqueles bens que podem ser negociados por encontrarem-se desembaraçados” (CARMONA, 2009). A Primeira Seção do STJ, ao julgar caso em que se discutia a viabilidade de submissão de litígio envolvendo submissão da Administração Pública à arbitragem, decidiu que “por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem” (MS 11.308/DF – Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção – julgado em 09.04.2008 – DJe 19.05.2008).

A inclusão, no art. 26 da LINDB, de cláusula geral de acordos administrativos e a ampliação do rol de direitos passíveis de transação pela Administração Pública conduz a uma ênfase maior à patrimonialidade dos direitos, em detrimento de sua disponibilidade.

A doutrina, jurisprudência e legislação fundamentam a conclusão de que a definição da arbitrabilidade objetiva de um litígio entre a Administração Pública e particulares/outros entes públicos deve girar em torno da negociabilidade dos direitos envolvidos, privilegiando-se o requisito da patrimonialidade.

Outro ponto de destaque é o Enunciado 108, que prevê a possibilidade de imposição de multa coercitiva pelos árbitros: “O Tribunal Arbitral tem poderes para decretar a multa coercitiva (astreintes).”

Os Enunciados trazem disposições que dispõem especificamente sobre os Comitês de Resolução de Disputas nos enunciados 131 e 137:

Enunciado 131 – As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputa (Dispute Boards) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que

optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

Enunciado 137 - Na utilização do comitê de resolução de disputas (Dispute Board) como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (art. 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões.

O uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos com a administração pública sujeita-se as mesmas condicionantes que se aplicam ao uso arbitragem, ou seja, deve haver permissivo legal e a sua abordagem deve cingir-se a direitos patrimoniais disponíveis e, além dessas, somam-se as demais exigências vinculadas aos princípios do direito público, como a publicidade e transparência.

Embora se sujeitem os mesmos critérios da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, os Comitês de Resolução de Disputas não têm o mesmo status da arbitragem, que tem natureza jurisdicional. As decisões adjudicativas devem ser cumpridas de imediato pela regra “*pay now, claim later*”, mas têm caráter interino e sujeitam-se a uma revisão jurisdicional meritória, o papel do Comitê é garantir a continuidade do contrato até a definitiva decisão jurisdicional.

5.5 Modalidades de Comitês de Resolução de Disputas

No que se refere à modalidade, os comitês de Resolução de Disputas podem ser: a) *Dispute Review Board- DRB* (**comitê de recomendação**), o qual emite recomendações não vinculantes; b) *Dispute Adjudication Board (DAB)* (**comitê de adjudicação**), que emite decisões vinculantes ou c) *Combines Dispute Board (CDB)* (**comitê híbrido**), que tanto pode atuar emitindo recomendações, como decisões vinculantes ou até mesmo manifestar-se de forma opinativa.

Segundo Chern (2015) e Fernandes (2019), o *Dispute Review Board* fornece suas recomendações sob a forma de opiniões sobre uma disputa particular.

A recomendação proferida não pode ser considerada vinculante se qualquer uma das partes expressar insatisfação com relação a ela. Porém, caso nenhuma das partes discorde dessa opinião, as partes concordam em cumpri-la. Caso haja insatisfação com a recomendação, a parte insatisfeita pode submeter a disputa à Arbitragem ou ao tribunal judicial (CHERN, 2015; FERNANDES, 2019).

Deve-se atentar que mesmo um *Dispute Review Board* pode prever a vinculação à recomendação em caso de não impugnação pelas partes envolvidas:

O Regulamento da International Chamber of Commerce (ICC), um dos mais usados nos grandes contratos internacionais de infraestrutura, estabelece que as recomendações proferidas pelos Dispute Review Boards (DRB) não são imediatamente vinculantes, mas podem passar a ser, se nenhuma das partes apresentar objeção no prazo de 30 dias após a recomendação (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC, 2016; FERNANDES, 2019, p. 65).

Ainda que as partes não concordem com a recomendação do *Dispute Review Board*, as opiniões técnicas e provas constituídas resultam na construção de um entendimento que implica em uma grande probabilidade de convergência no âmbito arbitral ou judicial (CHERN, 2015) (FERNANDES, 2019), ou seja, a parte que discorda do entendimento expressado pelo Comitê de Resolução de Disputas está sujeita a grande risco de insucesso em uma demanda de natureza heterônoma, que tende a acatar a autoridade técnica da decisão meritória do Comitê.

O *Dispute Adjudication Board* emite uma decisão com caráter vinculante que deve ser cumprida de imediato até que haja uma manifestação jurisdicional diversa, o que é fundamental nos contratos de longo prazo e na implementação de políticas públicas, porque garante o cumprimento do seu objeto na forma e nos prazos previstos (TRINDADE *et al.*, 2016).

No Comitê Híbrido, a regra é que se emitam recomendações a respeito dos temas levados à apreciação da junta nos moldes do

Comitê Revisor, porém, também, poderá ser exarada uma decisão nos moldes do Comitê de Adjudicação quando uma ou ambas as partes requisitarem (TRINDADE *et al.*, 2016). A construção da cláusula híbrida pode contemplar um acesso gradual multiportas, por meio de uma solução escalonada.

As cláusulas escalonadas são meios combinados de resolução de controvérsias, as quais podem dispor de diversas abordagens: proposição de uma mediação, posterior conciliação e, ao final, arbitragem. Quando a arbitragem ou mesmo a solução via judiciário só podem ser acionados, após esgotados os meios antecedentes (FIGUEIREDO; SALLA *et al.*, 2021), o Comitê pode compor tal sorte de conjunto.

A prevenção é a forma ideal de se mitigar os custos e reduzir quaisquer disputas durante a execução do contrato, principalmente quando se trata de questão não expressamente prevista.

A solução do conflito nas fases iniciais do processo escalonado implica menor custo e maior agilidade.

In his 2006 Ph.D thesis researcher Richard J. Gebken reported on a study of the direct and indirect transactional costs required to resolve disputes on 44 projects involving 57 contracting organizations. The dispute resolution methods used to resolve those disputes were Negotiation, Mediation, and Arbitration. He found that the relative mean transaction costs of resolving disputes through these three methods were:

Negotiation Cost Mean in 18 projects: \$330,199

Mediation Cost Mean in 15 projects: \$1,212,433

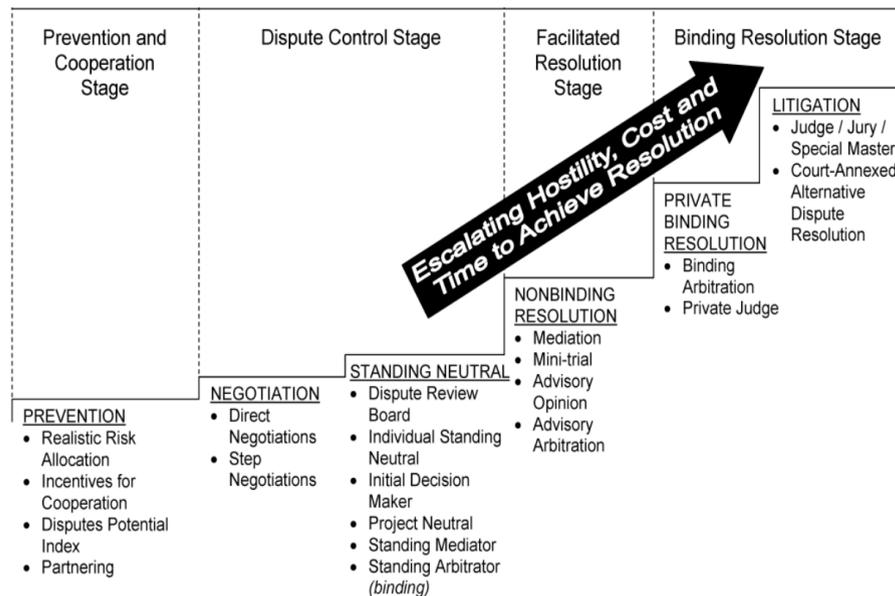
Arbitration Costs Mean in 11 projects: \$1,167,182

While Gebken found that the stand-alone processes of Arbitration and Mediation differed only slightly in costs, Negotiation costs were 75% less than the costs of Mediation. He attributed the relatively higher costs of Mediation in large part to the fact that the mediations of the disputes that were resolved by that method occurred late in the dispute resolution process, and involved prolonged discovery and depositions (HAFER, 2007)⁸.

⁸ Em sua tese de doutorado de 2006, o pesquisador Richard J. Gebken relatou um estudo sobre a influência direta e indireta, custos transacionais necessários para resolver disputas em 44 projetos, envolvendo 57 organizações contratantes. Os métodos de resolução de disputas usados para resolvê-las foram Negociação,

Figura 2 -

Dispute Resolution Stages and Steps¹



Fonte: HAFER, Randy, Dispute Review Boards and Other Standig Neutrals Resolution and Prevention of Disputes, International Institute for Conflict Prevention & Resolution, (pag 02). New York, New York, 2007⁹

The original version of this Step Chart appeared in the 1991 CPR Publication “Preventing and Resolving Construction Disputes.” It was later reformatted by the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (“DART”), and more recently revised and updated by James P. Groton for presentations at international dispute prevention conferences in China, Finland and England.

O Comitê poderá, ainda, ter apenas natureza consultiva, que também é eficaz, na medida que se constrói uma memória técnica e

Mediação e Arbitragem. Ele descobriu que os custos de transação médios relativos para resolver disputas por meio desses três métodos eram: Custo médio de negociação em 18 projetos: \$ 330.199. Custo médio de mediação em 15 projetos: \$ 1.212.433. Custos de arbitragem médios em 11 projetos: \$ 1.167.182. Enquanto Gebken descobriu que os processos autônomos de Arbitragem e Mediação diferiam apenas ligeiramente em custos; os custos de Negociação foram 75% inferiores aos custos de Mediação. Ele atribuiu os custos relativamente mais de Mediação em grande parte ao fato de que as mediações dos litígios que foram resolvidos por esse método ocorreram no final do processo de resolução de disputas e envolveu uma instrução probatória prolongada.

⁹ The original version of this Step Chart appeared in the 1991 CPR Publication “Preventing and Resolving Construction Disputes.” It was later reformatted by the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (“DART”), and more recently revised and updated by James P. Groton for presentations at international dispute prevention conferences in China, Finland and England

factual contemporânea cuja análise pode desestimular o litígio na esfera jurisdicional.

5.6 A constituição do Comitê e a Independência e imparcialidade dos seus membros

As normas que disciplinam a constituição dos Comitês dispõem que o número de membros e sua indicação compete às partes, e, em caso de omissão, a norma deve prever uma *default rule*¹⁰ que atribua à Câmara de Arbitragem onde se processa o Dispute Board a indicação de número e nomeação de membros.

Em geral, os Comitês de Resolução de Disputas são compostos por 1 (um) ou 3 (três) membros, o que não impede de uma constituição em maior número, como ocorreu a construção do Aeroporto do Hong Kong, na qual foram indicados 6 (seis) membros com especialidades diversas, que eram convocados em número de 1 (um) ou 3 (três) em função da natureza e complexidade da disputa.

It is reasonable to assume that for smaller contracts a one person in DAB is sufficient. Current practice in the United States indicates a small contract to have a value of \$20M or less, however in some states such as Florida, small contracts are said to be below \$2M. Within the EC 3 man DABs are the norm on all contracts. On mega projects and projects with varied technical complexity it is normal to have a 5 man panel from which the chairman will choose any 3 suitable persons to hear a particular dispute (OWEN, G. P., 2003, p. 26)¹¹.

Alguns autores defendem que pelo menos um dos membros do Comitê deve ter formação jurídica (TRINDADE *et al.*, 2016), já que na interpretação das cláusulas sempre se fará necessário um

¹⁰ Uma *default rule* é uma norma que pode ser superada por disposição contratual e na ausência de norma contratual é a norma que se impõe.

¹¹ É razoável supor que, para contratos menores, uma pessoa no DAB seja suficiente. A prática atual nos Estados Unidos indica que um pequeno contrato tem um valor de US\$ 20 milhões ou menos, no entanto, em alguns estados como a Flórida, os contratos pequenos são considerados abaixo de US\$ 2 milhões. Nos termos da EC os Comitês de Adjudicação com 3 membros são a norma em todos os contratos. Em megaprojetos e projetos com complexidade técnica variada, é normal ter um painel de 5 homens do qual o presidente escolherá 3 pessoas adequadas para ouvir uma determinada disputa.

conhecimento dessa ordem. Destaca-se que o viés de atuação do profissional da área jurídica deve estar alinhado à aplicação dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos, evitando-se a inserção no comitê de um profissional dotado de um viés adversarial.

A cláusula de Comitê de Resolução de Disputas deve prever a substituição dos membros em caso de morte, renúncia, termo final da nomeação, exclusão ou mesmo impugnação.

A nomeação dos membros toma contornos específicos, com maior rigor quando aplicados os Comitês de Resolução de Disputas em contratos públicos, o que veremos mais adiante. A independência e imparcialidade dos membros é regra geral em todos os regulamentos, assim como a exigência de se firmar compromisso e promover o *disclosure* de qualquer circunstância que possa ser entendida como fato que possa afetar a sua imparcialidade e independência.

A Lei 16.873/2018 dispõe que estão impedidos de funcionar quaisquer membros que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes. Os regramentos privados, a exemplo do ICC, entendem que os membros não podem estar sujeitos a nenhuma circunstância que possa resultar em dúvida razoável quanto à sua imparcialidade (ICC, 2015) e a CAM-CCBC (2018) e admite impugnação em razão de fatos ou circunstâncias que suscitem dúvidas sobre sua independência e imparcialidade.

Em termos práticos, os membros devem deter expertise em gestão de obras, treinamento para atuar em Comitê de Resolução de Disputas, boa reputação e capacidade para conduzir o trabalho com empatia, informalidade e serenidade (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 108).

A garantia que ambas as partes estejam absolutamente satisfeitas com cada um dos membros que compõem o Comitê é da essência do instituto (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 386), já que nos meios autocompositivos a confiança é fundamental para o êxito do procedimento que busca a construção de uma solução fundada no equilíbrio.

5.7 Observações quanto ao uso dos Comitês de Resolução de nos contratos continuados de longa duração

1.

Domingues (2022) alerta para a necessidade de se estabelecer regras específicas de mandato e substituição dos membros do Comitê nos contratos continuados de longa duração, diante da inerente dificuldade de manter um Comitê em funcionamento por largos períodos.

Em se tratando de contratos de longa duração, acaso seja adotado o formato ad hoc nenhuma mudança relevante precisa ser feita, na medida em que os comitês só serão instaurados para resolver alguma disputa específica, e serão dissolvidos tão logo emitam sua deliberação/recomendação final.

Já se a opção for pelo formato permanente, o contrato deve prever algumas regras de conformação. Diferente do que ocorre nos contratos ordinários, em que se presume que a formação do comitê permanecerá a mesma até o fim da execução contratual, nos contratos de longa duração a presunção é oposta. Dificilmente um profissional experiente aceitaria ficar ligado a um determinado projeto por mais de uma década. Assim, faz sentido, por exemplo, que para estes contratos seja previsto um mandato fixo dos membros, com trocas alternadas, para que não haja ruptura da memória dos trabalhos já desempenhados (DOMINGUES, 2022, p. 77).

Diante de um cenário de longo prazo, convém estabelecer normas capazes de garantir a sustentabilidade não só do contrato, mas do próprio Comitê, e, a partir dessa lógica, Russo e Easton (2019) sugerem modelos de estruturas mistas que podem otimizar o custo benefício e incluir:

1. O CRDs que abrangem a concessão e contrato de desenho e construção (D&B);
2. Três Comitês: um cobrindo o contrato de concessão e outro o contrato de desenho e construção (D&B); e outro cobrindo

os primeiros anos do contrato de operação e manutenção (O&M).

3. Dois comitês: um cobrindo o contrato de concessão e outro o contrato de desenho e construção (D&B e os primeiros anos do contrato de operação e manutenção (O&M).

4. Um Comitê que trata apenas da concessão e um convite ao construtor para participar de reuniões deste comitê.

5. Um Comitê para tratar apenas do contrato de desenho e construção (D&B) (RUSSO; EASTON, 2019, p. 81).

5.8 Os poderes do Comitê

Nos termos do regulamento ICC¹², os poderes do Comitê devem ser definidos na própria cláusula e, em caso de omissão, na cláusula a regra devem ser definidos pelas partes. Na falta de um consenso, vigoram os poderes do Comitê indicados no Artigo 15: a) determinar a língua utilizada nos procedimentos; b) solicitar às partes a apresentação de provas que entenda necessárias ao exercício da sua função; c) agendar reuniões, visitas e audiências; d) definir os procedimentos a serem seguidos na visitas ao local da obra e audiências; e) inquirir as partes, seus representantes e testemunhas na sequencia que entender mais adequada; f) nomear especialistas com a concordância das partes; g) emitir conclusão, independentemente de requerimento da parte e h) decidir medidas liminares urgentes à garantia de direitos e ao processo. Além disso, o Comitê deverá poder determinar a produção de provas que entender necessária.

No caso do uso de Comitê pela administração pública, os procedimentos serão realizados necessariamente na língua portuguesa, podendo definir-se, entretanto, o uso de uma forma bilíngue no caso de contratos internacionais.

As decisões do Comitê formado por três ou mais membros são definidas por maioria, entretanto o Comitê deve buscar a todo custo a unanimidade. Segundo Cooter (1983, p. 107), os juízes privados tendem a decidir de forma alinhada com a eficiência de Pareto, dividindo o excedente de acordo com as demandas das partes, prática que, no caso dos Comitês de Resolução de Disputas, é ainda mais acentuada,

¹² ICC, Article 15.

por se tratar de meio autocompositivo, onde as partes sujeitam-se voluntariamente às conclusões apresentadas.

5.9 Das reuniões e visitas ao site da obra

Na primeira reunião, partes e comitê se apresentam e definem as regras de visita e reuniões, adotando um calendário que deve contemplar suficientes eventos para dotar o Comitê de informações que permitam o exercício da sua função preventiva e proativa de forma eficiente.

As reuniões devem ser realizadas no site da obra, via presencial ou mesmo por meio de videoconferência. Não havendo consenso entre as partes, a forma será definida pelo Comitê.

Nas reuniões e visitas, o Comitê deve avaliar a performance do contrato conjuntamente com as partes, pode e deve assisti-las informalmente a evitarem quaisquer controvérsias. No caso dos contratos públicos, deverá estar presente um representante jurídico da administração, o qual não poderá interferir diretamente na reunião ao não ser que provocado pelo Comitê.

