

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

**A IMPLEMENTAÇÃO DO COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE  
DISPUTAS (*DISPUTE BOARD*) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE  
INFRAESTRUTURA TERRESTRE NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE  
TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**

Guilherme Theo Rodrigues da Rocha Sampaio  
Orientador: Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro

Brasília-DF

2023

**GUILHERME THEO RODRIGUES DA ROCHA SAMPAIO**

**A IMPLEMENTAÇÃO DO COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE  
DISPUTAS (*DISPUTE BOARD*) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE  
INFRAESTRUTURA TERRESTRE NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE  
TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Administração Pública, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre no Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro

**GUILHERME THEO RODRIGUES DA ROCHA SAMPAIO**

**A IMPLEMENTAÇÃO DO COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE  
DISPUTAS (*DISPUTE BOARD*) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE  
INFRAESTRUTURA TERRESTRE NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE  
TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Administração Pública, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre no Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa – IDP.

Aprovado em:

**Banca Examinadora**

---

Prof. Guilherme Pereira Pinheiro  
Orientador

---

Prof. Flávio Unes Pereira  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

Prof. Gustavo Justino de Oliveira  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

Prof. Rafael Valim  
University of Manchester

## AGRADECIMENTOS

Nesta jornada da vida, tanto no plano material e espiritual, nunca estamos sozinhos, contribuindo na caminhada do próximo ou sendo favorecido por ele. Por isso, é necessário ser grato.

De forma inicial a Deus, pela sua tamanha generosidade em nos oportunizar inúmeras e incontáveis bênçãos, inclusive os desafios, que nos fazem evoluir.

À minha mãe, Marilda Rocha, maior demonstração de amor, que tão precocemente teve de exercer a dupla função, de mãe e pai. Com a competência de uma exímia pedagoga, conseguiu me guiar e conduzir pelos ensinamentos e exemplos, ensinando que, com dedicação aos estudos e ao trabalho, e com os princípios e valores do respeito ao próximo, generosidade e empatia conseguimos conquistar os objetivos e contribuir no desenvolvimento da sociedade.

Ao meu pai, Alceu Sampaio, que no plano superior tem zelado e contribuído ativamente no meu desenvolvimento.

A Paula Cabral, presente deste curso, que com o seu amor traz mais alegria e leveza para a minha jornada. E a convivência diária faz aumentar ainda mais a minha admiração.

Vander Costa, por ser um exemplo de liderança, pessoal e profissional, fazendo valer a frase de que a palavra motiva, mas que o exemplo, esse sim, arrasta. E por acreditar que na capacitação e no trabalho é possível transformar a realidade.

Ao Allan Milagres, amigo leal, pelos ricos e incansáveis diálogos no campo acadêmico, profissional e pessoal, desde os idos da graduação.

Ao meu orientador, Professor Doutor Guilherme Pinheiro, pela orientação e contribuição ágil, assertiva e generosa nesse processo acadêmico. Independentemente do dia e do horário, sempre à disposição para poder direcionar e, verdadeiramente, orientar.

Ao Professor Gustavo Justino, fomentador crítico e propositivo do objeto desta pesquisa, pelos diálogos generosos, vale registrar, tanto no campo acadêmico como profissional, tendo sido fundamental para o desenvolvimento do trabalho.

Ao Professor Flávio Unes, pelas orientações e críticas assertivas, realizadas não apenas no decorrer deste trabalho, mas desde a chegada na capital federal, há anos.

E por fim, mas não menos importante, a todos os servidores da Agência Nacional de Transportes Terrestres, por terem fornecido os insumos necessários para a pesquisa e, em especial, por todo comprometimento e dedicação de proporcionar, com excelência, o desenvolvimento da regulação do transporte terrestre nacional, propiciando um ambiente de estabilidade, segurança e previsibilidade regulatória.

## RESUMO

O presente estudo buscou especificar e problematizar o Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas (*Dispute Board*), cujo mecanismo foi recentemente incluído na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e está sendo objeto de regulamentação na Agência Nacional de Transportes Terrestres. É necessário regulamentar o uso do *Dispute Board* no âmbito dos contratos de concessão federal de concessão de rodovia e ferrovia, com o objetivo de garantir que este mecanismo proporcione para os contratantes e para a sociedade, direta e indiretamente, uma gestão e uma governança contratual e, por conseguinte, o cumprimento efetivo do projeto sem interrupções e inexecuções. Dessa forma, enfrentou-se o seguinte problema: o que seria o ideal nos contratos de concessão de infraestrutura terrestre no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres quanto: (i) ao momento para constituir-se o *Dispute Board*; (ii) ao grau de vinculação das suas decisões e; (iii) à avaliação de seu custo de operação?

**Palavra-chave:** Disputa. Prevenção. Resolução. Contrato. Regulação.

## ABSTRACT

The present study sought to specify and problematize the Committee for the Prevention and Resolution of Disputes (*Dispute Board*), whose mechanism was recently included in the New Law on Tenders and Administrative Contracts and is being regulated by the National Land Transport Agency. It is necessary to regulate the use of the Dispute Board within the scope of federal highway and railroad concession contracts, with the aim of ensuring that this mechanism provides contracting parties and society, directly and indirectly, with contractual management and governance and, therefore, the effective fulfillment of the project, without interruptions and non-executions. In this way, the following problem was faced: what would be the ideal in land infrastructure concession contracts within the scope of the National Land Transport Agency regarding: (i) the moment to constitute the Dispute Board; (ii) the degree binding of its decisions and; iii) the evaluation of its operation cost?

**Keywords:** Dispute. Prevention. Resolution. Contract. Regulation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS</b> .....	<b>9</b>
1.1 Considerações iniciais .....	9
1.2 Cultura da Conciliação e da Alternative Dispute Resolution (ADR) .....	13
1.3 A relevância da arbitragem e a necessidade do dispute board .....	16
1.4 Conceito, natureza jurídica e características do Dispute Board .....	21
1.5 Tipos de Dispute Board .....	26
1.6 A cláusula contratual do Dispute Board .....	29
1.7 Surgimento do Dispute Board no Brasil e no exterior .....	35
<b>2 APLICAÇÃO DO DISPUTE BOARD NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA</b> .....	<b>40</b>
2.1 Contratos administrativos .....	40
2.2 Breve considerações sobre as agências reguladoras.....	45
2.3 Agência Nacional de Transportes Terrestres.....	50
2.4 Dispute Board no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres .....	53
2.4.1 <i>Quanto ao momento de constituição e duração dos comitês</i> .....	60
2.4.2 <i>Quanto ao grau de vinculação das decisões dos comitês</i> .....	67
2.4.3 <i>Quanto ao custo dos comitês</i> .....	71
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

São diversos os fatores que podem dificultar o cumprimento integral dos contratos. Convencionar interesses não significa ausência de dissenso. Contratar, atualmente, requer um ambiente contratual capaz de evitar conflitos e interrupções das obrigações contratuais.

Soma-se a isso a necessidade de um ambiente que não apenas permita, mas que também garanta que os conflitos de interesses inerentes às relações contratuais sejam solucionados de forma célere e eficiente, de maneira a evitar prejuízos econômicos e sociais, assim como a de preservar a boa relação entre os contratantes.

Geralmente, os contratos de concessão federal de rodovia e ferrovia são marcados por projetos e obrigações de infraestrutura complexos e por períodos longos, o que, por consequência, faz com que as disputas, nas hipóteses de divergências entre os contratantes, não sejam simples de serem resolvidas.

Mas embora a eventual oposição de interesses seja inevitável, a maneira de prevenir os litígios ou resolver os conflitos em tempo ágil pode ser o diferencial para o sucesso da execução do contrato.

A inadimplência e a interrupção contratual nos contratos de infraestrutura acarretam consequências irreparáveis não apenas para os contratantes, mas para a sociedade. E, por conseguinte, a demora e a ausência de técnica na resolução das disputas podem aumentar a animosidade entre os contratantes e, também, desestimular investimentos em infraestrutura a partir de um ambiente inseguro e imprevisível.

São inevitáveis, portanto, os conflitos durante a vigência de contratos de longa duração, uma vez que, não raras as vezes, a sua complexidade e o tempo importam em imprevisibilidades e interesses antagônicos. Porém, é evitável que o litígio se instaure e permaneça por um período que ocasione a paralisação da execução de obras ou o rompimento de projetos e contratos.

Para tanto, então, convencionou-se no contrato, através de uma cláusula contratual, um comitê de profissionais capacitados e imparciais formado para acompanhar, prevenir e resolver conflitos, podendo, inclusive, acompanhar *pari passu* a execução do projeto, emitindo recomendações ou decisões, cujos efeitos poderão vincular as partes contratantes ou não.

Trata-se do Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas (CPRD) ou *Dispute Board*, cuja regulamentação no Brasil está avançando, especialmente no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Não obstante a isso, faz-se necessário o enfrentamento de questões procedimentais fruto do emprego da cláusula de *Dispute Board* nos contratos de concessão federal de rodovia e

ferrovia no âmbito da Agência, pois a ausência de segurança jurídica e regulatória poderá impedir ou dificultar o uso do referido instrumento.

Nesse sentido, três problemas procedimentais foram selecionados para esta pesquisa, cujas elucidações não possuem a intenção de concluir quaisquer debates. Pelo contrário, serão trazidas à baila situações que estão sendo objeto de discussão no âmbito da Agenda Regulatória 2023/2024 da ANTT, que iniciou o processo de regulamentação do *Dispute Board*.

Assim, o presente estudo foi dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro cuidou de reforçar a origem, o surgimento e a justificativa do emprego do *Dispute Board*, demonstrando sua imprescindibilidade e características.