As reuniões devem ser registradas em ata, indicando a lista dos presentes e a periodicidade das reuniões ordinárias, que pode variar de acordo com a natureza da obra, em regra de 3 a 4 meses. No caso da regulamentação FIDC, os prazos não devem ultrapassar 140 dias,¹³ mas, independentemente das reuniões, as partes podem receber relatórios que retratem o andamento das obras e apontem eventuais pontos de atrito vislumbrados pelos gestores em prazos mais curtos.

No caso de eventos críticos, quaisquer das partes poderá solicitar visita ao local da obra por escrito, descrevendo o evento, e, se o Comitê tomar conhecimento de evento que demande a visita, pode provocar as partes a solicitarem a visita não programada.

5.10 Os Comitês de Resolução de Disputas e o cumprimento das decisões

¹³ FIDIC® Conditions of Contract for CONSTRUCTION, DAAB Procedural Rules, 3.3 (b).

Os Comitês podem ser constituídos nas modalidades resolutiva, adjudicativa ou híbrida. A norma deve ter por escopo a constituição de um dispositivo de natureza vinculante, seja pela não oposição à recomendação, seja pela decisão adjudicativa. A decisão não é final e pode ser alterada por decisão jurisdicional posterior, o que implica em dizer que “o seu cumprimento deve se dar por meio de uma *interim order*, sem prejuízo da sua confirmação por sentença final de mérito” (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 367).

A decisão exarada pelo Comitê tem fundamento no contrato, mas não se trata de título executivo indicado no art. 784 do CPC, uma vez que “a adjudicação por CRDs não se enquadra na hipótese do inciso III do referido artigo: “documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas”.

Com efeito, mesmo que o contrato original contenha cláusula de solução de disputas que faça uso dos CRDs e esteja assinado por duas testemunhas, as decisões de CRD não integram o contrato propriamente dito. Além disso, são ordinariamente assinadas apenas pelos membros do CRD, e não por representantes das partes com poderes expressos para em seu nome contrair ou alterar obrigações, nem tampouco por duas testemunhas (TRINDADE *et al.*, 2016, p. 161).

Em caso de não cumprimento imediato de decisão do Comitê, a parte prejudicada deve se valer de um procedimento jurisdicional, seja via arbitral, seja via judicial, e, em ambos os casos, o procedimento deve ser pautado por manifestação final quanto ao mérito. Para garantir a implementação da decisão vinculativa, deve ser requerida decisão liminar que se sujeita a uma posterior confirmação com a “discussão integral da controvérsia propriamente dita” (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 374).

A literatura traz como paradigma de processo de cumprimento manifestação da Corte de Apelação de Singapura no caso *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30*, com decisão proferida em 2015. Trata-se de contrato sujeito às cláusulas prevista pelo modelo FIDIC *red book*, que dispõe que as decisões do Comitê de Adjudicação são vinculativas, mas admite a não concordância com sujeição da matéria a jurisdição arbitral.

No primeiro momento, o demandante solicitou arbitragem para saber se deveria ser cumprida a decisão do Comitê, tendo o tribunal decidido que a *Perusahaan Gas Negara* (Persero) tinha a obrigação de efetuar o pagamento, mas a decisão foi posteriormente anulada pelo Supremo Tribunal de Singapura, que entendeu que a corte não poderia transformar a decisão vinculante do Comitê em uma decisão final sem determinar os méritos da disputa.

Na discussão do caso, surgem duas possibilidades: a possibilidade de buscar duas decisões, uma que trataria da violação à decisão do Comitê e uma segunda que ratificaria a decisão com análise de mérito, que se classifica como *“two-dispute” approach*; e uma segunda abordagem, que entendeu que o tribunal poderia executar a decisão do comitê por meio de decisão provisória, com apreciação meritória da disputa subjacente ao tribunal. O tribunal emitiria uma sentença provisória sobre a questão do não cumprimento da Decisão Adjudicativa do Comitê e, em seguida, abordaria a disputa substantiva sobre seus méritos, o que é conhecido como *“one-dispute” approach* (MCCREA, 2022).

Sob a perspectiva do direito brasileiro, entendemos que o caminho que melhor se adequa ao sistema processual vigente é aquele conhecido como *“one-dispute” approach*, caso em que a parte demandante deve pleitear a manifestação meritória com pedido liminar de tutela de urgência antecipada.



6

O USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NACIONAL

É fundamental entender o efetivo impacto do uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos complexos e de longo prazo, já que a proposta legislativa deve ser fundada não só em conceitos, mas também em evidências. Para tanto, buscamos avaliar a dinâmica do uso do instrumento no cenário internacional e nacional.

6.1 O papel global dos Comitês de Resolução de Disputa

O primeiro registro de uso dos Comitês de Resolução de Disputas se deu na construção da Boundary Dam, em Washington, na década de 1960, quando se denominou *Joint Consulting Board*. O sucesso da operação resultou na aplicação do procedimento na construção do túnel Eisenhower (Colorado), em 1975 (TRINDADE et al., 2016), cujos benefícios fizeram as disposições contratuais de solução de litígios do túnel Eisenhower.

O PL 206/2018 cita nas suas justificativas o trabalho das pesquisadoras Carla Pereira Ribeiro e Caroline Sampaio de Almeida, que trazem alguns exemplos práticos importantes, a exemplo do projeto *El Cajon Hydroelectric Project*, Honduras, de 1982 a 1986, que se valeu da modalidade *Dispute Review Board* (DRB), e o Projeto e construção do terceiro jogo de eclusas do Canal do Panamá, cuja obra foi estimada em U\$5,25 bilhões, a serem gastos entre 2007 a 2014, e o Projeto de *Twin Tunnels* da linha de Metrô Sheppard (Canadá).

A crescente percepção pelo mercado das vantagens práticas na utilização dos dispute boards ao longo das décadas de 1970 e 1980 em projetos internacionais levou a três iniciativas, em meados dos anos 1990, que foram determinantes para a sua difusão: (i) em 1995, a exigência pelo Banco Mundial da sua previsão nos projetos por ele financiados; (ii) a previsão pela FIDIC em 1996 dos dispute boards como método preferencial de resolução de disputas quando da revisão das condições para seus contratos-padrão; e (iii) a publicação no Reino Unido em 1996 do *UK Adjudication Act*, que requereu que boa parte



dos contratos de construção no Reino Unido previsse cláusulas de adjudicação (FIGUEIREDO; NETO, 2019).

Com o crescimento da popularidade dos Comitês de Resolução de Disputas, as instituições financeiras internacionais passaram a encorajar o seu uso. “Nos anos de 1990, o Banco Mundial publicou seu *Standard Bidding Document Procurement of Works*”, que fazia uso de uma versão adaptada das cláusulas publicadas pelo FIDIC, inclusive incluindo normas para os Comitês de Resolução de Disputas (JUNIOR; TORRES-FOWLER, 2019, p. 244).

Em 2004, a Câmara de Comércio Internacional publicou as regras de CRD, revisadas em 2015, o Japão passa a incentivar os usos dos CRDs nos projetos internacionais financiados pela JICA (Japan International Cooperation Agency) e o Instituto de Engenharia Civil da África do Sul incluiu os CRDs na edição de 2010 das “*General Conditions of Contract for Construction Works*”.

No artigo *Time for Australia to embrace Dispute Resolution Boards?*, os autores Andrew Stephenson e Lucy Goldsmith registram operações realizadas na Austrália: a) Sydney Desalination Plant (Sydney Desal Plant) 2007-2010; b) Adelaide de’ salination plant (Adelaide Desal) 2009-2011 e c) North-West Rail Link/Sydney Metro OTS Project (Sydney Metro) 2014-2019, e citam 98 projetos de infraestrutura que fizeram uso dos DRBs desde 1987, revelando números mais do que satisfatórios.

No capítulo *Are DRBs effective?*, os autores explicam que:

The value of Australian and New Zealand projects 35tilizing Dispute Boards is approaching more than \$60 billion. Since 1987 the total number of DRB contracts on record is 111 (101 of these are in Australia).

The DRBA reports that of the 111 projects with DRBs, in each instance of their use no disputes progressed to arbitration or litigation. This equates to a 100% success rate. This is an astonishing outcome and it is worth focusing on.

From a global perspective, the DRBF statistics (as at July 2014) report that: “The available recorded and anecdotal evidence indicates that 98% of projects 35tilizing DBs (now numbering well over 2700 internationally) have been completed without reference beyond the DB.

[...] just under 80% have been completed without a single referral to the DB, compared with an industry norm for

projects without DBs of less than half that percentage being completed without off-site dispute resolution processes being invoked.

In terms of timely completion within budget, the DRBF reported that:

More than 80% of DB projects have finished on or ahead of time compared to the industry norm of well under 60% for similar value projects without DBs. The majority of DB projects have also been completed within the Owner's budget.

The information is not reported, but given the cost, distraction and resource demands of even small disputes, the savings in avoiding disputes intuitively appear to more than justify the costs of establishing a DRB (STEPHENSON; GOLDSMITH, 2021)¹⁴.

No periódico canadense *Daily Commercial News* (DCN), em artigo intitulado artigo Comitês de Resolução de Disputas em crescimento no Canadá, a *Dispute Resolution Board Foundation*, fundada em 1996, afirma que o catalisador do substancial incremento mundial do número de seus associados foi o fato de o Banco Mundial passar a demandar o uso da cláusula de resolução de disputas em contratos a partir de determinado valor.

Diz, ainda, a *Dispute Resolution Board Foundation* que os Comitês de Resolução de Disputas foram utilizados em mais de 2.700 projetos (O'RELLLY, 2019), que os seus dados "apontam que 99% das

¹⁴ O valor dos projetos australianos e neozelandeses utilizando *Dispute Boards* está se aproximando de mais de US\$ 60 bilhões. Desde 1987, o número total de contratos DRB registrados é de 111 (101 deles na Austrália). O DRBA relata que dos 111 projetos com DRBs, em cada instância de seu uso, nenhuma disputa progrediu para arbitragem ou litígio. Isso equivale a uma taxa de sucesso de 100%. Esse é um resultado surpreendente e vale a pena focar. Numa perspectiva global, as estatísticas da DRBF (em julho de 2014) relatam que: "As evidências registradas e anedóticas disponíveis indicam que 98% dos projetos que utilizam BDs (agora somando mais de 2.700, internacionalmente) foram concluídos sem referência além do BD. "[...] pouco menos de 80% foram concluídos sem uma única referência ao banco de dados, em comparação com uma norma do setor para projetos sem bancos de dados de menos da metade dessa porcentagem, concluída sem que processos de resolução de disputa externos sejam invocados." Em termos de conclusão na forma prevista e dentro do orçamento, o DRBF informou que: "Mais de 80% dos projetos de BD foram concluídos antes ou antes do prazo em comparação com a norma da indústria de bem menos de 60% para projetos de valor semelhante sem BDs. A maioria dos projetos DB também foi concluída dentro do orçamento do Proprietário." A informação não é relatada, mas dado o custo, distração e demanda de recursos de até mesmo pequenas disputas, a economia em evitar disputas intuitivamente, parece mais do que justificar os custos de estabelecer um DRB" (STEPHENSON; GOLDSMITH, 2021, tradução nossa).

controvérsias submetidas aos DBs são encerradas em menos de 90 dias, e que 99% delas são resolvidas”, que “entre 85% até 95% dos casos com recomendações e decisões proferidas pelo DB, não há discussão posterior, seja judicialmente, seja por meio de arbitragem” e que o custo de um DB varia entre 0,05% e 0,25% do valor total do contrato, quando a arbitragem chega a representar em média 12% do valor total do conflito (FIGUEIREDO; SALLA, 2021).

Retornando à pesquisa promovida por Gebken (2006), este apresentou o incremento dos custos de solução de litígio de acordo com a natureza do processo:

During the course of analyzing the sources of transactional costs incurred in the three methods of dispute resolution that he studied, Mr. Gebken found that as the hostility of dispute resolution increased from Negotiation to Arbitration, outside counsel fees increased. He also found that expenditures for Negotiation involved substantial in-house costs (HAFER, 2007)¹⁵.

Figura 3 - Custos de transação no setor de construção

Transactional Costs in Construction Disputes	Aggregate Costs of Arbitration, Mediation & Negotiation	Only Arbitration Costs ⁵	Only Mediation Costs ⁶	Only Negotiation Costs ⁷
Outside Counsel	61%	75%	58%	40%
Management & Staff	16%	8%	8%	41%
Consultants/Expert Witnesses	11%	6%	6%	10%
In-House Counsel	5%	3%	3%	6%
Forum Fees	3%	8%	8%	1%
Other Costs	4%	8%	0%	2%

Fonte: HAFER, Randy, *Dispute Review Boards and Other Standig Neutrals Resolution and Prevention of Disputes*, International Institute for Conflict Prevention & Resolution (p. 04). New York, New York, 2007.

No evento *Dispute Boards in the Construction Industry*, realizado pelo *Dispute Resolution Board Foundation* e pelo Cairo

¹⁵ Durante a análise das fontes de custos transacionais incorridos nos três métodos de resolução de disputas que estudou, o Sr. Gebken descobriu que, à medida que a hostilidade da resolução de disputas aumentava da negociação para a arbitragem, os honorários de advogados externos aumentavam. Ele também descobriu que os gastos com negociação envolviam custos internos substanciais.

Regional Center for International Commercial Arbitration, o Dr. Sherif EL-Haggan apresenta números que tratam da efetividade dos comitês de Resolução de Disputas e cita diversos casos. Dentre eles, destacamos o projeto Ertan Hydroelectric Project, na China, com valor de US\$5.000 milhões, no qual, em 40 (quarenta) disputas analisadas pelo board, nenhuma foi sujeita à reexame jurisdicional¹⁶. Com um total de 20 visitas à obra, tratou-se do primeiro Comitê de Disputas utilizado na China (CHERN, 2013). EL-Haggan cita, ainda, que na China, no Projeto de Desvio do Rio Amarelo, ocorreram 12 (doze) disputas e nenhuma foi encaminhada à reanálise jurisdicional.

Na África, o *Katse Dam Project* (Lesotho), no valor de US\$2.500 milhões, executado sob as normas do FIDIC Red Book 4th Edition, que dispõe apenas a modalidade Comitê de Recomendação, em 12 (doze) disputas, apenas uma foi impugnada e remetida à arbitragem, e, mesmo assim, o árbitro ratificou a recomendação. O Comitê promoveu uma média de 2 ½ visitas no período de 1993 a 1998 (CHERN, 2013).

Na construção do aeroporto de Hong Kong, a constituição do comitê foi mais complexa, com a presença de 6 (seis) membros com painéis de 1 a 3 membros, dependendo da natureza e complexidade do caso. Nessa operação, o Comitê tinha natureza Adjudicatória, mas não final, ou seja, era sujeita à revisão jurisdicional. O contrato foi sujeito a 6 (seis) disputas, uma impugnada, com a decisão do Comitê ratificada pelo árbitro.

No caso *Docklands Railway*, na Inglaterra, há a particularidade de que os países de *common law* são mais aderentes à mediação e a adjudicação na Inglaterra já era praticada antes da regulamentação pelo FIDIC. Nesse caso, as partes decidiram pela constituição de dois grupos de *experts*, um grupo técnico, outro financeiro e um comum, todos eleitos por acordo entre as partes (1996/1999), cujas decisões eram vinculantes e finais, caso em que nenhuma disputa poderia encaminhada à reanálise jurisdicional.

A *International Chamber of Commerce* aponta no relatório *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*, que, em 2020, foram recebidas 77 solicitações sob as regras de mediação, peritos e Comitês de Resolução de Disputas e DOCDEX, o maior número registrado em um ano (ICC, 2020).

¹⁶ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aKsgemdkBok>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Na década de 1990, a *American Society of Civil Engineers* (ASCE) realizou um estudo sobre os DBs que evidenciou um total de 225 disputas em 166 projetos, envolvendo valores em torno de US\$ 10,5 bilhões, tendo sido resolvidas 208 disputas, onde apenas uma terminou tornando-se um litígio, que acabou em acordo amigável (ASCE, *apud* SOUSA, 2014).

No âmbito legislativo, a Inglaterra foi pioneira com o *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (*Construction Act 1996*), também conhecido como “pague primeiro, discuta depois” como meio de solução de disputas nos contratos de construção, instituto desenhado para proteger o fluxo de caixa da construção e se presta a tratar de disputas relativas a pagamentos interinos; atraso ou interrupção dos trabalhos; aditamentos do prazo de execução; defeitos na obra e prestação de contas; violação ou encerramento do contrato e vícios por negligência profissional (THOMSON REUTERS, 2022).

A experiência internacional demonstra que, em regra, as partes acatam as decisões dos Comitês de Resolução de Disputas, seja porque entendem que tais decisões refletem a melhor abordagem para o problema, seja porque, no caso de impugnação da recomendação ou decisão, há uma grande probabilidade dos meios jurisdicionais ratificarem o entendimento do Comitê em razão da imparcialidade e do alto grau de especialização dos seus membros.

Há uma evidente desproporção entre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas no cenário nacional se comparado o seu uso nas relações jurídicas nos países que fazem o uso mais intensivo desse instrumento. A experiência brasileira ainda é incipiente, mas cabe registrar o fato de que o Judiciário vem atuando no sentido de prestigiar o uso dos Comitês de Prevenção e Resolução de Conflitos.

6.2 A experiência brasileira

6.2.1 O contrato da Linha de Metrô 4 da Cidade de São Paulo

No Brasil, não são largos os números de uso do Comitê de resolução de Disputas nos contratos públicos. O Comitê de Recomendação (DRB) foi utilizado no contrato da Linha de Metrô 4 da Cidade de São Paulo (Edital da Concorrência Internacional n. 42325212,

publicado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, em 18 de maio de 2006). Apesar do edital indicar um comitê de mediação, trata-se materialmente de um *Dispute Review Board*.

O Comitê foi composto de três membros, cada um escolhido por uma das partes e aprovado pela contraparte, os quais designaram um terceiro.

“O comitê analisou e debateu a documentação básica do Projeto” e passou a receber Relatórios Mensais de Acompanhamento que permitiam programar, com as partes, visitas dirigidas periódicas. Caso não fosse possível a ação preventiva, o Comitê que deveria ser provocado por quaisquer das partes e a partir daí buscar conciliá-las. Não sendo possível a conciliação, promovia-se a instrução do incidente e elaborava-se relatório de Recomendação (CAMARGO *et al.*, 2016).