O segundo capítulo, por sua vez, foi reservado para analisar o emprego e o uso do *Dispute Board* no âmbito dos contratos de concessão da ANTT, reforçando, portanto, relevantes assuntos que a prática regulatória apontou como prioritários a serem enfrentados, os quais culminaram no seguinte questionamento: em relação ao *Dispute Board*, o que seria o ideal nos contratos de concessão de infraestrutura terrestre no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres quanto (i) ao momento para constituir-se o *Dispute Board*; (ii) ao grau de vinculação das suas decisões e; (iii) à avaliação de seu custo de operação?

Logo, é certo que a presente pesquisa não pretendeu esgotar a discussão sobre o *Dispute Board*, mas cuidou, principalmente, de elucidar e problematizar alguns desafios regulatórios e prático-procedimentais, com a intenção de fomentar o debate e colocar à crítica os temas e as conclusões ora apresentados.

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

## 1.1 Considerações iniciais

Prevenir controvérsias e garantir a manutenção e a gestão dos contratos são, de fato, enormes desafios para os contratos administrativos<sup>1</sup>, em especial para os acordos contratuais de infraestrutura, que constituem projetos de longo prazo e de obras públicas significativas.

Além disso, trata-se de premissa para a boa execução dos contratos realizados com a Administração Pública, pois, conquanto a finalidade pública se sobreponha ao interesse individual, não raras as vezes os interesses e finalidades visados pelos contratantes são, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro”<sup>2</sup>. É preciso, portanto, encontrar o equilíbrio entre os interesses contratados<sup>3</sup>, de maneira a evitar, segundo Arnoldo Wald, que “eventuais conflitos entre as partes se transformassem em verdadeiros litígios e prejudicassem o bom andamento

---

<sup>1</sup> Expressão reservada, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para designar tão somente os ajustes que a administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime de direito público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 263).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>3</sup> “Ao contrário dos Estados Unidos e da Europa, não desenvolvemos, no momento oportuno, a nossa infraestrutura. Ficamos, assim, sem os recursos para fazer rapidamente os investimentos necessários e os sucessivos governos tiveram que enfrentar a difícil opção de resolver o déficit de infraestrutura, mantendo o déficit público, ou, então, de reduzir este, não equacionando o problema de aplicação de recursos para viabilizar o progresso econômico do país. Tratava-se, portanto, de cortar os investimentos ou de admitir o recrudescimento da inflação. A concessão surgiu como meio de solucionar o problema, utilizando-se recursos privados, em endividamento estatal, nem emissão de papel moeda, ficando por conta dos usuários a remuneração e o reembolso do capital do investidor. Resolviam-se, assim, os problemas decorrentes dos gargalos de estrangulamento da nossa economia. Mas, de um lado, o concessionário que passou a substituir o Estado, na qualidade de operador, não podia atuar com total liberdade em relação ao serviço público, que tinha suas próprias normas. Por outro lado, também o Estado devia dar ao empresário que estava investindo na concessão, determinadas garantias. Era preciso encontrar um equilíbrio entre ambos os interesses, incumbência essa dada à agência reguladora, cabendo-lhe encontrar as fórmulas adequadas, mediante a elaboração do direito regulatório. O problema regulatório mais importante da concessão sempre foi e continua sendo o da fixação de tarifas justas, que atendam às necessidades do empresário e possam ser suportadas pelos usuários. É preciso conciliar a modicidade que deve prevalecer no momento da contratação com a manutenção do equilíbrio-financeiro durante toda a vigência do contrato. Em virtude de se tratar contrato, que geralmente é de longo prazo e no qual o Estado é parte, a aplicação das cláusulas contratuais exige um especial cuidado, considerando-se os princípios da confiança (do investidor no Estado), da razoabilidade e da proporcionalidade” (WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 866, dez. 2007, p. 15).

dos trabalhos”<sup>4</sup>.

Além dos interesses antagônicos dos contraentes, a complexidade da execução e da natureza da atividade contratada, a interdisciplinaridade dos assuntos que correspondem aos contratos administrativos de infraestrutura, assim como a interpretação e o cumprimento divergentes de cláusulas contratuais, também geram, constantemente, dúvidas e conflitos na sua execução, impedindo a continuidade de serviços<sup>5</sup> ou obras públicas concedidas<sup>6</sup>, por exemplo.

Em razão disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o equilíbrio de interesses do contrato administrativo exige dinamicidade, sendo que “o próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução”<sup>7</sup>.

Arnoldo Wald, nesse mesmo sentido, registra a necessidade de um “novo”, mais complexo e exigente ambiente contratual, estabelecendo requisitos mais sofisticados para evitar conflitos contratuais e permitir a manutenção da realização de serviços públicos<sup>8</sup>:

Diante desse novo cenário, os problemas oriundos dos contratos de construção também se tornaram mais complexos. Os conhecimentos técnicos dos engenheiros e dos arquitetos, que antes bastavam para a resolução dos problemas, se mostraram insuficientes, diante da nova gama de matérias a serem enfrentadas, e a contribuição de profissionais de outras áreas se fez cada vez mais necessária. As relações na indústria da construção se tornaram mais sensíveis, e novas formas de resolução de disputas tiveram que ser encontradas<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 140, jul./set. 2011.

<sup>5</sup> “Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante a tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável às concessões destinadas pela Lei nº 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias-público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 306).

<sup>6</sup> “Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona” (*Ibidem*, p. 340).

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>8</sup> Admite-se, com Marçal Justen Filho, que “[...] a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e indireta dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 729).

<sup>9</sup> WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 143, jul./set. 2011, p. x.

O engenheiro civil Luiz Fernando Alongi, nessa toada, identifica fatores que dificultam o bom andamento da execução dos contratos no setor da construção civil e propugna a necessidade de um ambiente que permita e garanta que os problemas vividos nestes contratos sejam solucionados de forma célere e eficiente, evitando prejuízos econômicos e sociais, assim como de preservar a boa relação entre os contratantes<sup>10</sup>.

Denota-se que os contratos de concessão, em especial, são geralmente marcados pela “distribuição da execução no tempo”<sup>11</sup>, cuja periodicidade e duração, embora constem no edital de licitação, trazem uma série de desafios, sobretudo se considerarmos os projetos de infraestrutura modernos.

Flávio Pereira Lima, Eduardo Damião Gonçalves e Flávia Foz Mange destacam a existência de complexidade nos projetos de infraestrutura e, por conseguinte, a ausência de simplicidade nas disputas oriundas desses contratos administrativos:

Não é novidade que os projetos de infraestrutura são uma fonte fértil de controvérsias devido à sua longa duração, altos custos e complexidade. As relações de longo prazo, com inúmeras tecnicidades e reguladas por contratos intrincados, como as relações entre empreiteiros e contratantes, quase nunca se desenvolvem sem discussões sobre ajustes de preço, atrasos, detalhes e modificações do projeto, questões geológicas, responsabilidade civil e, mais genericamente, interpretação de cláusulas contratuais. Contudo, resolver essas disputas não é simples. A duração dos projetos e o número reduzido de autores no mercado (que frequentemente são concorrentes e parceiros em diferentes projetos ao mesmo tempo) exigem um mecanismo de resolução de disputas que seja não apenas sereno e rápido, mas também o mais amigável possível. Em vista desses fatores, a escolha de um método adequado de resolução de disputas em projetos de infraestrutura deve ser uma das prioridades no curso das negociações.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup>“Mas faz-necessário vencer uma outra barreira, especialmente importante para o mercado da construção. Não obstante o fato de o potencial devedor não ter interesse em uma solução rápida, optando por processos que postergam o desfecho da disputa, no mercado de construção há uma outra particularidade ainda mais relevante: trata-se da possibilidade de a disputa ter surgido por algum equívoco cometido no passado, ainda não reconhecido internamente por quem o cometeu. Este equívoco pode ser de várias naturezas, tais como um erro de orçamento, um erro do planejamento da obra, uma subavaliação da complexidade da execução, ou até mesmo uma decisão tomada durante a execução do Contrato ou uma omissão, que teria levado a um resultado insatisfatório e muitas vezes irreversível, podendo ainda vir a gerar desgaste entre as partes. (\*) Desejo que os problemas vividos nos contratos deste setor sejam solucionados de forma muito mais célere, face aos prejuízos econômicos e sociais que as pendências contratuais podem trazer para as partes, para as comunidades envolvidas e para a sociedade como um todo” (ALONGI, Luiz Fernando. A utilização da mediação para solução de controvérsias relacionadas aos contratos de infraestrutura. *Revista de arbitragem e mediação: RArb*. São Paulo, v. 11, n. 42, p. 299-303, jul./set. 2014, p. x. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/83701>. Acesso em: 21 jul. 2023).

<sup>11</sup>Definição utilizada por Orlando Gomes ao definir os contratos sucessivos ou de execução continuada (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 80).

<sup>12</sup>LIMA, Flávio Pereira; GONÇALVES, Eduardo Damião; MANGE, Flávia Foz. *Dispute Board* e outras questões práticas sobre regulação de disputas em projetos de infraestrutura. In: PEDROSO, Angélica; OBERTOPP, Kátia. *Construindo um novo Brasil: principais desafios do regime jurídico da infraestrutura*. São Paulo: Imprensa Régia, 2011. p. 139.

Percebe-se, então, uma preocupação crescente com as consequências da falta de consenso durante a (in)execução dos projetos de infraestrutura, notadamente aqueles que envolvem a construção civil, pois constantes conflitos e disputas prejudicariam o processo de construção<sup>13</sup>. Foi necessário, portanto, encontrar uma forma de prevenir o surgimento de controvérsias, não apenas com o anseio de deixar de provocar a atividade jurisdicional, mas também de garantir a manutenção e gestão do contrato, dando continuidade a determinado projeto<sup>14-15</sup>.

Dessa maneira, a vontade de manter e dar continuidade aos contratos de infraestrutura precisa imperar entre os contratantes, a fim de evitar a rescisão ou a interrupção contratual, que “acabam por prejudicar as partes, tanto ao despender mais tempo, como no aspecto financeiro”<sup>16</sup>. A eventual oposição de interesses pode ser inevitável, todavia, a maneira de preveni-la e de remediá-la pode ser o diferencial para o sucesso da execução do contrato.