O caso do Metrô Linha 4 (São Paulo) é muito importante, porque uma das recomendações foi impugnada, estando sujeito o assunto a uma análise jurisdicional. Nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo expressou entendimento para ratificar a recomendação, o que reforçou a legitimidade dos comitês de Resolução de Disputas e a autoridade de suas manifestações.

Trata-se de agravo interposto contra a decisão que concedeu a tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD) que obrigava o agravado a pagar pelos serviços de retirada e disposição de solo contaminado, proveniente da VCA Vila Sônia, que teriam sido prestados pelo agravante nos quantitativos e custos por este indicado (TJSP AI-6.090/2018).

Diz a ementa:

Voto n. AI-6.090/18
 Agravo n. 2096127-39.2018 10ª Câmara de Direito Público Agte:
 Consórcio TC Linha 4 Amarela
 Agdo: Metrô – Companhia do Metropolitano de São Paulo
 Origem: 12ª Vara da Faz Pública (Capital) Proc. N.
 1014265-98.2018 Juiz: Adriano Marcos Laroca.
 ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo n.
 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.

O voto é didático e extremamente importante na consolidação dos Comitês de Resolução de Disputas no Brasil, porque não só reconhece a possibilidade da parte insatisfeita de demandar uma revisão arbitral ou judicial, como também reconhece a autoridade do Comitê de Resolução de disputas quanto à análise técnica do litígio e o seu impacto argumentativo na instância judicial, o que estimula a solução dos conflitos na esfera extrajudicial. Diz a decisão:

O Edital do certame acostado aos autos, versão em português e com caráter meramente orientativo [...], trata no item 20 das reivindicações, litígios e arbitragens que envolvem a execução do contrato [...]. O item 20.2 prevê o envio dos litígios a um Conselho de Resolução de Disputas, composto no caso dos autos por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes: os engenheiros civis André Pacheco de Assis e Eduardo Rottmann e o advogado Antônio Fernando Mello Marcondes, especializado em direito da construção e

infraestrutura (aqui fls. 436/520); e o item 20.4 estabelece que “a decisão será válida para ambas as Partes, que deverão prontamente executá-la, a menos até que a mesma seja revisada em um acordo amigável ou sentença arbitral”. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas, por sua vez, prevê 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, nos termos dos subitens 20.4 a 20.7 das Condições Gerais do Contrato e das Condições Especiais do Contrato.

[...]

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

juiz entreviu indícios objetivos de que a equipe técnica do agravante, bem como a empresa por ele contratada, não teria seguido o procedimento previsto no contrato administrativo quanto à identificação da contaminação do solo e metodologia de descontaminação (coprocessamento, mais dispendioso, ao invés de dessorção térmica), gerando dúvida quanto à quantidade de solo contaminado e ao custo dos serviços prestados. A decisão do CRD [...], no entanto, aborda minuciosamente as questões que preocuparam o juiz, notadamente a (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo, sem nenhuma repercussão na solução do problema; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo, alegada pelo Metrô apenas meses após a conclusão dos trabalhos de deposição dos resíduos; e

(iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica, isto em razão da escassez de empresas no mercado capazes de executar o serviço e sem insurgência do Metrô até 16-5-2017, quando finalmente manifestou oposição [...].

A probabilidade do direito resta abalada pela própria decisão do CRD, que acolheu os argumentos aduzidos pelo Consórcio pelos fundamentos lá expostos; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia vigente até 3-7-2020, que assegura o pagamento de indenização de até R\$- 85.873.454,67 em razão dos prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante [...]. Ausentes os

requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência, sua revogação é medida de rigor.

O voto é pelo provimento do agravo para revogar a tutela de urgência [...].

6.2.2 Os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro

2.

Os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, em 2016, popularizaram o conceito dos *Disputes Boards* no Brasil (FERNANDES, 2019).

O Comitê Organizador Rio 2016 celebrou 36 contratos de prestação de serviços que previam cláusula de instauração de *Dispute Boards* (MAIA NETO, 2016), cuja finalidade era evitar disputas contratuais surgidas durante a execução e otimizar custos e principalmente prazos (MAIA NETO, 2016 *apud* FERNANDES, 2019).

A legislação que autorizou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas para as Olimpíadas foi alterada em 2015 e, junto com a ampliação do rol de contratos sujeitos ao regime, passou a admitir de forma expressa o uso de meios extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos sujeitos à norma.

6.2.3 Caso Dersa

A Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas elaborou e avaliou os Contratos de Obras e Serviços do Rodoanel Norte e, no seu Relatório 3, trouxe uma avaliação da atuação das Juntas de Conflitos, cuja dinâmica se alinha com o procedimento dos Comitês de Resolução de Disputa na modalidade Comitê de Resolução em caráter *ad hoc*, relatando duas ocorrências que versaram sobre interpretação de critério de medição e remuneração de serviços e a possibilidade da alteração do modo de execução de serviços (FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE, 2018).



T

7

MODELOS DE CLÁUSULAS DE COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS UTILIZADAS PELA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL – ICC E PELO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC

Os serviços de processamento de arbitragem e outros meios de solução extrajudicial de conflitos são prestados por instituições especializadas, as câmaras de comércio e de arbitragem, que publicam modelos de normas materiais e processuais e oferecem serviços relacionados ao tema, dentre os quais podemos citar a indicação de árbitros e a definição do valor dos honorários dos membros do comitê.

A possibilidade do uso das regras previstas pelas instituições especializadas é expressamente citada no art. 3º do PLS 206/2018 (BRASIL, 2021a), e o projeto considera instituições especializadas “[...] as câmaras e instituições de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos”.

Neste estudo, tratamos da regulamentação das cláusulas de Comitês de Resolução de Disputas praticadas pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, que atua de forma global e com representação no Brasil desde 2014, e a regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, uma das mais importantes Câmaras de Arbitragem do Brasil, já que ambas constituem um retrato do modelo de Comitê de Resolução de Disputas no Brasil nas esferas nacional e internacional.

As normas praticadas pelo ICC e CAM-CCBC serão utilizadas como paradigmas na uma análise crítica do PLS 206/2018 (BRASIL, 2021a) e das demais normas e propostas do legislativo e executivo.



7.1 Das regras de **DISPUTE BOARD** da **Câmara Internacional do Comércio**

As regras de Dispute Board da ICC foram introduzidas em 2004 e revisadas em 2015 (ICC, 2015).

Para o ICC, os Comitês de Resolução de Disputas tratam-se de instrumentos que auxiliam as partes a evitarem ou resolverem desentendimentos e disputas a qualquer tempo, em especial, durante as visitas ao site, caso em que encorajarão as partes a evitar circunstâncias potencialmente conflituosas sem o envolvimento do Comitê, competindo a esse fornecer assistência informal por iniciativa própria ou a requerimento de quaisquer das partes ou ao final manifestar-se formalmente a requerimento de quaisquer das partes (ICC, 2015).

As normas de Comitês de Disputa do ICC são divididas em: i) regras introdutórias; ii) tipos de Comitês de Disputa; iii) instalação do Comitês de Disputas; iv) obrigação de cooperar; v) operações do comitê; vi) serviços prestados pelos Comitês de Disputas; vii) procedimentos para a provocação formal da disputa; viii) conclusões do Comitê de Disputas; ix) Remuneração dos membros do Comitê de Resolução de Disputas e do ICC e apêndices.

O documento da ICC é formado por 35 artigos e subcláusulas e três anexos, e os artigos são enumerados na forma cardinal.

Em relação à análise de disputas e acompanhamento dos contratos pelo comitê, as regras estipulam prazos e procedimentos para proferir decisões/recomendações, para apresentar pedidos e respostas, para pedir correções, para contestar as decisões/recomendações, para realizar audiências e definirem a natureza confidencial do procedimento; bem como prazos e procedimentos para envio de informações ao comitê, visitas do comitê ao local e para comunicações entre as partes e membros do comitê ao longo da execução do contrato (FIGUEIREDO; SALLA, 2021, p. 80).

A regulamentação ICC impõe a observância dos princípios da cooperação e da boa-fé e estimula o debate com vista no

entendimento e na prevenção de eventuais conflitos nas visitas ao canteiro de obras. Destaca-se no propósito da cooperação no artigo 25, que dispõe que, quando o Comitê é composto por três ou mais Membros, deverá envidar todos os esforços para alcançar unanimidade, o que evidencia “um dever de encontrar uma solução de compromisso” (DORGAN, 2005).

A regra dispõe que Comitê deve assistir e orientar as partes informalmente e, quando se refere à informalidade, não propõe um processo paralelo, mas a procedimentos não solenes e cujos registros são desburocratizados, o que podemos extrair dos art. 16 e 17 do documento:

ARTICLE 16: Avoidance of Disagreements

If at any time, in particular during meetings or site visits, the DB considers that there may be a potential Disagreement between the parties, the DB may raise this with the Parties with a view to encouraging them to avoid the Disagreement on their own without any further involvement of the DB. In so doing, the DB may assist the Parties in defining the potential Disagreement. The DB

may suggest a specific process that the Parties could follow to avoid the Disagreement, while making it clear to the Parties that it stands ready to provide informal assistance or to issue a Conclusion in the event that the Parties are unable to avoid the Disagreement on their own. (ICC, 2015)

ARTICLE 17: Informal Assistance with Disagreements

1. On its own initiative or upon the request of any Party and in either case with the agreement of all of the Parties, the DB may informally assist the Parties in resolving any Disagreements that have arisen during the performance of the Contract. Such informal assistance may occur during any meeting or site visit. A Party proposing informal assistance from the DB shall endeavour to inform the DB and the other Party thereof well in advance of the meeting or site visit during which such informal assistance would occur¹⁷.

¹⁷ Art. 16: Prevenção de Desacordos. Se a qualquer momento, em particular, durante reuniões ou visitas ao local, o DB considerar que pode haver um possível desacordo entre as partes, o DB poderá abordá-lo com as partes, com o objetivo de incentivá-las a evitar o desacordo por conta própria, sem qualquer maior envolvimento do DB. Ao fazê-lo, o DB poderá auxiliar as partes na definição do possível desacordo. O DB pode sugerir um processo específico que as partes poderiam seguir para evitar o desacordo, deixando claro às partes que está pronto para prestar assistência informal ou emitir uma conclusão no caso de as partes não

As recomendações ou decisões exaradas pelos Comitês não detêm *enforcement*, o que os distingue dos procedimentos de natureza jurisdicional.

O ICC dispõe a formação de comitês permanentes, não faz alusão ao tipo *ad hoc* e determina a sua constituição logo após a assinatura do contrato (FIGUEIREDO; SALLA, 2021), oportunidade em que as partes devem obrigatoriamente estabelecer a modalidade do comitê: se revisora (DRB), adjudicatória (DAB) ou híbrida (CDB).

No Dispute Review Board (DRBs), uma vez apresentada a recomendação, a parte pode acatá-la ou não, não há obrigação de concordância. Entretanto, se a parte não apresentar notificação por escrito expressando a sua não concordância de forma fundamentada em 30 (trinta) dias, a recomendação passa a ter caráter vinculante.

No caso de discordância ou preclusão do prazo de manifestação do Comitê, ou mesmo extinção desse, a matéria pode ser encaminhada à esfera jurisdicional, seja na modalidade arbitral, seja judicial.

Na modalidade Dispute Adjudication Boards (DABs), a norma dispõe que a decisão é obrigatória para as partes, que deverão cumpri-la de imediato independentemente de qualquer manifestação de insatisfação, até que haja decisão jurisdicional em sentido contrário.

No Comitê Híbrido,

os CDBs podem ajudar as Partes a evitar Desentendimentos, resolvê-los por meio de assistência informal e emitindo Conclusões com relação a Disputas mediante encaminhamento formal. Em encaminhamentos formais, os CDBs emitem Recomendações com relação a Disputas nos termos do Artigo 4, mas podem proferir 7Decisões nos termos

conseguirem evitar o desacordo sobre seus próprios (ICC, 2015). Art. 17: Assistência informal com desacordos. 1 Por iniciativa própria ou a pedido de qualquer das partes e em ambos os casos, com o acordo de todas as partes, o DB poderá auxiliar informalmente as partes na resolução de quaisquer desacordos que tenham surgido durante a execução do contrato. Essa assistência informal pode ocorrer durante qualquer reunião ou visita ao local. Uma parte que proponha assistência informal do DB, deverá se esforçar para informar ao DB e à outra parte, com bastante antecedência da reunião ou visita ao local durante a qual tal assistência informal ocorreria.

do Artigo 5, conforme disposto nos parágrafos 2 e 3 deste Artigo 6 (ICC, 2015).

Na modalidade híbrida, o Comitê de Resolução de disputas pode impor uma decisão adjudicatória ainda que uma parte impugne o pedido, desde que presentes elementos que tornem indispensável a adoção desse modelo.

A regra prevê a nomeação do Comitê até 30 (trinta) dias da assinatura do contrato ou início de determinadas operações nele previstas e dispõe que, omissas as partes, a Câmara os nomeará e a substituição de membros em razão da morte, renúncia ou exclusão com a utilização das mesmas regras de nomeação.

O art. 16 trata das ações preventivas com vistas a evitar desacordos e dispõe que, uma vez detectado ponto de atrito, o Comitê deverá abordar as partes com o objetivo de incentivá-las a evitar o desacordo sem que seja necessária a interferência formal do CRD, podendo para tanto prestar assistência informal.

A assistência informal pode ser a requisição ou de ofício, mas, se uma parte solicitar a assistência, deve notificar não só o CRD, como também a outra parte. A assistência pode ocorrer de forma verbal ou mesmo por meio de nota, mas tais opiniões não vinculam a posterior manifestação revisora ou adjudicatória.

A regra dispõe que, salvo acordo contrário entre as partes, admite-se o uso da manifestação revisora ou adjudicatória como elemento de instrução em eventual processo judicial ou arbitral subsequente.

7.2 O regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas da CAM-CCBC

O regulamento do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil- Canadá não foca na prevenção quando diz que “as partes informarão o Comitê sobre todos os assuntos em andamento na execução do contrato e lhe submeterão todos os temas objeto de dissenso que tenham sido incluídos na Pauta”¹⁸. O

¹⁸ Regulamento CCBC, art. 4º Seção 1, (4.6).

regulamento aborda o papel do Comitê na busca da solução amigável dos temas em debate quando trata das reuniões do Comitê, mas tal ação já ocorre sob a sombra de um conflito instalado (CAM-CCBC, 2018).

A CCBC prevê apenas duas modalidades de comitê: “(a) Comitê de Recomendação e (b) Comitê de Decisão, e na ausência de escolha expressa pelas partes o Comitê será de Decisão”.¹⁹

No caso do Comitê de Recomendação, uma vez emitida a recomendação, esta é vinculante, salvo se formalmente rejeitada, o que deve ser feito por escrito e de forma fundamentada (Notificação de Rejeição) em até 15 (quinze) dias. A notificação deve informar o interesse da parte de sujeitar a decisão a procedimento jurisdicional, e esse deve ser iniciado em até 30 (trinta) dias sob pena de preclusão. Havendo preclusão do prazo de início do procedimento jurisdicional, a Recomendação torna-se vinculante.

No Comitê de Decisão, a regra da CCBC dispõe que a decisão é vinculante e de cumprimento imediato. Mesmo impugnada e submetida em controvérsia à arbitragem ou ao Poder Judiciário, a decisão permanece obrigatória até decisão contrária do tribunal arbitral ou do poder judiciário.

O regramento CCBA admite Comitês nas tipologias permanente e *ad hoc* e, na ausência de escolha expressa pelas partes, este será permanente. O primeiro instala-se até 60 (sessenta) dias da celebração do contrato. O Comitê *ad hoc*, por sua vez, instala-se a requerimento de quaisquer das partes para tratar de controvérsias específicas, e esses membros serão automaticamente reconduzidos para a solução de eventual nova controvérsia.

Quadro 1 – Quadro comparativo ICC/CCBC

	ICC	CCBC
ESCOPO	Auxiliar as partes a evitarem ou resolverem desacordos ou disputas.	Auxiliar as partes a resolverem controvérsias.
	Não arbitral.	Não arbitral.

¹⁹ Regulamento CCBC, art. 2º Seção 1, (2.1).

	ICC	CCBC
Acordo de Submissão	Manifestação de submissão no contrato.	Submissão ao Regulamento deve ser indicada no contrato e será obrigatória.
	Obrigação cooperação mútua e com o Comitê.	
Modalidades	<i>Dispute Review Boards</i> (DRBs).	Comitê de Recomendação.
	<i>Dispute Adjudicatio Boards</i> (DABs).	Comitê de Decisão (Modelo Padrão).
	<i>Combined Dispute Boards</i> (CDBs).	
Tipos	Permanente.	Permanente.
		<i>ad hoc</i> .
Comitê	Permanente - 60 dias celebração do contrato; extingue-se após resolução de todas as controvérsias e finda execução de obrigações contratuais.	Permanente - membro único indicado em conjunto 30 dias após assinatura do contrato; com 3 membros, dois serão apontados pelas partes em 30 dias e o terceiro, apontado por ambos até 30 dias, da indicação do segundo.
	<i>Ad hoc</i> - apresentado para tratar de controvérsias específicas; extinto após. Provimento Final e eventual resposta a pedido de esclarecimento; salvo disposição em contrário, serão reconduzidos.	
Membros	Podem ser indicados pelas partes ou pelo ICC e deve deter os atributos necessários, devem ser independentes e imparciais, devem firmar disclosure, podem ser impugnados.	No Comitê composto de 3 membros cada parte indicara 1 membro e estes o terceiro, ou serão indicação pela CAM-CCBC em caso de omissão, maior de 21 anos, independente, imparcial, disclosure, podem ser impugnados, vedação de atuação em procedimentos similares relacionados a

	ICC	CCBC
		controvérsia submetida ao Comitê.
Independência	Independência e imparcialidade. Compromisso. Disclousure obrigatório.	Independência e imparcialidade. Compromisso. Disclousure obrigatório. Termo do Comitê de Prevenção Solução de Disputas junto com as partes.
Funcionamento	O Comitê define a frequência das visitas no início de suas atividades conjuntamente com as partes.	Regras definidas na assinatura do Termo. Fornecimento de relatórios, visitas técnicas, reuniões etc.
	Início das atividades após assinatura do termo.	Reuniões com prévia indicação da pauta.
	Encerramento com a notificação das partes.	Ambiente virtual.
		Comitê <i>ad hoc</i> observa regras aplicáveis à Reunião Extraordinária.
Deliberações		Maioria de votos, cada membro tem 1 voto.
Poderes	Poderes: determinar a língua ou línguas utilizadas no procedimento, medidas cautelares, solicitar documentos, realizar diligências, perícia técnica, oitiva de representantes e/ou testemunhas e outras que entenda cabíveis	Poderes instrutórios: solicitar documentos, realizar diligências, perícia técnica, oitiva de representantes e/ou testemunhas e outras que entenda cabíveis
Princípios	Colaboração, independência, transparência, confidencialidade, contraditório.	Colaboração, boa-fé, independência, imparcialidade, igualdade tratamento e contraditório.
Revisão das decisões	As partes podem pleitear revisão pelo ICC que	

	ICC	CCBC
	pode apenas opinar sobre questões formais.	
Ônus da prova	Requisitadas pelo Comitê.	Requisitadas pelo Comitê.