Não raras as vezes, falta às partes “capacidade para solucionar conflitos sem que haja a necessidade de interrupção da execução das prestações obrigacionais”<sup>17</sup>, além de informações e orientações multidisciplinares que, geralmente, marcam a complexidade dos contratos de infraestrutura a longo prazo. Falta-lhes, por conseguinte, capacidade conciliativa<sup>18</sup>. Logo, adjudica-se a solução de conflitos ao Estado-Juiz.

Entretanto, como afirma Arnoldo Wald, “a complexidade crescente dos contratos comerciais não se coaduna com a demora da justiça, nem com as suas decisões provisórias sujeitas a eventual reforma no futuro”<sup>19</sup>. Faz-se, necessário, então, reforçar a crise da justiça e, ato contínuo, compreender como a predominância de uma cultura conciliatória e preventiva, com a utilização de mecanismos como o dispute board, pode se tornar uma alternativa viável à

---

<sup>13</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 11-12.

<sup>14</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 09.

<sup>15</sup>Karin Hlavnicka Skitnevsky associa o aumento da complexidade contratual ao período pós Segunda Guerra: “Após a Segunda Guerra Mundial, o mercado da construção civil passou a vivenciar uma imensa competição. Os contratos passaram a ser mais complexos e os processos de construção a exigir uma atenção com demandas de cunho não técnico, como demandas socioeconômicas, governamentais, de meio ambiente, de regulamentações e de interesse público. Assim, a estabilidade financeira de muitas construtoras ficava comprometida, pois tinham que trabalhar com uma margem de lucro baixa para competir no mercado e necessitavam de meios para proteger sua estrutura além de advogados e consultores permanentes para assessorá-los” (*Ibidem*, p. 11).

<sup>16</sup>*Ibidem*, p. 21.

<sup>17</sup>*Ibidem*.

<sup>18</sup>Expressão utilizada por Ada Pellegrini Grinover em GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007.

<sup>19</sup>WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

prevenção de conflitos contratuais, proporcionando mais previsibilidade e eficiência econômica aos projetos de infraestrutura<sup>20</sup>.

## 1.2 Cultura da Conciliação e da resolução alternativa de disputas

Luiz Guilherme Marinoni adverte, com razão, que “a problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito”<sup>21</sup>. Como consequência disso, Arnoldo Wald também demonstra preocupação da dinâmica do tempo no campo contratual, uma vez que a eficiência dos contratos não se harmoniza com a demora da justiça e que “o grande número de processos em curso dificulta a adequação da apreciação de litígios complexos”<sup>22</sup>.

Humberto Theodoro Júnior, nesse sentido, afirma que:

[...] é indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e frequentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc., que não obstados, inutilizariam a solução final do processo, em muitos casos.<sup>23</sup>

Este foi um dos motivos que fez com que Ada Pellegrini Grinover reconhecesse a “crise da Justiça” e, conseqüentemente, admitisse o “renascer” das vias conciliativas:

O interesse pela mediação e a conciliação e a importância de que as vias consensuais se revestem na sociedade contemporânea levaram ao renascer do instituto, em toda parte. Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram consideradas instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgem hoje os interesses pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. Mas a arbitragem, instrumento de heterocomposição, embora apresente altos méritos, sendo mais adequada do que o processo para um determinado grupo de controvérsias, ainda é um modo adversarial, em que a decisão é imposta às partes, não pelo juiz, mas pelo árbitro. Já a autocomposição, que abrange uma multiplicidade de instrumentos, constitui técnica que leva os detentores de conflitos a buscarem a solução conciliativa do litígio, funcionando o terceiro apenas como intermediário que ajuda as partes a se comporem. Por isso, os instrumentos que buscam a autocomposição não seguem a

<sup>20</sup>*Ibidem*, p. 38.

<sup>21</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 37.

<sup>22</sup>WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set.2005.

<sup>23</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Cautelar*. Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 15.

técnica adversarial.

Hoje, pode-se falar de uma “cultura de conciliação” que reconheceu impulso na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, não apenas indicando, como foi salientado, a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também assumindo relevante papel promocional de conscientização política.

Este estudo vai-se ocupar dos fundamentos da justiça conciliativa, que compreende, entre outras técnicas, a mediação e conciliação.

Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça.

É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça<sup>24</sup>.

Como justificativa do destaque das vias conciliativas, Ada Pellegrini Grinover evidencia o seu fundamento social, que consiste na sua função de pacificação social e que geralmente não é alcançada pela sentença. Ou seja, a parte vencida, normalmente, não se sente confortável com a decisão judicial, o que pode provocar ainda mais a demora da resolução do conflito e, por conseguinte, a interrupção de execução de obrigações contratuais<sup>25</sup>.