Fonte: O autor.

A norma dispõe que os membros do Comitê *ad hoc* serão automaticamente reconduzidos²⁰ para a solução de eventual nova controvérsia, regra que busca uma continuidade que possibilite melhor qualidade no manejo das informações. Além disso, o Comitê detém poderes instrutórios e pode produzir todos os tipos de prova, inclusive pericial, oitiva de testemunha e determinar a exibição de documentos.

Compete ao Comitê conduzir a análise probatória, e as partes têm a prerrogativa de encaminhar todos os documentos que entenderem pertinentes em prazos que têm natureza peremptória (10 (dez) dias nas reuniões ordinária e 48 (quarenta e oito) horas nas reuniões extraordinárias).

Quanto à assinatura do Termo do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, as partes e o Comitê definirão como será acompanhada a execução do contrato, incluindo fornecimento de relatórios periódicos, visitas técnicas ao local da execução, reuniões com as partes e outras formas julgadas apropriadas. Em caso de omissão, o Comitê as definirá e submeterá à apreciação das partes.

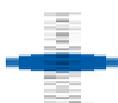
O procedimento deve se atentar para os princípios da colaboração, boa-fé, independência, imparcialidade, igualdade de tratamento e contraditório; os membros do Comitê devem ser maiores de 21 anos, devem manter uma postura independente e imparcial e a qualquer tempo devem informar quaisquer fatos ou circunstâncias que possam pôr em dúvida sua independência e imparcialidade.

Quaisquer das partes podem impugnar um membro do Comitê com base na falta de independência e imparcialidade, desde que o faça dentro de 7 (sete) dias, a partir da indicação do Membro do Comitê ou do conhecimento dos referidos fatos ou circunstâncias geradoras do impedimento ou suspeição, por meio de requerimento

²⁰ Regulamento CCBC, art. 2º Seção 2, (2.15).



devidamente fundamentado, endereçado ao Presidente do CAM-CCBC, que decidirá definitivamente a questão.





8

8

A REGULAÇÃO DO USO DO COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

As Leis federais 8.666/1993, 8.987/1995, 11.079/2004 e 13.448/2017 admitem a aplicabilidade de meios extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos administrativos e contemplam a possibilidade do uso dos Comitês de Resolução de Disputas, mas não regulamentam a sua aplicação, remetendo esta disciplina aos modelos de cláusula utilizados pela iniciativa privada com as necessárias adaptações aos princípios da administração pública.

Cabe distinguir a regulação dos Comitês de resolução de Disputas como norma geral que disciplina o instituto, a exemplo da Lei de Arbitragem e a Lei de Mediação, da norma que dispõe o uso deste instrumento pelos entes públicos nos contratos administrativos, como dispõem a legislação dos municípios de São Paulo e Belo Horizonte.

A regulamentação do uso do instrumento pelo ente público cria balizas cuja observância é obrigatória, e, como resultado disso, a discricionariedade da gestão pública não pode ser exercida além do que for prescrito na norma.

8.1 A Lei 16.873/2018 do Município de São Paulo

A primeira manifestação legislativa para tratar especificamente da regulamentação do uso de Comitês de Resolução de Disputas no Brasil nos contratos públicos se deu por meio da Lei 16.873/2018 do Município de São Paulo.

A norma paulistana disciplina o uso do instrumento nos contratos de trato continuado, o que implica em dizer que, nas demais modalidades de contrato, o município pode fazer uso dos regramentos privados, desde que observados os princípios de direito público.

O art. 6º, § 2º da Lei 16.873/2018 dispõe sobre a instalação do Comitê e propõe a sua constituição em até 30 dias contados da celebração do contrato administrativo. Ao dispor de forma imperativa que o comitê entrará em funcionamento a partir da celebração do

contrato administrativo, a lei impõe o tipo permanente e exclui a possibilidade de uso do comitê na modalidade *ad hoc*.

Ao não prever o uso do Comitê na modalidade *ad hoc* a Lei 16.873/2018, cria uma barreira ao uso do instrumento nos contratos de menor valor econômico e menos complexos, o que não deixa de ser um prejuízo, porque o Comitê *ad hoc* pode ser utilizado em substituição a outros meios de solução extrajudicial de litígios com maior eficiência.

Ainda que a lei não disponha sobre a possibilidade do uso do Comitê tipo *ad hoc*, o seu regulamento²¹ introduz esta possibilidade quando diz que os Comitês “poderão ser instituídos para solução de controvérsias específicas, quando a natureza da contratação não justificar a instituição de um Comitê permanente”, mas cabe avaliar se o regulamento pode alargar a previsão legal, e entendemos que não é possível na medida em que no direito administrativo “há relações de supra e infra ordenação, devendo prevalecer a norma superior em relação a inferior. Portanto, as normas inferiores têm de ser compatíveis com as superiores, sob pena de invalidade (JUSTEN FILHO, 2018).

No que diz respeito aos modelos que podem ser adotados pelos Comitês de Resolução de Disputas o art. 2º da Lei 16.873/2018, dispõe que os mesmos podem ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida.

As manifestações dos Comitês sujeitam-se a revisão jurisdicional, o que é inato ao instituto, que se trata de instrumento autocompositivo.

O Comitê será formado por três membros, capazes e de confiança das partes, preferencialmente dois engenheiros e um advogado, e competirá ao órgão ou ente público contratante indicar os membros que comporão o Comitê em conjunto com a entidade contratada.

Ainda que a lei não indique, de forma expressa, os princípios que informam o instituto, esses emergem do art. 6º § 3º, que determina que os membros do Comitê devem atuar com imparcialidade, independência, competência e diligência no desempenho de suas funções.

²¹ Decreto Municipal n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021.

Os membros são equiparados a funcionários públicos no exercício de sua função e estão impedidos de funcionar como tal pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes.

A norma dispõe, ainda, sobre a obrigação de *disclosure*, e os membros do Comitê têm o dever de revelar antes da aceitação da função e, mesmo após o compromisso, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

O Decreto Municipal n. 60.067/2021 do Município de São Paulo, regulamenta a lei 16.873/2018 e admite o seu uso em obras públicas, concessão ou permissão que tenham como objeto, ou como parte do objeto, a execução de obras com valores iguais ou superiores a R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

O Decreto dispõe que a Procuradoria do Município elaborará modelo padronizado de cláusula de adoção do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, que deverá conter, no mínimo: a) uma composição tríplex do Comitê e a forma pela qual seus membros serão selecionados; b) a natureza do Comitê; c) a adoção da língua portuguesa em todos os procedimentos e pronunciamentos do Comitê; d) a realização de todos atos do procedimento do Comitê; e) a vedação à condenação em pagamento de honorários, seja a que título for; f) o período de funcionamento do Comitê e g) a adoção de instituição especializada ou Comitê *ad hoc* para instauração e processamento do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2021).

A norma atribui à autoridade competente a assinatura do contrato de discricionariedade do poder para decidir a respeito da inserção da cláusula de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas segundo a necessidade e conveniência.

O regulamento dispõe que o Comitê deve ser utilizado, em regra, pela modalidade revisora, e a escolha pela modalidade adjudicativa ou híbrida cabe apenas em situações excepcionais, a partir de uma demanda fundamentada, sujeita a aprovação pela Procuradoria Geral do Município.

Se adotado o regulamento de alguma instituição especializada, o Comitê será instituído e processado de acordo com as suas regras,

desde que observadas as disposições da Lei nº 16.873, de 2018, e do próprio Decreto.

8.2 A Lei Municipal n. 11.241, de 19 de junho de 2020 do Município de Belo Horizonte

O Município de Belo Horizonte também disciplinou o uso 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 por meio da Lei Municipal n. 11.241, de 19 de junho de 2020, e define contrato administrativo de execução continuada como “aquele que se prolonga no tempo com obrigações contínuas ou periódicas, sem se esgotar em um só ato”.

Destaca-se a Lei belo-horizontina por trazer de forma expressa os princípios que informam o instrumento, sendo estes os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, do contraditório e da igualdade das partes; e, apesar da norma não citar o princípio da colaboração e boa-fé, estes são inerentes ao instituto.

No que diz respeito à tipologia do Comitê, a Lei 11.241/2020 traz uma redação mais racional que a lei paulistana, prevendo a possibilidade de uso de ambas as tipologias: permanente e *ad hoc*. Ao adotar as duas modalidades de Comitê, a norma propicia uma maior amplitude no uso do instrumento, podendo ser aplicados tanto nos contratos complexos e de alto custo, quanto nos contratos de menor complexidade e baixo custo.

Diante da possibilidade de se utilizar o Comitê em ambas as modalidades, “a assinatura do Termo de Compromisso deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias, contados da celebração do contrato administrativo, ou, alternativamente, em 30 (trinta) dias contados da notificação de surgimento de disputa entre uma parte e outra, quando elas optarem pela adoção do comitê *ad hoc*”.

8.3 A Nota Técnica n. 4/2019/STR/SPPI da Presidência da República, Casa Civil, Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, Secretaria de Transportes

O Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal (PPI) promoveu no ano de 2019 um “*workshop* e consulta pública” para a edição de resolução cujo escopo era aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias destinada aos contratos de infraestrutura qualificados no seu âmbito (OLIVEIRA; CARVALHO, 2022, p. 27).

O trabalho compartilhou o entendimento de diversas entidades, a exemplo dos membros do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), Ministério da Infraestrutura, do Ministério de Minas e Energia, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União (CCAF/AGU), à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria Geral da Presidência da República (SAJ/SG/PR) e por técnicos do Tribunal de Contas da União, e, ao final, produziu-se a Nota Técnica no 4/2019, que apresenta a minuta de resolução que “aprova cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI”.

Segundo a Nota Técnica,

o dispute board constitui, antes de tudo, um instrumento de gestão contratual voltado ao fim último de assegurar a regular execução das obrigações pelas partes, de modo a mitigar o risco de que conflitos entre estas venham a interromper o cumprimento do acordo. Daí porque a minuta ora proposta utiliza um termo que a literatura mais atual vem prestigiando ao se referir ao instrumento como um mecanismo de “prevenção” de litígios, e não apenas de “resolução”. Isto é, o painel de especialistas opera antes mesmo que as questões

contratuais venham a levantar posições contrapostas litigiosas” (CASA CIVIL, 2019).

A resolução recomenda que os contratos de parcerias e empreendimentos qualificados no âmbito do PPI “em que haja realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros” admitam o Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas (Dispute Board) a partir da cláusula modelo indicada na Resolução.

Apesar de se tratar de uma Resolução do Executivo, entendemos que as recomendações e boas práticas e o uso dos Comitês de Resolução de Disputas promovidos pela Casa Civil não tem caráter meramente indicativo, do contrário, não há sentido em elaborar os estudos, promover as discussões e consultas públicas. É nosso entendimento que, no caso específico do PPI a Administração Federal deve observar a Recomendação e fazer uso do MESOC que melhor se adequa ao contrato específico porque o escopo da ação é buscar práticas que resultem na eficiência da administração.

A cláusula modelo recomendada para o PPI aponta que devem observados os princípios da boa-fé, da cooperação e da conservação dos negócios jurídicos e admite a constituição do Comitê nas formas permanente e *ad hoc*. Na forma permanente do Comitê deve ser constituído “em até 60 dias de sua celebração/ nos 60 dias que antecederem o início de fase ou etapa em que haja concentração de investimentos em obras / outro marco temporal pertinente” (CASA CIVIL, 2019).

A cláusula modelo proposta define quais matérias podem ser sujeitas aos Meios de Solução Extrajudicial de Conflitos 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, e são excluídas as matérias afetas à definição de políticas públicas (CASA CIVIL, 2019).

Recomenda-se a constituição de Comitê com 3 (três) membros: um indicado pelo Poder Concedente, um pelo parceiro privado e um terceiro escolhido de comum acordo pelos membros designados pelas

Partes, e todos devem ser capazes, independentes, imparciais e dotados de formação técnica.

Apesar de não se exigir a formação jurídica de quaisquer dos membros, a cláusula admite que o presidente da Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas possa designar terceira pessoa com formação jurídica para secretariar as atividades e prestar assessoria na aplicação do Direito.

As manifestações do Comitê devem ser fundamentadas e seus membros devem manter uma postura proativa na permanente busca de mitigação do risco a regular execução do contrato.

Não “havendo concordância entre as Partes, a manifestação do Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas terá natureza [vinculante / recomendatória],” que deve ser exarada em no máximo em 90 dias.

1.11.1. Nos termos acordados pelas Partes, a manifestação fundamentada do Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas assumirá natureza de [decisão vinculante para as Partes, enquanto não sobrevier decisão arbitral ou judicial que a desconstitua / recomendação para as Partes, resguardado o direito destas em acatá-la ou buscar sua reversão pela via administrativa, arbitral ou judicial, conforme o caso / recomendação, resguardado o direito destas em acatá-la ou buscar sua reversão pela via administrativa, arbitral ou judicial, ou decisão vinculante para as Partes enquanto não sobrevier decisão arbitral ou judicial que a desconstitua, conforme acordado entre estas antes da submissão de questão. Não havendo acordo quanto à natureza da manifestação fundamentada, entende-se que esta assumirá natureza de decisão / recomendação] (CASA CIVIL, 2019).

Além das normas supra indicadas, está em curso a análise do PLS 206/2018 (PL 2.4221/2021), que dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos continuados mantidos com a Administração Federal, cuja proposta, quando cotejada com a Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI, revela a inexistência de um diálogo entre o Legislativo e Executivo Federal, que vem a ser o destinatário de ambas as normas.

9



9

O PLS 206/2018 E DEMAIS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

O PLS 206/2018 trata da Regulamentação da Instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União e hoje tramita na Câmara Federal como o PL 2.421/2021.

Uma análise perfunctória da justificativa do PLS 206/2018 nos permite constatar que o Congresso decidiu por regulamentar o uso dos Comitês sem aprofundar um entendimento quanto à sua natureza e instrumentalidade, já que a justificativa não destaca o papel proativo dos Comitês e faz crer que o seu uso depende de uma regulamentação legal, quando se trata de instrumento já utilizado pela administração, a exemplo da sua aplicação nas obras do Metrô de São Paulo e Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro.

O uso dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos é estratégico para a implantação de políticas públicas, principalmente quando tratamos de Concessões e Parcerias Público Privadas, seja em razão das necessidades de um *Project Finance*, seja em razão da necessidade da própria política pública. A suspensão da execução do contrato em razão de um litígio sujeito a manifestação jurisdicional pode implicar no fracasso de todo um programa, já que uma conclusão posterior da obra pode ocorrer fora da janela de oportunidade e pode haver até mesmo o abandono do projeto pela alteração de prioridades políticas em um momento futuro.

A submissão a Consulta Pública de minuta de resolução que “aprova cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do PPI”, fundamentada na Nota Técnica n. 4/2019/STR/SPPI²², indica que o Governo Federal sinaliza o entendimento de que é fundamental “que o Poder Concedente contratante se prepare para a utilização deste instrumento” (CASA CIVIL, 2019).

²² PPI/Casa Civil disponibiliza consulta pública acerca da resolução que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias. Disponível em: <https://portal.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em: 13 out. 2022.

Ainda que se trate de meio de solução de litígio já utilizado largamente na esfera internacional, o uso dos Comitês no Brasil ainda é bastante inexpressivo, o que intimida o gestor. Uma vez regulamentado o instrumento, são criadas as balizas e fronteiras que dão maior segurança jurídica, o que estimula a sua aplicação.

A proposta original do PLS 206/2018, constituída por 10 artigos, menciona na sua justificativa que utiliza como paradigma a Lei 16.873/2018 do Município de São Paulo. O PLS propõe o uso dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta da União, mas as Emendas n. 1 e 3, da autoria do Senador Rodrigo Pacheco, transformam substancialmente o projeto para fazer incidir a norma na solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em quaisquer modalidades de contratos administrativos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Relatório consolida a regulamentação do uso dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas com duas novidades: a) ao invés de limitar sua incidência aos contratos de trato continuado, passa a disciplinar o seu uso em qualquer contrato contratos da administração pública e b) ao invés de limitar sua incidência aos contratos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos da administração direta e indireta da União, faz incidir a norma em face de todos os entes da federação.

A proposta original do Projeto de Lei contemplava o uso do Comitê de Resolução de Disputas na tipologia permanente e dispõe que o comitê entrará em funcionamento em até 30 (trinta) dias contados da celebração do contrato administrativo, mas a Emenda n. 12, do Senador Rogério Carvalho, substitui a modalidade de constituição, limitando o uso do Comitê exclusivamente à forma *ad hoc*, com o exclusivo escopo de reduzir o custo do procedimento. Diz a justificativa:

O Projeto de Lei 206 de 2018 traz inovações que poderão modernizar as resoluções de conflitos entre a Administração Pública e os particulares que com ela mantêm contratos. A possibilidade de solução extrajudicial das controvérsias entre as partes certamente dará celeridade às decisões.

Entendemos, no entanto, que a constituição imediata do Comitê previsto no projeto traz um custo adicional aos contratos que pode ser evitado. Desse modo, para aprimorar o projeto, sugerimos que a indicação dos membros e constituição do comitê se faça apenas quando registrado, por qualquer das partes, conflito relativo ao cumprimento do contrato²³.

A redação original, que dispunha a constituição do Comitê até 30 (trinta) dias contados da celebração do contrato administrativo, passa a dispor a constituição em até 30 (trinta) dias contados do registro, por escrito, de conflito ou controvérsia por ao menos uma das partes contratantes, e será dissolvido logo após proferir recomendação ou decisão, salvo previsão expressa em sentido contrário no edital ou no contrato.

A alteração da tipologia limitando ao Comitê ao tipo *ad hoc* revela o desconhecimento do legislador quanto ao papel do instrumento, já que a opção o legislador justifica-se pelo menor custo, quando a escolha entre um e outro tipo deve ser feita a partir das características do contrato: se de maior complexidade e valor econômico ou interesse estratégico no caso do Comitê permanente ou de menor complexidade e valor econômico no caso do tipo *ad hoc*.

O projeto prevê Comitê de Resolução de Disputas nas modalidades revisora, adjudicativa ou híbrida e admite o uso de regulamentação adotada por instituições especializadas, que define como “[...] câmaras e instituições de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos”.

Apesar do projeto exigir a observância dos princípios da legalidade e da publicidade, não afasta a incidência dos demais princípios essenciais ao instituto, a exemplo dos princípios da eficiência, da boa-fé, da colaboração, da celeridade, e outros que se vinculam à atividade administrativa do Estado.

Na proposta apresentada, o Comitê deve ser composto por 3 (três) membros, sendo 2 (dois) com reconhecido saber na área objeto do contrato e 1 (um) advogado com reconhecida atuação jurídica na área objeto do contrato; 1 (um) escolhido pelo Poder Público, 1 (um)

²³ PLS 206/2018, Emenda 12, “Justificação”.

escolhido pela contratada e 1 (um) escolhido em conjunto pelos outros 2 (dois) membros, o qual será o Presidente do Comitê, e os seus membros são equiparados aos agentes públicos. Os mesmos têm a obrigação de revelar antes da aceitação da função e a qualquer tempo, fato que denote dúvida justificada quanto à sua conduta, e os mesmos não são responsabilizados se não agirem com dolo ou culpa grave ou mediante fraude.

A presença de um advogado no Comitê é vista com cautela por autores que entendem haver o risco de contaminação. A norma pede um advogado com atuação jurídica na área do contrato, não privilegiando experiência na gestão de MESCs. Para Domingues (2022), a nomeação de advogado para o Comitê deve considerar

sua experiência efetiva com DBs pode ser mais importante do que sua experiência específica com o objeto do contrato. Dito de outra forma, um advogado que tenha larga experiência de atuação num determinado objeto contratual, mas que tenha atuado apenas em processos adversariais, pode vir a contribuir menos para um CRD do que um advogado que, embora não possua conhecimentos específicos na área do contrato, tem experiência na condução de MESCs (DOMINGUES, 2022, p. 46).

A remuneração dos membros do Comitê deverá compor o orçamento da contratação cabendo à contratada o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e à manutenção do Comitê, e ao Poder Público competirá o dever de reembolsá-la da metade de tais custos após aprovação das medições previstas no contrato.

O PLS admite a instituição e processamento por meio de regulamentação própria ou instituição especializada e, havendo divergência entre as regras estabelecidas no contrato e as da instituição especializada, as primeiras prevalecerão sobre as segundas.

Ao final, remete-se o PLS 206/2018, alterado à apreciação da Câmara de Deputados, onde passa a tramitar como o PL 2.421/2021.

O PL 9.883/2018 da Câmara Federal,

O PLS 206/2018 do Senado foi encaminhado à Câmara Federal, que tramita sob número 2.421/2021 ao qual foi apensando ao mesmo o PL 9.883/2018.

O projeto foca na prevenção e celeridade dos litígios que venham a surgir no curso da execução do contrato e é omissivo quanto à natureza jurídica dos litígios que podem ser sujeitos aos Comitês.

No que diz respeito à formação do Comitê, o projeto propõe a presença de dois membros com conhecimento técnico e um com formação jurídica, a quem cabe exercer a função de presidente do Comitê. A proposta admite a possibilidade de uma composição com maior número de membros, a depender da complexidade do contrato, o que foi o caso do Painel que atuou na obra do aeroporto de Hong Kong.

A lei dispõe ser obrigatório o cumprimento da recomendação não impugnada em 30 (trinta) dias, o mesmo se aplicando a adjudicação, obrigatoriedade que persiste até que haja decisão arbitral ou judicial que a desconstitua.

Outro ponto de destaque é o fato de que o PL 9.883/2018 propõe a obrigatoriedade do uso do Comitê nos contratos com valor superior a R\$50.000,000,00 (cinquenta milhões de reais).

10

10

OS IMPACTOS DO PLS 206/2018 NO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

O PLS 206/2018 tramita na Câmara Federal sob número PL 2.421/2021, ao qual foi apensado a esse projeto o PL 9.883/2018, o que torna o primeiro o veículo da proposta de regulamentação das regras de uso dos Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas nos contratos públicos.

10.1 A inconstitucionalidade do alargamento do elemento subjetivo da proposta do PLS 206/2018 para incluir os demais entes da federação e demais

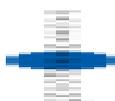
A proposta do PLS 206/2018 prevê a incidência da norma em face a todos os entes da federação, o que implica em dizer que o uso do instrumento será feito da mesma forma pela cidade de São Paulo, estado de São Paulo, com 11.253.503²⁴ (onze milhões, duzentos e cinquenta e três mil, quinhentos e três) habitantes como para Pindoba, estado de Alagoas, com 2.866 (dois mil e seiscentos) habitantes²⁵, e os mesmos critérios são aplicados à União e estados federados, o que implica numa inequívoca distorção.

A federalismo constitui-se a partir de uma estrutura dual com uma repartição de competências, o que permite dizer que se trata de um “[...] sistema composto de um governo geral e de governos regionais [...] cada um na sua esfera, coordenados e independentes.” (WHERA, 1963 apud STRAIN; HUM, 1987 apud THÉRET, 2018, p. 113), o que implica em dizer que uma das principais características do estado federado é a autonomia dos Estados Membros.

Cabe a cada “ente federado personalidade jurídica própria com poderes de auto-organização, autogoverno e autoadministração, bem como, autossuficiência econômico-financeira” (FALCAO, 1982 apud

²⁴ Censo de 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama>.

²⁵ Censo de 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/pindoba/panorama>.



BARROSO, 1982 *apud* SANTOS, 2004), a partir de fronteiras de autonomia e competências definidas na Constituição.

O art. 18 da Constituição dispõe que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos [...]”, o que permite afastar o status soberano da União, que, assim como os demais entes federativos, dispõe de natureza e competências específicas.

A Constituição Federal trata das competências legislativas nos seus artigos 21 a 25 e 30 e apresenta uma lista exaustiva das competências exclusivas da União e das competências comuns e concorrentes com os demais entes.

A competência legislativa da União admite a criação de normas gerais de licitação e contratação, mas não é permitido à União dizer que como os demais entes federativos deverão promover o uso dos meios alternativos de solução de conflito oriundos dos contratos firmados a partir dessas normas.

Os entes federativos são dotados de autonomia administrativa e compete aos mesmos optar pelo uso de meios de solução pacífica mais eficientes e mais adequados aos seus próprios interesses. Assim, muito embora a União possa disciplinar a regra geral que trata do Comitê de Resolução de Disputas, não pode legislar para determinar como os Estados, Distrito Federal e Municípios, entes autônomos deverão fazer o uso deste instrumento ou qualquer outra modalidade de MESC.

A Lei da Mediação atribui a cada ente federativo a competência de para criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, assim como definir suas próprias normas, o que ratifica o fato de que deve haver uma distinção entre a regulamentação do instituto e a regulamentação de seu uso pela administração pública.

A redação final do PLS 206/2018 propõe a incidência da norma em face dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, invadindo a competência destes entes federados.

Emenda n. 3

Art. 1º. Os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos continuados da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observarão as disposições desta Lei e deverão,

quando aplicáveis, estar previstos, respectivamente, no instrumento convocatório da licitação e no contrato.

A emenda apresenta justificativa de que a alteração no art. 1º fará com que a futura lei, caso aprovada, seja aplicada não apenas à União, mas também aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. Considerando que o âmago do projeto é dispor sobre composição de conflitos na execução de contratos, a matéria primordialmente regulamentada está no campo do direito civil,

cuja competência privativa para legislar é da União (art. 22, I, da Constituição Federal). Dessa maneira, a mudança não levaria a que o PLS vulnerasse o princípio federativo. Inobstante a proposição não vise regradar licitações e contratos administrativos, um comando ou outro do projeto invade essa seara. Imperioso registrar que a União também detém competência para legislar sobre essa matéria, mas caímos na necessária, árida, acalorada e, por vezes, infrutífera discussão sobre se estamos tratando de normas gerais ou não. A atribuição constitucional restringe-se às primeiras. De toda sorte, quando isso ocorre no PLS, o comando é tipicamente uma norma geral (SENADO FEDERAL, 2022).

No Parecer 143/2021 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentado pelo Senador Carlos Portinho, diz ser constitucional a proposição por caber à União legislar privativamente sobre o direito civil e normas gerais de licitações e contratos administrativos:

de modo que o regramento nele contido atinja todos os entes da Federação. Vale lembrar, aliás que o próprio autor das emendas já embasou sua constitucionalidade, uma vez que a União está, neste caso, instituindo nas gerais sobre licitações e – especialmente – contratos, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da CF.

A fundamentação não nos parece correta na medida em que não distingue a Lei Geral da Regulamentação que trata do uso do instrumento. Há um grave erro conceitual incluir todos os entes federativos, *mutatis mutandis*. É como se a União se propusesse a regular as normas de atuação das procuradorias do Distrito Federal, dos Estados e Municípios no trato dos interesses dos seus respectivos entes.

Tanto o PLS 206/2018 como o PL 9.883/2018 estabelecem limites ao uso do instrumento, a exemplo da aplicação apenas na modalidade *ad hoc* no primeiro, e a exigência de um membro com formação jurídica para atuar como presidente no segundo, essas são balizas cuja aplicação não serão necessariamente adequadas aos demais entes da federação.

A União pode regulamentar o uso dos Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas nos seus próprios contratos, mas não pode pautar o interesse dos demais entes, o que faz a proposta violar os princípios federativo e da eficiência.

Entendemos que proposta de lei é inconstitucional quando inclui os Estados, Distrito Federal e Municípios no seu art. 1º em face da flagrante violação à autonomia dos demais entes. Para tanto, citamos como o exemplo o conflito desta proposta com o que dispõe o Decreto Municipal n. 60.067, de 10 de Fevereiro de 2021, do Município de São Paulo. Esse regulamenta a Lei 16.873/2018 e dispõe que os contratos de obras públicas, bem como de concessão ou permissão que tenham como objeto, ou como parte do objeto, a execução de obras com valores iguais ou superiores a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) poderão prever a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas – *Dispute Boards*, o que é adequado considerando o orçamento daquele Município, o que não é previsto na proposta legislativa federal.

Uma solução ao impasse decorrente do conflito da proposta de uma lei com o princípio federativo seria criar uma norma genérica que tratasse de todos os aspectos do instituto, atribuindo aos entes a competência regulamentar para disciplinar o uso dos Comitês de acordo com a sua realidade, a exemplo do que dispõe a Lei de Mediação em seu art. 32, § 1º²⁶.

10.2 Outros impactos do PLS 206/2018 no uso dos Comitês de Resolução de Disputas

Os diversos regramentos de propostos pelo poder público, que incluem as legislações municipais já vigentes, o PLS 206/2018 e outras propostas oriundas do legislativo e executivo, trazem vises específicos que de uma forma ou de outra criam barreiras que prejudicam o uso

²⁶ Lei 13.140, art. 32, § 1º. “O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado”.

ótimo do instituto. Diante disso, propomos balizas mínimas que devem ser contempladas na disciplina dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos administrativos como regra geral, cabendo a cada ente federativo estabelecer o regramento de seu uso conforme as suas próprias necessidades.

O PLS 206/2018 é omissivo em diversas questões fundamentais ao sucesso do instrumento, que deve dispor de suficiente flexibilidade para adequar-se aos interesses individuais de cada ente da federação.

No que diz respeito aos tipos de comitês, muito embora a Lei Municipal n. 11.241 de 19 de junho de 2020 do Município de Belo Horizonte admita o uso dos Comitês Permanentes e *Ad Hoc*, o PLS 206/2018 limita o seu uso à modalidade *ad hoc*, aleijando por completo o instituto, cuja gênese assenta-se no uso do tipo permanente.

Ao impedir o uso do Comitê Permanente, a proposta de lei inviabiliza o papel preventivo do instrumento, o que colide até mesmo com a denominação proposta na ementa da lei que denomina o instrumento de Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas. A proposta funda-se exclusivamente no custo do painel, desconsiderando a sua função institucional.

A norma não dispõe de *cláusula default* de número de membros, assim como não permite à instituição especializada que processa o painel promover a nomeação de membros em caso de omissão de quaisquer das partes. Se as partes são omissas na indicação de número de membros e ou na sua nomeação, o Comitê não se instala.

Não havendo previsão de cláusula que permita número de membros e a possibilidade da indicação ser efetuada pela instituição especializada na omissão de qualquer parte, a outra deverá promover a solução via procedimento jurisdicional, o que seria um paradoxo.

Cabe lembrar que muito embora a Decisão Adjudicativa do Comitê não tenha natureza executiva, a cláusula de constituição do comitê detém esta qualidade por se tratar de disposição contratual ratificada por duas testemunhas, o que admite a sua execução nos termos do Código de Processo Civil²⁷.

Outra questão que merece destaque é o equívoco de se propor definição objetiva de regra suspeições e impedimentos de acordo com as regras processuais aplicadas dos juízes. A cláusula deve admitir

²⁷ Código de Processo Civil, art. 784, III.

qualquer possibilidade de impugnação na medida em que os membros devem necessariamente gozar da confiança das partes, o que implica em dizer que as partes podem impugnar os membros sem limites de questão meritória, desde que a impugnação seja devidamente fundamentada.

O PLS também se equivoca quando permite que uma das partes escolha a modalidade a ser adotada no contrato híbrido quando a natureza autocompositiva do instrumento recomenda que nenhuma das partes possa prevalecer sobre as demais. Não havendo, assim, consenso quanto à modalidade a definição da modalidade deve caber ao próprio Comitê.

Ao condicionar o pagamento de honorários e despesas a medições do contrato, o PLS entrelaça as relações jurídicas contratuais e a cláusula de Dispute Board, criando distorções que podem impactar negativamente na imparcialidade e independência dos membros.

A proposta não traz apenas efeitos negativos, em termos positivos, a proposta de lei atua no fomento ao uso do instrumento ao propiciar ao administrador público segurança jurídica afastando-o da cultura de litígio vinculada ao modelo burocrático de administração, onde é muito mais confortável para o gestor terceirizar as decisões ator jurisdicional, externo, eximindo-se de quaisquer responsabilidades quanto ao entendimento proposto, ainda que isso implique em não eficiência. A regulamentação do uso dos Comitês estreita a via de riscos do gestor e abre caminho para um programa de implantação de uma política pública efetiva de solução extrajudicial de conflitos.

Diante da inconstitucionalidade e prejuízos decorrentes das limitações ao uso do instrumento, entendemos pela validação da hipótese de que as propostas legislativas em curso trazem mais prejuízos que benefícios, o que exige uma abordagem diversa, capaz de assegurar não só segurança institucional ao uso do instrumento, mas um uso eficaz, alinhamento com as melhores práticas internacionais.

No próximo capítulo, apresentamos propostas a uma regulamentação geral, cuja aplicação pode ser feita por cada ente federado por meio de regulamentos que atendam com as suas necessidades específicas, o que é fundamental em uma federação composta por União, Distrito Federal, Estados e Municípios, que tratam de interesses de grupo composto por mais de 200 milhões de pessoas (União) e outros por menos de 2.000 pessoas (pequenos municípios).



PROPOSTA DE BALIZAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DO USO COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELOS ENTES PÚBLICOS

Diante dos cenários nacional e internacional, do desejo do legislador e do executivo de difundir o uso dos Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas nos contratos públicos, apresentamos proposta de balizas para a construção de uma norma geral que admita a regulamentação da sua aplicação pelos entes federativos na medida de suas necessidades.

11.1 Justificativa para a regulamentação

A justificativa do PLS 206/2018 argumenta a necessidade de se fortalecer os mecanismos da administração pública consensual a partir da criação de meios de solução extrajudicial para o enfrentamento das controvérsias que surgem no curso dos contratos administrativos, o que merece reparo, na medida em que o uso dos MESCs pelos entes públicos já é uma realidade em razão das diversas previsões legais que o autorizam.

O conjunto de MESCs são o resultado da ação criativa dos agentes econômicos e das instituições especializadas em razão da dinâmica disruptiva, inerente ao processo capitalista. Os processos cooperativos e a regulamentação de arranjos institucionais de natureza *ex post* são fundamentais num ambiente econômico dinâmico que impossibilita antever todas as controvérsias que possam surgir de uma relação jurídico contratual de longo prazo. A regulamentação dos Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas não é indispensável para o seu uso, mas é fundamental para a percepção de segurança por parte do gestor.

Muito embora o modelo de administração pública atual pós *New Public Management* proponha a busca da efetividade e demande uma postura proativa do gestor e a adoção do uso dos Comitês de Resolução de Disputas, as normas de controle e responsabilização fazem com que o mesmo opte pelo caminho conhecido e seguro de solução de conflitos pela via jurisdicional, por isso, a percepção de segurança do gestor no uso do instrumento é

elemento fundamental no incentivo à adoção da cláusula dos Comitês nos contratos públicos.

11.2 Definição do escopo e princípios da norma

A definição do escopo da norma está presente em todas as regulamentações de uma forma mais ou menos intensa e são disposições indispensáveis ao entendimento do propósito do Comitê, também, os princípios fundamentais ratificam o propósito e pautam a conduta dos membros e das partes no exercício dos seus respectivos papéis.

O escopo do Comitê de Resolução de Disputas é auxiliar as partes, encorajando-as a evitarem controvérsias e solucionar disputas de forma autocompositiva. Os Comitês auxiliam as partes na identificação de potenciais pontos de atrito e a solucionar controvérsias assistindo-as informalmente. Nas situações onde as partes não são capazes de resolverem as controvérsias ou litígios por si mesmas, o Comitê manifesta-se por meio de resolução ou adjudicação.

A norma deve dispor que os membros e as partes deverão observar os princípios da cooperação, da boa-fé, da independência, da transparência, da imparcialidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, do contraditório e da igualdade das partes e conservação dos negócios jurídicos.

A carta de princípios é a senda que guia não só os membros e as partes, mas todos os *stakeholders*.