Nesse ínterim, Arnoldo Wald preconiza que “o problema mais agudo consiste na inserção do contrato no tempo”, mas ressalta que, como os tempos da economia e do direito são distintos, os da realização dos negócios pelas empresas e da distribuição da Justiça também são. “A justiça [portanto] quer reconstruir o passado, restabelecer o status quo ante, enquanto a economia olha para frente, tentando pacificar o futuro”<sup>26</sup>.

Dessa maneira, reconhece-se que os conflitos passaram a se configurar de modos diferentes e que admitir ferramentas para preveni-los, tratá-los e resolvê-los tempestivamente passou a ser pressuposto de efetividade contratual, além de, (in)diretamente, constituir condição essencial para garantir que serviços públicos e direitos fundamentais sejam garantidos e

<sup>24</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007, p. 17.

<sup>25</sup>“Releva, assim, o fundamento social das vias conciliatórias, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma-se insurgir-se com todos os meios na execução, e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça formal se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige para o futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo. Resulta daí que o método contencioso de solução de controvérsia não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, em que se faz necessário atentar para os problemas de relacionamento que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007, p. 17).

<sup>26</sup>WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set.2005, grifo nosso.

entregues. O “tempo-inimigo”<sup>27</sup>, portanto, fez os contratantes, incluindo a Administração Pública, insurgirem-se contra os meios tradicionais de solução de conflitos, mitigando os efeitos negativos da “cultura da sentença”<sup>28</sup>.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco perceberam que:

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalente ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5º, inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas no quadro do exercício jurisdicional. Além disso, assim como a sociedade vem se transformando, também os conflitos passaram a se configurar de modos diferentes, ganhando destaque aqueles de dimensões metaindividuais, que transcendem as esferas individuais de direitos para envolverem grupos, categorias ou classe de pessoas em busca da fruição de direitos fundamentais de caráter comunitário, genericamente referidos à qualidade de vida (direito ao meio ambiente sadio, ao equilíbrio nas relações de consumo, à fruição de serviços públicos, etc.)<sup>29</sup>.

É antiga, portanto, a preocupação pela presteza da tutela estatal<sup>30</sup>. Nesse sentido, citando a Resolução nº 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça, que estimulou a solução de conflitos por autocomposição, Fredie Didier Jr. destaca que “a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Expressão utilizada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “[...] a influência incontrolada do tempo é vista pela ordem jurídica como um fator de possíveis corrosões de direitos ou de inabilitação do processo a cumprir sua missão de dar efetividade a estes, solucionando conflitos e pacificando pessoas ou grupos com justiça – e daí dizer a doutrina que ‘não seria um atrevimento comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem tréguas’ (Carnelutti). É nesse quadro que se situam as disposições com as quais a lei institui instrumentos destinados a neutralizar os males do tempo, aludindo a este como o tempo-inimigo” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 345).

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 07.

<sup>29</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 33.

<sup>30</sup> “Os interdicta do direito romano clássico, medidas provisórias cuja concessão se apoiava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já era meios de oferecer proteção ao provável titular de um direito lesado, em breve tempos sem as complicações de um procedimento regular” (DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140).

<sup>31</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 207.

Da mesma maneira, não é novidade que resolver conflitos e disputas oriundos de contratos de infraestrutura não é tarefa simples. “As obras de infraestrutura são, inevitavelmente, complexas. Mesmo quando a complexidade não deriva dos aspectos técnicos da engenharia envolvida no projeto, advém das dificuldades de logística às obras de longa duração”<sup>32</sup>. Por isso, o tempo é um problema, mas não é o único fator que faz com que os contratantes priorizem a resolução de disputas fora do Judiciário.

A solução de controvérsias, devido à sua longa duração, influência de fatores naturais de (im)previsibilidade, altos custos e complexidade<sup>33</sup>, deve ser rápida, mas também deve ser técnica, preventiva, preditiva e estratégica, de maneira a evitar o desgaste, o descumprimento e a rescisão contratual, mantendo o “clima de afinidade entre as partes, contribuindo para que a relação entre elas se prolongue, o que é positivo tanto para as partes quanto para a sociedade”<sup>34</sup>.

### 1.3 A relevância da arbitragem e a necessidade do *dispute board*

Mais do que apenas solucionar litígios, as partes contratantes precisam ter à sua disposição ferramentas que lhes possibilite e incentive a realização de acordos ou a criação de condições para que seja possível chegar a um consenso. Possibilita-se, assim, que as partes tenham um espaço técnico propício à melhoria das condições de um determinado negócio e que, ao mesmo tempo, evita a espera pela solução por um longo tempo<sup>35</sup>, reservando à jurisdição apenas os casos em que a atuação jurisdicional é realmente necessária<sup>36</sup>.

Arnoldo Wald atribuiu à arbitragem essa missão, de maneira a conciliar “o ideal de justiça com a redução de custos e de tempo na solução de litígios, com soluções que ainda são mais adequadas ao caso concreto quando decorrentes de acordo entre as partes”<sup>37</sup>.

<sup>32</sup>OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos Disputes Boards. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 179.

<sup>33</sup>*Ibidem*.

<sup>34</sup>WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 147.

<sup>35</sup>WALD, Arnoldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-143, jul. 2014.

<sup>36</sup>“A jurisdição sempre terá o seu papel, sempre será indispensável, mas, exatamente porque muito nobre, ela deve ser observada para os casos em que as partes não possam tomar a rédea dos seus problemas, e, buscarem numa tentativa muito positiva de aproximação, resolver uma querela que eventualmente tenha surgido nas suas relações” (NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Evolução da arbitabilidade objetiva no Brasil e no Exterior: tendências e perspectivas*. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 45, p. 57-63, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94317>. Acesso em: 21 jul. 2023).

<sup>37</sup>WALD, Arnoldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-143, jul. 2014, p. 143.

A arbitragem passou a ganhar maior relevo<sup>38</sup>. Do descaso do passado<sup>39</sup> à necessidade do presente<sup>40</sup>, ela não era percebida através da sua capacidade de garantir um *locus propício* para resolver conflitos.

Diante dessa conjuntura, Carlos Augusto da Silveira Lobo explica que a mudança cultural e econômica do Brasil ao longo do tempo exigiu maiores esforços para o emprego de mecanismos capazes de entregar melhores resultados:

[...] era lembrada para solucionar alguns casos excepcionais, sem que fosse percebida a sua qualidade de constituir um meio socialmente relevante de resolver litígios. No geral, a arbitragem era alvo de suspeitas e reservas pelo que consideravam que a prestação jurisdicional era atividade privativa do Poder Público.

O pouco caso em relação à arbitragem, que frequentemente chegava à hostilidade, tinha muito a ver com a cultura reinante no país, herança de uma sociedade escravocrata e extremamente desigual, cujas elites mais se interessavam pela retórica e a ilustração improdutiva do que pela solução objetiva de problemas concretos. Com efeito, até a década de 1930 a economia brasileira era eminentemente agrícola, dominada pela exportação de monoculturas. Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial, nos meados da década de 1940, surgiram a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Hidroelétrica de São Francisco e a Companhia Vale do Rio Doce, todas com forte presença estatal, pois, ao empresariado nacional, salvo raras exceções, faltavam capitais e expertise para empreender projetos de infraestrutura e indústria pesada.

Na década de 1950, o país foi empolgado pelo desenvolvimentismo, consolidado no Plano de Metas do Governo Kubitschek (1956 a 1961). Nessa década, foi fundado o BNDES, o único banco de investimentos do país; foram implantadas as indústrias automobilística e siderúrgica, adotada a política de substituição de importações e conferidos incentivos à fabricação de bens de produção. O desenvolvimento prosseguiu com força nos novos governos militares das décadas seguintes, quando ingressaram no Brasil vultosos investimentos estrangeiros, consolidaram-se grandes empresas e realizaram-se obras estruturais de construção civil pesada.

Essa passagem de uma economia agrícola, basicamente monocultora e tradicional, para uma economia desenvolvimentista com forte inclinação industrial, ensejou a preponderância de empresas de grande porte no cenário econômico. Tornaram mais

<sup>38</sup>Para Francisco José Cahali, “[...] a arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial. Daí porque se falar em mecanismo privado de resolução de litígios, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou ainda, método extrajudicial de solução de conflitos (Mesc). E na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência temos a arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamento de matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 116).

<sup>39</sup>LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-94, jul./set. 2016, Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107600>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>40</sup>Além disso, o julgamento no Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem, em 2001 (SE 5.206), e a ratificação, pelo Brasil, em 2002, da Convenção de Nova Iorque, fez com que a arbitragem não parasse de crescer (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-94, jul./set. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107600>. Acesso em: 21 jul. 2023). Os processos de arbitragem, segundo afirmou Arnoldo Wald em 2016, multiplicaram-se (WALD, Arnoldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 59-78, jul. 2014).

frequentes a associação a capitais estrangeiros e a importação de tecnologias e práticas gerenciais internacionais. Fortaleceu-se o mercado de valores mobiliários, contrataram-se financiamentos de longo prazo, projetos industriais complexos e de elevado montante foram negociados e executados. O país aumentou sua presença no mercado internacional.<sup>41</sup>

Nesse contexto de evolução, os litígios sofisticaram-se, alterando sobremaneira a perspectiva diante dos conflitos contratuais e empresariais, exigindo, numa perspectiva de eficiência, a via arbitral.<sup>42</sup>

Portanto, fez-se imprescindível considerar a utilização da arbitragem como uma opção de resolução de disputas paralelamente à justiça estatal e internacional, na medida em que os contratantes, voluntariamente e através de cláusulas contratuais, apreciavam “ver litígios resolvidos por árbitros escolhidos em função de suas competências técnicas e conhecimento do ambiente profissional em que atuam”<sup>43</sup>.

Gustavo Justino de Oliveira, nessa direção, reforça que, “devido a suas características intrínsecas – e desde que capitaneada por um Tribunal Arbitral de qualidade –, será gerado um ambiente de confiabilidade e tecnicidade que poderá fazer frente às intempéries hoje dominantes em cenários turbulentos como o brasileiro”<sup>44</sup>.