11.3 Ajuste de constitucionalidade da norma proposta

A União não pode definir o uso da norma pelos demais entes públicos que têm competência para agir segundo às suas próprias necessidades. A solução para esse impasse é a construção de uma norma genérica, que discipline integralmente o instituto, a exemplo do que fazem as Leis de Arbitragem e Mediação, atribuindo a cada ente federativo a competência da regulamentação do uso dos Comitês de Resolução de Disputas a partir de suas demandas específicas, como ocorre com a Lei de Mediação.

Uma vez respeitadas as necessidades individuais de cada ente, permitindo a adequação do instrumento por meio de regulamentação própria, afasta-se a inconstitucionalidade da norma como proposta.

11.4 Tipologias de Comitê de Resolução de Disputas

A norma deve prever a possibilidade de uso tanto da tipologia permanente, também denominada “*standing DB*” ou “*full-term DB*”, como a *ad hoc*, e o que os distingue é o momento da sua formação e propósito.

A redação original do PL 206/2018 prevê o uso na modalidade permanente. A emenda 12, proposta pelo Senador Rogério Carvalho, exclui este tipo para limitar o uso do Comitê apenas ao tipo *ad hoc* e justifica alegando que a constituição imediata do Comitê previsto no projeto traz um custo adicional aos contratos que pode ser evitado.

A opção do legislador ratifica o entendimento de que a proposta de lei apresentada pelo Senado parte de uma visão limitada do instrumento porque os Comitês permanente e *ad hoc* têm aplicações distintas. Os Comitês de Resolução de Disputas permanentes são muito mais eficazes no propósito de possibilitar a execução do contrato com maior eficiência e no tempo proposto, porque estão presentes a todo momento e adquirem profundo e completo conhecimento sobre o projeto, revisando os documentos de trabalho que lhe são franqueados periodicamente, participando de reuniões de progresso e fazendo visitas ao local da obra, em uma interação proativa (FIGUEIREDO; SALLA, 2021).

É a sensível diferença entre a atuação dos membros dos DBs e dos juízes e árbitros no que concerne à familiaridade com projeto. Ainda que se consiga o rápido nivelamento de informações quanto ao contexto da disputa, é impossível que as autoridades jurisdicionais possam ter uma apreensão tão profunda quanto a dos membros do DB e, principalmente, atuem de forma preventiva durante todo o tempo da execução dos projetos (FIGUEIREDO; SALLA, 2021).

O comitê permanente destina-se aos contratos complexos e estratégicos e deve ser em regra constituído no início da execução do contrato, seguindo-se até a sua conclusão. Ainda que a regras seja a constituição do painel no início do contrato, nos contratos complexos de logo prazo o gestor pode optar por temperar o uso do instrumento a fim de melhor adequar o custo benefício, e, para tanto, a norma deve

permitir a constituição subsequente de diversos tipos e modalidades de Comitês destinados a fases distintas do contrato.

O Dispute Board Manual da DRBF cita algumas composições para uso nos contratos de Parceria Público Privadas que podem ser previstas na norma tais como a formação de: a) Três Comitês: um cobrindo o contrato de concessão e outro o contrato de desenho e construção (D&B) e outro cobrindo os primeiros anos do contrato de operação e manutenção (O&M); b) Dois comitês: um cobrindo o contrato de concessão e outro o contrato de desenho e construção (D&B) e os primeiros anos do contrato de operação e manutenção (O&M); c) Um Comitê que trata apenas da concessão e um convite ao construtor para participar de reuniões deste comitê ou mesmo d) Um Comitê para tratar apenas do contrato de desenho e construção (D&B) (RUSSO; EASTON, 2019, p. 82).

Distribuir a instalação de tipos de Comitês em fases distintas permite diversas combinações que possam otimizar o seu custo benefício e eficácia. As partes podem prever o uso de Comitês permanentes em fases de maior complexidade e mais críticas e comitês *ad hoc* naquelas de natureza menos complexa.

Os painéis podem ser nomeados de forma diversa com membros que possam otimizar o custo benefício ou *experts* capazes de dotarem o painel de maior eficiência técnica, ou mesmo estruturar a combinação destes dois parâmetros.

O Comitê *ad hoc* destoa da tipologia clássica, porque não pode atuar de forma preventiva. São formados para deliberarem sobre um conflito já instalado, a partir de uma provocação de quaisquer das partes, devendo ser dissolvidos logo após a recomendação ou decisão. Tratam-se de comitês *ad hoc* menos custosos do que os Permanentes, mas não são adequados para os contratos complexos e estratégicos e, por tais razões, a norma deve prever a possibilidade do uso dos dois tipos de Comitês: os Comitês Permanente, mais adequados aos contratos complexos e continuados de alto valor econômico, e os Comitês Ad hoc, mais adequados aos contratos menos complexos e de valor menos representativo.

11.5 Modalidades de Comitê de Resolução de Disputas

Os Comitês podem ser constituídos nas modalidades: a) Comitê de Revisão; b) Comitê de Adjudicação e c) Comitê híbrido. Algumas instituições privadas optam pela não utilização do modelo híbrido, a

exemplo da CCBC, mas se recomenda que a norma legal admita todas as modalidades, como apontam as leis em vigor e os projetos de lei propostos no âmbito federal.

No caso do Comitê de Recomendação, a norma deve estabelecer que a não impugnação transmuda a sua natureza para Decisão e em caso de Impugnação o procedimento jurisdicional deve ser iniciado em até 30 dias, sob pena de preclusão, e, caso não iniciado o procedimento jurisdicional no prazo, a recomendação transforma-se numa decisão.

No caso do comitê híbrido, a proposta do município de Belo Horizonte dispõe que o Comitê emitirá uma recomendação ou uma decisão de acordo com o requerido pela parte, desde que a outra parte não se oponha formalmente, e, caso não haja consenso, cabe ao comitê decidir sobre a forma de manifestação, o que é adequado.

Quando uma das partes discorda do posicionamento da outra quanto à modalidade a ser adotada a decisão sobre a constituição e modalidade deve ser remetida ao Comitê. Não pode haver hierarquia entre as partes e a solução deve ser baseada no equilíbrio.

11.6 Formação do Comitê de Resolução de Disputas

11.6.1 Do número de membros

Por regra geral, os regulamentos dispõem a constituição de Comitês com um ou três membros. É razoável assumir que, para pequenos contratos, o Comitê formado por apenas um membro é suficiente, mas a regra são os Comitês compostos por três membros.

No caso dos contratos de alta complexidade e valor, a norma deve prever a possibilidade da nomeação de painéis com um número maior de membros diante da necessidade de se reunir expertises distintas, e, nesse caso, o presidente convocará três pessoas para tratarem de uma determinada disputa segundo a área de especialidade quando da formação do painel. Se utilizarmos o caso do Aeroporto de Hong Kong como paradigma, a norma poderá prever a nomeação de um número máximo de 6 (seis) membros.

A indicação do número de membros pode ficar a cargo das partes, mas, em caso de silêncio, deverá haver uma *default rule* a suprir tal omissão, caso em que regra geral recomenda-se o painel com três membros

11.6.2 Da indicação dos membros

Se o painel é composto de um só membro, este deve ser indicado de comum acordo por ambas as partes e, no caso do painel formado por 3 (três) membros, cada uma das partes indicará um membro e esses dois indicarão um terceiro, o qual deve presidir o painel. No caso de omissão das partes, caberá à Câmara processante indicar os membros.

Os membros indicados para compor o Comitê de Resolução de Disputas devem ser pessoas capazes e de confiança das partes e, além disso, devem ser considerados como atributos a nacionalidade, residência, competências linguísticas, formação, qualificações e experiência, disponibilidade e capacidade para conduzir o trabalho a realizar, bem como quaisquer observações, comentários ou solicitações feitas pelas Partes (ICC, 2015).

A nacionalidade como atributo não tem caráter discriminatório, pode ser aplicada nos contratos internacionais onde a nacionalidade por ser relevante no processo comunicacional. É indispensável que os membros do comitê tenham a capacidade de dialogar colaborativamente com as partes e possam gozar de sua confiança, sendo improdutiva a indicação de membros cujos atributos resultem em imediato conflito.

Os membros devem independentes e imparciais, devendo a norma prever a obrigatoriedade do *disclosure* de quaisquer eventos que possam gerar a mínima dúvida quanto às suas condutas, seja antes do compromisso seja em razão de fato futuro.

A lei do município de São Paulo dispõe que se aplicarão aos membros do comitê as mesmas regras de impedimento ou suspeição dos juízes, e que os membros indicados têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

A lei do município de Belo Horizonte aplica a mesma norma de impedimento e dever de *disclosure*, mas vai mais além e também veda a nomeação de membro que tenha

participado do projeto ou do contrato do qual surgiu o litígio submetido ao comitê, e, da mesma forma, não poderão ter participado ou vir a participar de qualquer processo

administrativo, judicial, arbitral ou semelhante, relativo à elaboração do projeto e do contrato, seja como juiz, árbitro, perito, representante ou consultor de uma das partes (MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, 2020).

A proposta de norma deve ir mais além dos impedimentos e vedações citados na legislação processual em vigor e deve admitir que além dos impedimentos objetivos indicados no CPC seja possível a impugnação do membro indicado por qualquer motivo, desde que devidamente fundamentado o conflito de interesses, cabendo à Câmara processante decidir pelo cabimento ou não da impugnação. O Comitê de Resolução de Disputas é uma instância autocompositiva e a limitação dos fundamentos de impugnação inquina a confiança das partes.

Uma vez nomeado o membro deve assinar termo de compromisso reafirmando a inexistência de impedimentos, vedações ou quaisquer outras circunstâncias que possam ensejar sua impugnação e, a partir desse momento, será equiparado a funcionário público para todos os fins legais, inclusive criminais.

A nomeação do Comitê permanente deve ser operada no início da execução do contrato e de determinada fase do contrato. Nos Comitês *ad hoc*, a nomeação deve ocorrer logo em seguida à notificação do *claim* apresentado pela parte interessada.

O Comitê *ad hoc* deve ser reconduzido na resolução de controvérsias subsequentes para otimizar a atuação do painel, já que tal prática permite um mínimo de acompanhamento da evolução da execução do contrato.

11.6.3 Substituição dos membros

1.

Uma regra que merece especial destaque é a regra de substituição, principalmente nos contratos de Concessão e PPPs, onde haverá natural dificuldade de se garantir a presença dos membros nomeados por todo o período do contrato. As partes podem optar pela instalação de Comitês em fases específicas do contrato, assim como definir prazos para seu funcionamento. Cada fase deve contemplar uma constituição e nomeação própria, não devendo haver impedimentos a uma eventual recondução.

A norma deverá dispor a possibilidade de substituição por morte, renúncia, expiração do prazo ou remoção, e o regramento deve utilizar os mesmos ritos, pressupostos e fundamentos da nomeação originária.

Todas as ações do membro substituído permanecem válidas e não poderão ser conduzidas audiências ou emitidas recomendações ou decisões até que o painel esteja novamente recomposto.

11.6.4 Remuneração e despesas

Deve ser estipulada uma remuneração mensal para os membros do Comitê com valor suficiente ao exercício adequado da função. A norma do ICC dispõe que o valor deve cobrir as despesas para o membro tornar-se e permanecer familiarizado com o Contrato e o andamento de sua execução; promover as atividades na gestão e coordenação do funcionamento do BD; estudar relatórios de progresso para, entre outros, avaliar o progresso do desempenho e identificar potenciais desentendimentos, revisando toda a correspondência entre as Partes copiado para o banco de dados; estar disponível para participar de todas as reuniões do DB com as Partes, reuniões internas do DB e visitas ao local e despesas gerais fixas de escritório.

Além da remuneração mensal, deverão ser estipuladas diárias para cobrir o tempo despendido nos casos de reuniões e visitas ao site da obra, viagens, reuniões internas do DB, estudo de documentos apresentados pelas Partes em conexão com procedimentos perante o BD, trabalhar em relação à prevenção de Desacordos, trabalhar em conexão com a assistência informal com Desentendimentos e trabalhar em conexão com uma referência formal para um Conclusão, incluindo audiências.

Além do pagamento pelos serviços, deverão reembolsadas todas as despesas realizadas no exercício da função.

Segundo a Lei 11.241/2020 do Município de Belo Horizonte, os custos do Comitê deverão compor o orçamento da contratação de forma detalhada e destacada, com seus critérios de composição constantes na minuta de contrato a ser assinada entre os membros e as partes contratantes, cabendo à contratada o pagamento da sua integralidade sem indicação de reembolso por parte do órgão público. A lei paulistana e o PLS 206/2018 disciplinam que os honorários serão

pagos por ambas as partes por meio de reembolso do contrato pelo poder público após aprovação das medições previstas no contrato.

A cláusula modelo do PPI dispõe que as despesas e os honorários eventualmente devidos na adoção de qualquer dos mecanismos de solução de controvérsias previstos nessa cláusula serão antecipados exclusivamente [pela Parte que requerer sua instauração / pelo parceiro privado] e que, havendo rateio ou sucumbência total ou parcial do Poder Concedente, as despesas e os honorários de que que lhe couberem serão ressarcidos ao parceiro privado mediante reequilíbrio econômico-financeiro.

As propostas normativas do Executivo e Legislativo mostram-se inadequadas. Apesar de constar do orçamento da obra as despesas de funcionamento do Comitê de Resolução de Disputas, não podem se confundir com as despesas relativas ao escopo do contrato.

A não previsão de reembolso pode implicar em distorções que podem contaminar a imparcialidade dos membros, principalmente nos contratos de longo prazo, por essa razão, recomendamos que a norma determine o custeio paritário dos honorários e não vinculado a qualquer medição.

A garantia da independência e imparcialidade do Comitê perpassa por não condicionar o pagamento de honorários e despesas às intercorrências decorrentes da conduta das partes na condução de suas obrigações contratuais. A norma deve dispor que o pagamento deve ser feito pelo contratado com reembolso pelo poder concedente da parte que lhe compete a partir de faturas emitidas pelo Comitê, sem qualquer condicionante a evento contratual.

A cláusula não deve permitir a incidência de despesas de sucumbência porque o Comitê tem natureza autocompositiva. Uma vez definida a Recomendação ou Decisão, o acatamento pela parte vencida não deverá impor sucumbência porque o procedimento não tem natureza adversarial, mas cooperativa. As despesas sucumbência terão lugar quando a parte insatisfeita sujeitar a Recomendação ou Decisão ao crivo de uma revisão meritória jurisdicional.

11.7 A definição de astreintes ou multa como estratégia de combate à conduta abusiva

A literatura não dispõe sobre a incidência de astreintes ou multa em caso de não cumprimento da decisão ou recomendação emitidas

pelo Comitê de Resolução de Disputas. Entretanto, considerando a natureza contratual do instituto, entendemos que as partes podem dispor a incidência das mesmas com valores preestabelecidos em contrato.

A exigibilidade do cumprimento da decisão vinculativa demanda processo jurisdicional arbitral ou judicial, mas a discordância não exime a parte impugnante de cumprir provisoriamente a decisão a partir do princípio *“pay now, claim latter”*.

O cumprimento voluntário da decisão exarada pelo Comitê de Adjudicação é a pedra fundamental sob a qual se edifica o escopo do Comitê de Resolução de Disputas. A decisão jurisdicional posterior subjugua a decisão do Comitê, mas, até lá, a decisão é válida e vinculativa, e por tais razões, deve ser cumprida.

A parte pode impugnar a decisão sujeita o mérito a uma demanda jurisdicional, mas tal iniciativa não a exime de cumprir a decisão adjudicativa. A medida jurisdicional não pode servir de escudo ao não cumprimento da decisão, não pode sustentar uma aposta da parte na possibilidade de êxito na esfera jurisdicional, ou seja, não se pode permitir que a parte não cumpra imediatamente a decisão vinculativa, e possa promover a ação e espera uma decisão meritória favorável. Mesmo que a decisão jurisdicional lhe seja favorável, a parte deve sujeitar-se a astreintes ou multa que desestimule este comportamento, do contrário, o papel Comitê Adjudicativo seria inepto.

A possibilidade jurídica de inserção de astreinte ou multa foi objeto de discussão na segunda edição da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal, que dispõe no, ENUNCIADO 108, que “O Tribunal Arbitral tem poderes para decretar a multa coercitiva (astreintes)”.

A norma deve dispor que a incidência de astreintes ou multa pelo não cumprimento da decisão adjudicativa independe da manifestação jurisdicional meritória posterior favorável. Assim, mesmo que a decisão jurisdicional posterior desconstrua a decisão adjudicativa, tal fato não pode desconstruir a condenação em multa ou astreintes pelo não cumprimento da mesma de imediato.

11.8 Da instauração da controvérsia

Não sendo as partes capazes de evitar as discordâncias debatidas com o auxílio do Comitê, quaisquer das partes poderá

instaurar a controvérsia, requerendo seja definida uma Recomendação ou Decisão.

No caso de disputas, o regulamento deve prever que a parte interessada deve remeter um requerimento conciso e fundamentado para a outra parte e para o Comitê contendo: *i)* uma descrição clara e concisa da natureza e circunstâncias da Disputa; *ii)* uma lista das questões submetidas ao Comitê e a posição da parte, incluindo razões de fato e de direito relevantes, documentos, desenhos, cronogramas e correspondência; *iii)* uma declaração da reparação solicitada, juntamente com o montantes de quaisquer reivindicações quantificadas e *iv)* no comitê híbrido, caso de um pedido de natureza adjudicatória, indicar as razões pelas quais acredita que o Comitê deve proferir uma Decisão ao invés de uma Recomendação.

O regulamento pode admitir a definição de outros requisitos, mas deve ser mantido o mínimo supra mencionado para garantir exercício adequado da função do Comitê e o amplo contraditório. Por outro lado, caso o requerimento esteja incompleto, o Comitê deverá notificar a parte para que emende o pedido sem caráter preclusivo.

11.9 Do processamento

O regulamento deve determinar que as partes definam uma instituição especializada para promover o processamento do pedido, sem vedar a possibilidade das partes definirem outra alternativa, inclusive um modelo próprio o que não recomendamos diante da disponibilidade do serviço isento e eficiente prestado pelas Câmaras Arbitrais.

11.10 Dos prazos de impugnação e cumprimento da decisão

A norma deve determinar que as partes devem definir os prazos de impugnação das Recomendações e Decisões, bem como o prazo para o cumprimento da decisão a partir do qual a parte prejudicada poderá instalar procedimento jurisdicional para análise meritória com pedido cautelar de implementação da decisão adjudicativa, com incidência de multa ou astreintes.

O regulamento deve determinar que, no caso da não impugnação da Recomendação, esta assume natureza vinculativa e

determinar um prazo preclusivo para o início da demanda jurisdicional, cujo não cumprimento implicara transmutação da Recomendação em Decisão Adjudicativa.

Por fim, a norma deve prever *cláusula default* que determine estes prazos em caso de omissão das partes.

11.11 Da possibilidade de apresentar a manifestação e documentos produzidos no âmbito do Comitê no processo jurisdicional

A norma deve admitir o uso da Recomendação ou Decisão, ou mesmo cópia dos documentos produzidos pelo Comitê como elemento de instrução nos procedimentos jurisdicionais, com exceção das atas que tratam de conciliação preliminar, já que este sigilo é garantido pelo direito processual brasileiro.²⁸

11.12 Do cumprimento da decisão

A gênese dos Comitês de Resolução de Disputas parte da necessidade de se construir arranjos institucionais de natureza *ex post* que pudessem garantir o fluxo de caixa das obras de grande complexidade a valor econômico em razão da crescente complexidade da ambiência competitiva dos contratos públicos e do surgimento de novas agendas que geraram outras demandas e riscos (social, ambiental, cultural etc.).

Como já vimos anteriormente, as recomendações e decisões emitidas pelo Comitê sujeitam-se a uma posterior decisão jurisdicional que pode ratificá-la ou não no mérito. Entretanto, para que não haja

²⁸ “**Art. 166.** A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

interrupção da execução do contrato, a decisão adjudicativa deve ser cumprida até que seja exarada a sentença jurisdicional.

A decisão do Comitê de Adjudicação não se constitui título executivo porque tal decisão não faz parte do contrato. Assim, como as decisões não são dotadas de exequibilidade, a sua implementação demanda uma determinação jurisdicional a título de tutela de urgência no curso de um procedimento de natureza cognitiva e condenatória. O modelo que no nosso entendimento melhor se adequa ao sistema processual pátrio é o “*one-dispute*” *approach*, onde o interessado promove uma ação cujo pedido principal trata de manifestação meritória sobre a disputa, precedida de uma tutela urgente que efetive a decisão vinculativa, a qual persistirá até o julgamento da ação.

A lei deve introduzir norma processual para determinar o deferimento liminar do cumprimento da decisão vinculativa, sujeita a revisão meritória posterior, ratificando o princípio “*pay now, claim later*”, admitindo o não deferimento apenas em casos de excepcional gravidade, em razão de dolo ou fraude.

O desafio no uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos públicos é saber como lidar com o cumprimento de decisão vinculativa que implica em despesas, quando “administração pública realiza o pagamento de suas obrigações pecuniárias através de previsão orçamentária prévia” (DOMINGUES, 2022, p. 77).

Se o escopo do instituto é dar sustentabilidade ao fluxo de caixa, ainda que sejam necessários ajustes *ex post*, é preciso criar um mecanismo capaz de possibilitar ao poder público cumprir de imediato a decisão de natureza pecuniária, o que é perfeitamente lícito na medida em que o interesse público reside no cumprimento integral e tempestivo dos contratos.

O cenário aparentemente complexo comporta duas soluções simples: a) uma disposição orçamentária que contemplasse a necessidade de aportes em razão das decisões adjudicativas ou b) a criação de um seguro garantia com o mesmo objeto.

Compete ao Estado assegurar a capacidade de cumprir as decisões adjudicativas de natureza pecuniária. Assim, não só o contratado, mas o Estado contratante deverá compor garantias adicionais ao contrato, seja garantia por meio de uma reserva orçamentária, seja por meio de contrato de seguro.



12

12

O FOMENTO AO USO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Apesar do Comitê de Resolução de Disputas estar regulamentado pelas Câmaras Arbitrais privadas e ser objeto de diversos estudos, trata-se de um instrumento pouco utilizado nos contratos públicos. O fato da primeira manifestação legislativa sobre o tema datar de 2018²⁹, com regulamentação proposta em 2021³⁰, e da Casa Civil promover consulta pública sobre o uso da cláusula em 2019 sinaliza que o poder público está interessado em fomentar ao uso deste instrumento.

Para Kazuo Watanabe o grande obstáculo ao uso dos meios alternativos de solução de litígio “está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito” (WATANABE, 2007, p. 6) voltada para a solução contenciosa. Nos contratos administrativos, a cultura é ainda mais arraigada em razão dos ecos do Estado Burocrático, ao que se soma o fato de que ao terceirizar a decisão à via jurisdicional o gestor elide os riscos de uma atividade discricionária.

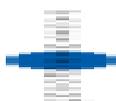
Em recente artigo, Oliveira (2022) traz reflexões quanto ao papel da autocomposição no universo da Administração Pública, que nos remete à parte inicial deste texto que aborda da transição do modelo burocrático para a Nova Gestão Pública e as novas demandas na solução de conflitos. O autor trata de reflexões que emergiram do Seminário “Autocomposição e Administração Pública”, promovido pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que propõe um debate amplificado das inovações legislativas a partir da própria Constituição.

Para Oliveira (2022), deve se buscar o que ele chama de uma “transformação copérnica” para fomentar o uso dos meios autocompositivos e sugere algumas providencias como:

1. especialidade e organização interna da função administrativa de autocomposição, a partir da segregação

²⁹ Lei 16.873/2018.

³⁰ Decreto 60.067/2021.



dessas atividades no quadro funcional do órgão ou entidade pública, 2. elaboração de um procedimento normativo de autocomposição, notadamente contendo regras sobre o seu devido processo legal mínimo, 3. parâmetros de segurança jurídica, confiança legítima e estabilidade dos processos negociais e acordos autocompositivos, 4. institucionalidade da autocomposição, a partir da criação — ou não — de Câmaras Públicas de Mediação e Conciliação de Conflitos, geralmente inseridas nas estruturas das Advocacias Públicas e 5. Capacitação e Treinamento dos advogados públicos e agentes nas atividades de negociação, mediação e conciliação.

E segue para dizer que

a partir de uma interpretação sistêmica do quadro jurídico-normativo vigente da autocomposição administrativa – diante da exurgência do conflito de interesses, impõe-se à administração pública não a mera faculdade, e sim a obrigatoriedade de propor à contraparte uma fase formal e processualizada de autocomposição desse conflito.

Propõe ainda Oliveira (2022) a implementação de uma Política de Gestão de Conflitos Públicos, que busque a

1. transformação da cultura da litigância para a pacificação do conflito, 2. desjudicialização dos litígios administrativos e 3. busca da celebração de acordos autocompositivos como forma preferencial de resolução dos conflitos públicos na esfera administrativa. Esta Política pode ser muito bem construída a partir da adoção de técnicas e métodos de Dispute System Design, o qual propõe que estruturação, organização e funcionamento de um sistema de enfrentamento de conflitos haverão de congregar e integrar diversos métodos autocompositivos e heterocompositivos, administrativos e judiciários, inclusos a arbitragem e o Dispute Board, voltados à prevenção, gestão e resolução dos conflitos.

Na construção de uma Política Pública de Gestão de Conflitos, é fundamental o papel das instituições especializadas na divulgação da introdução de cláusulas e aplicação dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos, em especial os Comitês de Resolução de

Disputas. As Instituições Especializadas não só dispõem de maior experiência, como promovem uma constante reavaliação de procedimentos por atuarem de forma próxima com a iniciativa privada e seus processos disruptivos.

O interesse das Instituições especializadas não colide com o interesse da Administração, o que permite que atuem em colaboração no processo de transformação cultural indispensável à desjudicialização dos conflitos administrativos.

O caminho para a ampliação do uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos públicos perpassa pela regulamentação do seu uso, uma ação de conscientização dos gestores em todos os níveis, criação de estruturas de gestão com o escopo de promover a política de gestão de conflitos por meio de treinamento e bonificações pela conclusão tempestiva e adequada dos contratos.

Por fim, temos por fundamental a integração do Estado com as Instituições especializadas no fomento ao uso dos meios autocompositivos pela Administração Pública.



13

O Brasil ainda mantém uma cultura de litígio que conduz as partes a sujeitarem as controvérsias nas relações jurídico contratuais à apreciação do judiciário, cada vez mais sobrecarregado. O uso do sistema multiportas como meio de solução de controvérsias no Brasil ainda é incipiente, e é mais rara ainda a aplicação da cláusula de Dispute Board nos contratos públicos nacionais.

O legislador brasileiro está atento e criou uma ambiência normativa favorável ao uso dos sistemas autocompositivos por meio de uma agenda já contemplada nas legislações que tratam das Concessões, Parcerias Público Privadas e Licitações. Ocorre que, na prática, ainda não há uma adequada aderência da administração pública ao uso dos Comitês de Resolução de Disputas, parte por força de resquícios de uma cultura burocrática litigiosa, parte em razão da não familiaridade com o instrumento e parte em razão da percepção de insegurança jurídica por parte do gestor público, sujeito a diversos órgãos de controle.

A uso dos Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos nos contratos administrativos deixou de ser uma opção e passa a ser uma demanda nos modelos de gestão pública voltados para a eficiência, e podemos afirmar que se trata cada vez menos de uma opção e cada vez mais de uma obrigação uso de tais instrumentos.

No caso dos contratos complexos e estratégicos de alto valor econômico, principalmente naqueles fundados num *Project Finance* e aqueles indispensáveis à implantação de Políticas Públicas, entendemos que o uso dos Comitês de Resolução de Disputas passa a ser mandatário e indispensável.

O Senado Federal apresenta a proposta de regulamentação de caráter geral por meio do PLS 206/2018, o qual tramita na Câmara Federal sob número 2.421/2021, mas já existem normas municipais que tratam do tema (São Paulo e Belo Horizonte). A proposta de regulamentação federal esbarra no princípio federativo ao invadir o espaço de discricionariedade dos demais entes da federação, e a solução para este conflito é dispor uma norma geral que admita todas



as possibilidades de uso do instrumento e permita regulamentação própria por cada ente federativo.

Além de propor a adequação da norma ao princípio federativo, o trabalho elenca as cláusulas mínimas que deverão constar de uma lei geral a ser proposta, uma sugestão de estrutura normativa que permite a aplicação do instituto que melhor se adequa aos interesses específicos da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Há que se buscar entender as razões pelas quais o gestor público ainda não faz largo uso dos instrumentos autocompositivos nos contratos administrativos, se por desconhecimento ou por opção fundamentada numa cultura burocrática ou em razão de uma equivocada percepção de riscos, e, nesse último caso, a regulamentação pode ser um elemento de fomento porque reduz a insegurança jurídica

Os comitês de Resolução de Disputas são procedimentos modernos e eficientes de ajustes *ex post*, cujo uso é manifestamente vantajoso nos contratos complexos e estratégicos. O uso dos Comitês mitiga os riscos dos *Project Finance* e dos processos de implantação de políticas públicas a eles vinculados, mas o sucesso na implementação de uma política de solução extrajudicial de litígios não passa apenas pela criação de uma ambiência normativa favorável ao uso dos MESCs, faz-se necessário, assim, reformar a cultura de litígio dos gestores públicos, e tal objetivo demandará um esforço de todos os entes federativos em parceria com as instituições especializadas, construindo uma percepção de eficiência ao invés de riscos, promovendo treinamento e incentivo ao uso desses instrumentos e contextualizando-os aos parâmetros do atual modelo de gestão pública.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS



ALMEIDA, Caroline; RIBEIRO, Marcia. Análise Crítica Das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 18, n. 2, p. 224-239. maio./ago. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4676/2588>. Acesso em: 14 abr. 2022.

ARRETCHE, Marta. Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas. **Academia, accelerating the world's research**, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/6604680/EMERGÊNCIA_E_DESENVOLVIMENTO_DO_WELFARE_STATE_TEORIAS_EXPLICATIVAS?msclid=91cf5849cb0c11ec8315a06defc0d7bc. Acesso em: 28 out. 2022.

BAKER, E. *et al.* **FIDIC Contracts: Law and Practice**. 5. ed. Abingdon: Informa Law, 2009.

BEZERRA, Rafael. Arbitrabilidade objetiva no âmbito da administração pública: uma discussão com foco no setor portuário brasileiro. **Coletânea de Pós-Graduação**, Instituto Serzedello Côrrea, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 4, n. 19, 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/arbitrabilidade-objetiva-no-ambito-da-administracao-publica-uma-discussao-com-foco-no-setor-portuario-brasileiro.htm>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 30 set. 2022.

BRASIL. Decreto 737/1850. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 556/1850. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 1.350/1866. **Senado Federal**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/543004/53atérias53ç/15817410>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em:

BRASIL. Decreto-Lei 2.300/1986a. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 9.307/1986b. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei. 2.348/1987. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del2348.htm Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 8.666/1993a. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 8.693/1993b. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8693.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 286/1993c. Rel. Min. Homero Santos. ATA 29/1993 de 04.08.1993, p. 11.192. **TCU**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto*/NUMACORDAO%253ª286%2520ANOA%2520CORDAO%253ª1993%2520RELATOR%253ª%2522HOMERO%2520SANTOS%2522%2520COLEGIADO%253ª%2522Plen%25C3%25ª1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%25C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Lei 8.987/1995. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei 11.196/2005. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei 13.105/2015. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Lei 13.105/2015. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei 13.129/2015. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 13.334/2016. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. Lei 13.448/2017. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei 14.133/2021. **Portal da Presidência**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 206, de 2018. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>. Acesso em 11.11.2022

BUCCI, Maria Paula Dalari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

CAHALI, Francisco. **Curso de Arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CALDAS, Robert. A relação jurídico-administrativa pactual pública: por um paradigma de eficiência e eficácia dos contratos administrativos. **Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 3, 2016.

CAM-CCBC. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas do CAM-CCBC. **Câmara de Comércio Brasil-Canadá**, 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Dispute-Boards-2018.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Lei 16.873/2018. **Câmara Municipal de São Paulo**. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CAMARGO, Rui et al. CRD Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestruturura. Uma abordagem prática

sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil. PINI. São Paulo, 1ª Ed. 2016

CASA CIVIL. Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos. Secretaria de Transportes. **Nota Técnica 04**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi/centrais-de-conteudo/documentos/notatecnica4.pdf/view>. Acesso em: 30 set. 2022.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão Pública Contemporânea**: do movimento gerencialista ao Pós- NPM. Distrito Federal: IPEA, 2017.

CAVALCANTE, Pedro. Convergências entre a Governança e o Pós- Nova Gestão Pública. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília, IPEA, 2018.

CBMA. Disponível em: www.cbma.com.br. Acesso em: 14 jul. 2021.

CHANG, Há-Joon. **The political economy of industrial policy**. Nova York: Palgrave Macmillan, 1996.

CHARRETT, Donald. Dispute Boards and Construction Contracts. The Vicotiran Bar Continuing Professional Development Program. **FIDIC – International Federation of Consulting Engineers**, 2009. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022.

CHERN, Cyrill. **Dispute Boards**: Practice and Procedure. 3a ed. Abingdon: Informa Law, 2015.

CHERN, Cyrill. The Use of Dispute Boards in Public-Private Partnership Transactions. **The World Bank**, 19 nov. 2013. Disponível em: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/ppp_testdumb/documents/Dispute%20Board%20Federation-%20Dispute%20Boards%20in%20Practice%20by%20Cyril%20Chern.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

CHRISTENSEN, T.; LAEGREID, P. The whole-of-government approach to public sector reform. **Public Administration Review**, v. 67, n. 6, p. 1.059-1.066, 2007.

CNJ. Resolução 125/2010. **CNJ**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

CNJ. Sumário Executivo. Justiça em números 2022. **CNJ**, 2022, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, Chicago, v. 3. p. 1-44, 1960 [Reimpresso em COASE, Ronald H. The firm, the market, and the law. Chicago: The university of Chicago Press, 1988].

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei do Senado n. 206, de 2018. Ementa: Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União. **Portal do Congresso Nacional**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-206-2018>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei Câmara dos Deputados PL 2.421/2021. Ementa: Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela

União. **Portal Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398> Acesso em: 12 ago. 2021.

CONSELHO DAS JUSTIÇA FEDERAL. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, 2021 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. Acesso em: 21 out. 2022.

COOTER, Robert. The objectives of private and public judges. **Public Choice**, Netherlands, v. 41, p. 107-132, 1983. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1112097>, Acesso em: 10 out. 2022.

DAVIS, L. E.; NORTH, D. C. **Institutional change and American economic growth**. Cambridge: Cambridge University Press, 1971. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/91275/1/745114377.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

DELGADO, José, A arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual, **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, a. VI, n. X, 2019.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBF). Guidance on the Use of Dispute Boards in Public Private Partnership (PPP) Projects. **DRB**, 2017. Disponível em: <https://www.drb.org/assets/White-Paper-Guidance-on-the-Use-of-Dispute-Boards-in-PPP-Projects-28-April-2017.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

DIAS, Ricardo; PEREIRA, Diogo. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a administração pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. **Revista Jurídica**, [S. l.], v. 3, n. 60, p. 361-383, ago. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4186/371372512>. Acesso em: 18 ago. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i60.4186>.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado – parte especial**: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOMINGUES, Igor. **Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública**: análise de eficiência, potencialidades e melhores práticas. São Paulo, SP: FGV, 2022. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32032/Igor_Gimenes_CRD_contratos_Administração_versão_final.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso 17 set. 2022.

DORGAN, Carroll. The ICC's New Dispute Board Rules. **The International Construction Law Review**, Jones Day, Paris, 2005. Disponível em: www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2016/02/CDrogan_April2005.pdf. Acesso em: 03 out. 2022.

ECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, mar./abr. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/ptr6WM63xtBVpfvK9SxJ4DM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

EDITAL DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL N. 42325212. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FERNANDES, Michele. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandes.Corr19.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e Conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2011.

FIANI, Ronaldo. Arranjos Institucionais e Desenvolvimento: o papel da coordenação em estruturas híbridas. **Texto Para Discussão 1815**, IPEA, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Brasília, 2013. Disponível em: TD_1815.pdf (ipea.gov.br). Acesso em: 14 abr. 2022.

FIDIC. Fidic Golden Principles. **FIDIC**, 2019. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_12.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

FIGUEIREDO, Augusto; SALLA, Ricardo (Coords.). **Manual de Dispute Boards, Teoria, Prática e Provocações**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2021.

FIGUEIREDO, Augusto; NETO, Silva. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2022/01/RBADR-02_jul_2019_Artigo- Augusto.pdf. Acesso em: 01 jun. 2022.

FIGUEROA, Dante. Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block. Dispute Resolution International. **FIDIC**, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em: <https://fidic.org/sites/default/files/Blog/%20pdf/DBs%20for%20Infrastructure%20Projects%20in%20Latin%20America.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS – FIPE. Avaliação dos contratos de obras e serviços do Rodoanel Norte, Relatório 3 (Produto 2) – Avaliação da Execução Contratual B.3 Relatório Jurídico (Volume IV). **FIPE**, São Paulo, SP. 2018. Disponível em:

https://www.al.sp.gov.br/spl/2019/08/Acessorio/1000283030_1000290031_Acessorio.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglas North, **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2, 2003. SCRIBD, (PM6.5) REP 90 (usp.br). Acesso em: 14 abr. 2022.

GARCIA, Roberto. Why Dispute Boards Are An Excellent Dispute-Resolution Tool During The COVID-19 Crisis. **AmericanBAR Association**, 2020. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/construction_industry/publications/under_construction/2020/summer2020/why-dispute-boards-are-an-excellent-dispute-resolution-tool/. Acesso em: 08 out. 2022.

GEBKEN, Richard J. **Quantification of Transactional Dispute Resolution Costs for the U.S. Construction Industry**. Ph.D Dissertation at The University of Texas at Austin, Austin, Texas, 2006. Disponível em: <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/2484/gebkenr19272.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2022.

GOLDFINCH, S.; WALLIS, J. (Eds.). International handbook of public management reform. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009.

GOLDSMITH, Lucy; STEPHENSON, Andrew. Time for Australia to embrace Dispute Resolution Boards? **Site Corrs Chambers Westgarth**, jun. 2021. Disponível em: <https://www.corrs.com.au/insights/time-for-australia-to-embrace-dispute-resolution-boards> Acesso em: 12 nov. 2021.

GOMES, Nelson. Um panorama da lógica deôntica. **Kriterion: Revista de Filosofia** [online]. 2008, v. 49, n. 117, p. 9-38, jan 2010. Epup 28 ISSN 1981-5336. <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2008000100002>.

GOMES, Orlando. Os contratos e o direito público. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 2002.

GOUGH, Ian. The Political Economy of the Welfare State. London, MacMillan Press, 1979

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 21, n. 21, mar. 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/72370/40935>. Acesso em: 24 maio 2022.

GUERRA, Elaine. Manual Pesquisa Qualitativa. **Anima Educação**, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://docente.ifsc.edu.br/luciane.oliveira/MaterialDidatico/Pós%20Gestão%20Escolar/Legislação%20e%20Políticas%20Públicas/Manual%20de%20Pesquisa%20Qualitativa.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2022.

GUERREIRO, Luiz Fernando. Arbitragem e jurisdição premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. **RePro**, v. 33, n. 159, maio 2008.

HAFER, Randy. Dispute Review Boards and Other Standig Neutrals Resolution and Prevention of Disputes. **International Institute for Conflict Prevention & Resolution**, New York, 2007. Disponível em: https://www.cpradr.org/resource-center/toolkits/construction-briefing-dispute-resolution-boards-other/_res/id=Attachments/index=0/CPR-Dispute-Review-Boards-and-Other-Standing-Neutrals-Constructiontitle.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

HILDEBRAND, Werner; KIRMAN, Alan P. **Equilibrium analysis: variations on themes by Edgeworth and Walras**. Amsterdam: North-Holand, 1988. Apud FIANI, 2011.

HOOD, Christopher; JACKSON, Michael W. **Administrative argument**. Hanover: Dartmouth Pulishing Company, 1991.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Dispute Board Rules. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>
Acesso em 11.11.2022

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). ICC Dispute Resolution 2020 Statistics. **ICC**, set. 2022. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/09/icc-dispute-board-rules-english-version.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

ISMAEL, Ricardo. Governos Estaduais no Ambiente Federativo Inaugurado pela Constituição Federal de 1988: Aspectos Políticos e Institucionais de uma Atuação Constrangida. *In*: MONTEIRO NETO, Aristides (Org.). **Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate**. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3184/1/livro_governos_estaduais.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. A Experiência Brasileira em CRD: O caso do Metrô de São Paulo. In: TRINDADE, Bernardo (Coord.). **CRD - Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura. Uma abordagem prática sobre a aplicação de diputes boards no Brasil.** São Paulo: Pini, 2016.

JUNIOR, Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Dispute Boards: A Different Approach to Dispute Resolution. **Comparative Law Yearbook of International Business**, Philadelphia, USA, 2020. Disponível em: <https://www.troutman.com/images/content/2/3/v3/234443/Bates-Torres-Fowler-Dispute-Boards-Chapter-Intl-Mediation-04-202.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91049397%2Fv13.5&titleStage=F&titleAcct=ia744a5970000016489ee769a0ed52a4d#sl=0&eid=75c6d875a0d2510837235b067470176f&eat=er_mark_1&pg=&psl=e&nvgS=true&tmp=866. Acesso em: 13 out. 2022.

KEATING, Michael. Public Management Reform and Economic and Social Development. **OCDE**, 2001. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43515306.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

KIRMAN, Alan. The intrinsic limits of modern economic theory: the emperor has no clothes. **The economic journal**, Supplement: Conference Papers, v. 99, n. 395, p. 126-139, 1989.

LARRUSCAIM, Igor *et al.* A economia institucional e o desenvolvimento: Comparação entre as Perspectivas Douglas North e Há-Joon Chang. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 25, 2019. Disponível em: www.cadernosdodesenvolvimento.org.br/ojs.4.8/index.php/cdes/article/view/377/pdf_1. Acesso em: 14 abr. 2022.

LEITE, André Luis Da Silva. **Microeconomia I:** livro didático. Design instrucional de João Marcos de Souza Alves. Palhoça: UnisulVirtual, 2012. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/21736/1/fulltext.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

LEONARD, Thomas C. Progressive Era Origins of the Regulatory State and the economist as Expert. **History of Political Economy**, Duke University Press, v. 47 (annual suppl.), 2011. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~tleonard/papers/Experts.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LIMA, Ana C. F.; PEREIRA, Edivaldo A., Validade Extraterritorial do Acordo de Mediação de Conflitos em Câmara Privada. **R EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2022.

LIMA, Wagner de Santana. Emergência e Desenvolvimento do Welfare State. **Academia Accelerating the World's Research**, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/30306520/EMERG%C3%8ANCIA_E_DESENVOLVIMENTO_DO_WELFARE_STATE. Acesso em: 01 nov. 2022.

LODGE, M.; GILL, D. Toward a new era of administrative reform? The Myth of Post-NPM in New Zealand. **Governance**, v. 24, n. 1, p. 141-166, 2011.

MAIA NETO, Francisco. Formas Extrajudiciais de solução de disputas. *In*: TRINDADE, Bernardo (Coord.). **CRD - Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura. Uma abordagem prática sobre a aplicação de diputes boards no Brasil**. São Paulo: Pini, 2016. *Apud* FERNANDES, Michele.

MARCONDES, A. F. M. Os Dispute Boards e os Contratos de Construção. *In*: CONSTRUÇÃO Civil e Direito. São Paulo/Porto Alegre: Lex Magister, 2011. p. 123-148.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATIAS-PEREIRA, José. **Administração Pública**: foco nas instituições e ações governamentais. 5. ed, São Paulo: Atlas, 2018.

MATTOS, M. R. G. de. (2001). Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista De Direito Administrativo**, v. 223, p. 115-132. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48315>. Acesso em: 21 abr. 2022.

MCCREA, Robie. The Court of Appeal in Persero II: How to enforce “binding but non-final” Dispute Board Decisions under the FIDIC Form of Contract. **International Quarterly**, Fenwick Elliott, Law Firm, Issue 14. Disponível em:

<https://www.fenwickelliott.com/research-insight/newsletters/international-quarterly/court-appeal-persero-II>. Acesso em: 10 out. 2022.

MEDEIROS, Marcelo. A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990. **Texto Para Discussão**, IPEA, Brasília, n. 852, 2001. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/1514.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MELLO, Kátia; BAPTISTA, Bárbara. Mediação e conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, n. 1, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENA, 2021. Disponível em: www.disputeboardsmena.com. www.disputeboardsmena.com/dispute-boards/types-of-dispute-boards/. Acesso em: 20 ago. 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENEGUIN, Fernando. Balizas para uma metodologia e estudos de caso. *In*: MENEGUIN, Fernando; SILVA, Rafael Silveira e (Orgs.). **Avaliação de Impacto Legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Senado Federal, 2017.

MIERS, Christopher. Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro...Since you Cannot Delay the Olympic Games. **Kluwer Arbitration Blog**, May 2015. Disponível em: arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/. Acesso em: 26 set. 2022.

MOE, T. M. La teoría positiva de la burocracia pública. *In*: ACUÑA, C. H. (Org.). **Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual**. Buenos Aires: Proyecto de Modernización del Estado, 2007. p. 527-554.

MONTEIRO FILHA, Dulce C.; CASTRO, Marcial P. S. De. Project Finnce para a Industria: Estruturação e Financiamento. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, RJ, 2000. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13419/2/RB%2014%20Project%20Finance%20para%20a%20Indústria_Estruturação%20de%20Financiamento_P_BD.pdf. Acesso em: 06 set. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. Lei Municipal n. 11.241, de 19 de junho de 2020. **Leis Municipais**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2020/1125/11241/lei-ordinaria-n-11241-2020-regulamenta-a-utilizacao-de-comite-e-> Acesso em: 30 set. 2022.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. **Câmara Municipal de São Paulo**. Disponível em: documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. **Legislação Municipal**, Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>. Acesso em: 13 out. 2022.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio. **Reinventando o Capitalismo de Estado**: Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. Tradução de Afonso Celso de Cunha Serra. São Paulo: Portifólio Penguin, 2015.

NETTO, Cássio. **Contratos administrativos e arbitragem**. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008 *apud* CAHALI, 2008.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, *apud* FIANI, 2011.

NORTH, Douglas. **Estructura y cambio en la historia económica**. Madrid: Allanza, 2009. Disponível em: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/2133>. Acesso em: 14 abr. 2022.

NORTH, Douglas. Desempenho econômico através do tempo. **RDA – revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8428/7177>. Acesso em: 24 out. 2022.

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: 02 out. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Autocomposição e administração pública: faculdade ou dever? **CONJUR**, 23 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-23/publico-pragmatico-autocomposicao-administracao-publica-faculdade-ou-dever>. Acesso em: 24 out. 2022.

OLIVEIRA, Patrícia Roberta Leite; NUNES, Tiago. Sistema multiportas para solução adequada de conflitos de interesses: mediação, conciliação e arbitragem. **Direito & Realidade**, v. 6, n. 6, p. 56-74, 2018. Disponível em: <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1388/965>. Acesso em: 01 nov. 2022.

OMOTO, Toshihiko. Dispute Boards Resolution and Avoidance of disputes in Construction Contracts. **The Japan Commercial Arbitration Association Newsletter**, n. 23, Nov. 2009. *Apud* O'RELLY, Dan. Dispute resolution board use on the rise in Canada, Daily Commercial News, 2019. Disponível em: <https://canada.constructconnect.com/dcn/news/government/2019/10/dispute-resolution-board-use-on-the-rise-in-canada>. Acesso em: 01 jun. 2022.

OWEN, G. P. Introduction to FIDIC dispute adjudication board provisions. Conditions of contract for construction FIDIC 1999. **FIDIC.org**, 2003. Disponível em: <https://fidic.org/sites/default/files/11%20DAB.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

PACHECO, R. S. A agenda da nova gestão pública. *In*: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. (Orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 183-218

PEREIRA, Sandra; CORREIA, Pedro. Movimento Pós-nova Gestão Pública: O Novo serviço Público. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 12, n. 1,

2019. Disponível em: seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1824/889. Acesso em: 10 abr. 2022.

PINHEIRO, Armando. A Justiça e o Custo Brasil. **Revista da USP**, São Paulo, n. 101, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87823>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PINHO, Humberto; HILL, Flavia. A importância dos Enunciados da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios do CJF para a implementação da Justiça Multiportas no Brasil. **Migalhas**, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/357516/implementacao-da-justica-multiportas-no-brasilii%20jornada%20do%20cfj>. Acesso em: 21 out. 2022.

PIVETTA, Natália *et al.* A Influência do Modelo Weberiano de Burocracia na Escola Clássica, Escola de Relações Humanas e Abordagem Comportamental. **Revista de Administração IMED**, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 90-117, jul./dez. 2018. ISSN 2237-795.

POLLITT, C.; BOUCKAERT, G. **Continuity and change in public policy and management**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

RODRIGUES, Rui M. **Pesquisa acadêmica**: como facilitar o processo de preparação de suas etapas. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSA, Kélen. Programa de Parceria de Investimento (PPI) e as parcerias público-privadas: os desafios da nova governança. **Coletânea de Pós-Graduação**, Políticas Públicas, TCU, v. 5, n. 1, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/programa-de-parceria-de-investimento-ppi-e-as-parcerias-publico-privadas-os-desafios-da-nova-governanca.htm>. Acesso em: 01 out. 2022.

RUSSO, Ann; EASTON, Graham. **Dispute Board Manual. A Guide to Best Practices and Procedures**. Charlotte, USA: Dispute Resolution Board Foundation, 2019.

SANTOS, Paulo. Federalismo: Origem e Fundamentos. **Revista da GERS**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul./dez. 2004. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22173109-rpge60livro.pdf#page=69>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SECCHI, L. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 43, n. 2, p. 347-369, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6691>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SCHIAVO-CAMPO, S.; MCFERSON, H. M. Public Management in Global Perspective. **Routledge**, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9781315701417>. Acesso em: 20 out. 2022.

SCHMIDT, Gustavo R. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública**: uma proposta de regulamentação. Dissertações (Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16218>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo Código de Processo Civil e da lei da mediação. **Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS**, v. X, n. 3, p. 316-337, 2015. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 29 maio 2022.

SOUSA, A. L. P. de. Dispute Boards. **Instituto de Engenharia**, São Paulo, 01 out. 2014. Disponível em: https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2020/01/TKConsulting.ALPS_.ADRs-DBs.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.

SOUSA, Mônica; CASTRO, Maíra. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5639>. Acesso em: 02. nov. 2022.

SOUZA, Luciane (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/22380472/>

Mediação_de_conflitos_novo_paradigma_de_acesso_à_justiça. Acesso em: 13 out. 2022.

SPERANDIO, Felipe. FIDIC publica diretriz para resolução de disputas. **Consultor Jurídico**, 07 maio 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-07/felipe-sperandio-fdic-publica-diretriz-resolucao-disputas>. Acesso em: 20 ago. 2021.

STJ. Especialistas destacam avanços da arbitragem no Brasil em painel promovido pelo STJ. **Portal do STJ**, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Especialistas-destacam-avancos-da-arbitragem-no-Brasil-em-painel-promovido-pelo-STJ.aspx>. Acesso em: 02 jul. 2022.

STJ. REsp 612349. https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006 Acesso em 10.11.2022

SUXBERGER, Antônio; RIBEIRO, Ana. Arbitragem como meio de solução de conflitos nos contratos da administração pública: limites, forma e momento de previsão. **REPATS – Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 454-476, 2017. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/326362899_ARBITRAGEM_COMO_MEIO_DE_SOLUCAO_DE_CONFLITOS_NOS_CONTRATOS_DA_ADMINISTRACAO_PUBLICA_LIMITES_FORMA_E_MOMENTO_DE_PREVISAO. Acesso em: 21 abr. 2022.

SYDOW, J.; WINDELER, A.; MÜLLER-SEITZ, G. *et al.* Path Constitution Analysis: A Methodology for Understanding Path Dependence and Path Creation. In: BRYMAN, Alan; BUCHANAN, David A. (Eds.). **Unconventional Methodology in Organization and Management Research**. Oxford, online edn, 2018, Oxford Academic, 19 Apr. 2018. Doi: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198796978.003.0013>.

TALAMINI, Eduardo *et al.* Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. **Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005.

THÉRET, B. O federalismo como princípio de regulação do regionalismo. Uma Análise dos Programas de Perequação Destinados a Compensar as Desigualdades Inter-regionais na América do Norte

(Canadá-EUA) **Contexto internacional**, v. 20, n. 1, p. 107-184, jan./jun. 1998.

<https://www.proquest.com/openview/094549dd21d7f4772509001b6fa167f1/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1936339> Acesso em 11.11.2022

TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1353/1141>. Acesso em: 02 nov. 2022.

TODD, N.; EZEANI, E. C. Adjudication costs under the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996: the attractions of Singapore's Building and Construction Industry Security of Payment Act 2004. **Juridical review**, v. 4, p. 315-336, 2016. Disponível em: <https://rgu-repository.worktribe.com/output/246579/adjudication-costs-under-the-housing-grants-construction-and-regeneration-act-1996-the-attractions-of-singapores-building-and-construction-industry-security-of-payment-act-2004>. Acesso em: 11 set. 2022.

THOMPSON REUTERS. Adjudication: a quick guide. **Practical Law Construction**. Disponível em: [ps://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-381-7429?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a184258](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-381-7429?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a184258). Acesso em: 06 set. 2022.

TRINDADE, Bernardo *et al.* Conhecimento a Aplicabilidade do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em Obras de Médio e Grande Porte. *In*: TRINDADE, Bernardo *et al.* **CRD – Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construção e infraestrutura. Uma abordagem pratica sobre a aplicação de Dispute Boards no Brasil**. São Paulo, SP: PINI, 2016.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Regulamentar. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 39, n. 2, p. 29-40, 1982. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2250>. Doi: <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i2.2250> Acesso em: 12 nov. 2021.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em:

https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/mediac3a7c3a3o_kazuo_watanabe.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

WATANABE, Kazuo *et al.* A mentalidade e os Meios alternativos de solução de Conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Orgs.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas S.A., 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4556616/mod_resource/content/0/WATANABE%20-%20A%20mentalidade%20e%20Meios%20Alternativos.pdf Acesso em: 13 out. 2022.

WEBER, M. **Ensaios de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

WILLIAMSON, Oliver. A comparison of alternative approaches to economic organization. **Journal of institutional and theoretical economics**, v. 146, 1990 [Reimpresso em FURUBOTN, Eirik G.; RICHTER, Rudolf (Eds.). *The new institutional economics: a collection of articles from the Journal of institutional and theoretical economics*. College Station, Texas: A & M University Press, 1991]

WILLIAMSON, Oliver. *The Mechanisms of governance*. Oxford. Oxford University Press. 1996

WOLKART, Eric. Precedentes no Brasil e Cultura: Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, maio 2015. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.243.16.PDF. Acesso em: 06 set. 2022.