Assim como na atividade jurisdicional, a decisão proveniente da arbitragem é imposta às partes<sup>45</sup>, adjudicando a solução a uma parte estranha ao conflito, ou seja, transfere-se a

---

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 87.

<sup>42</sup>Nesse sentido, Carlos Augusto da Silveira Lobo advertiu que “[...] todo esse progresso alterou profundamente a atitude dos operadores do Direito diante dos problemas jurídicos relacionados à empresa. Os juristas foram desafiados a incursionar na faixa de fronteira entre o Direito e a Economia, em que trafegavam as empresas, seus clientes. A definição do direito aplicável ao fato passou a exigir familiaridade com questões alheias ao campo estritamente jurídico e a compreensão do fato econômico social, entendido finalmente como dado indispensável para a subsunção da regra de Direito. Tornou-se indispensável a compreensão de práticas e técnicas de gestão administrativa, financeira e operacional importadas do exterior. Era impossível esperar que essa efervescência de inovações fosse absorvida em tempo hábil pelos órgãos do Poder Judiciário, já assoberbados pelas causas cíveis, que aumentavam vertiginosamente na sociedade em expansão e se acumulavam sem solução, nos escaninhos dos cartórios e das secretarias dos Tribunais. Diante desse quadro tornou-se inarredável, na década de 1980, a necessidade de se organizar no Brasil um sistema de resolução de litígios mediante arbitragem” (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-94, jul./set. 2016, p. 88. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107600>. Acesso em: 21 jul. 2023).

<sup>43</sup>NETO, José Cretella. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Forense, 2004, p. 11.

<sup>44</sup>OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto jurídico*: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018, p. 37.

<sup>45</sup>Embora imposta, a decisão arbitral torna-se título executivo judicial caso não haja o cumprimento voluntário, nos termos do art. 515, VII, do CPC. Francisco José Cahali, nesse sentido, disserta que “[...] o título será exatamente o instrumento original da sentença. E para instrumentalizar a petição inicial de instauração da demanda executiva perante o Poder Judiciário, como se faz na carta arbitral, devem ser, também, comprovadas a convenção arbitral, a nomeação e a aceitação dos árbitros, bem como outros documentos que as partes entenderem pertinentes. Dispensa-se, pois, em nosso sentir, a juntada da reprodução integral do procedimento, e

terceiro(s) o poder de decidir a controvérsia, cuja sentença (arbitral) poderá ser definitiva (condenatória, constitutiva ou declaratória) ou terminativa<sup>46</sup>. Todavia, nada impede que as partes realizem acordo e o árbitro ou o tribunal arbitral, nos termos do art. 28 da Lei 9.307/96, profira sentença homologatória.

Dessa forma, uma vez proferida a sentença, encerra-se a “investidura” dos árbitros, na expressão cunhada por Francisco José Cahali:

Superada a dedicada resposta ao pedido de esclarecimento, e inexistente, ou ultrapassada a etapa de sentença parcial, com o julgamento de todos os pedidos, “proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem” (art. 29 da Lei 9.307/1996). Significa dizer que se encerra, com a sentença, a investidura dos árbitros. E mais, termina a própria jurisdição, não mais se podendo falar em juízo arbitral para aquela questão ou outras a ela relacionadas. Enfim, deixa de existir procedimento, árbitro, jurisdição, atribuição ou função do árbitro, juízo arbitral, e tudo o mais. A situação é diversa daquela em que o juiz, com a sentença, cumpre e acaba o ofício jurisdicional (art. 494 do CPC/2015 – art. 463 do CPC/1973), pois o juízo estatal é permanente, e sempre estará lá à disposição da parte, por intermédio deste ou daquele juiz. O que se quis com a regra processual era retirar do juiz a possibilidade de qualquer intervenção na decisão. Mas a jurisdição estará lá, inclusive, para eventual cumprimento ou execução da sentença. Já na arbitragem, a sentença encerra, como visto a própria jurisdição arbitral, e assim, não se terá a quem encaminhar qualquer solicitação ou expediente posterior, ressalvadas as providências de praxe relacionadas à garantia de eficácia da decisão (comunicação às partes, ou a terceiros quando pertinente)<sup>47</sup>.

Além disso, a sentença arbitral não é passível de recurso, admitindo-se apenas que as partes realizem pedido de esclarecimentos, conforme art. 30 da Lei 9.307/96. Isso porque parte-se do pressuposto de que as partes escolheram as pessoas mais aptas tecnicamente para julgar determinado litígio, com experiência necessária para julgar conflitos<sup>48</sup>, diminuindo as irresignações diante de uma decisão desfavorável.

É o que justifica, portanto, a impossibilidade de interposição de recurso e o consequente cumprimento espontâneo das decisões. As partes tendem a respeitar, aceitar e submeter-se à sentença arbitral por elas “encomendadas”<sup>49</sup>. Vale dizer, as partes afastaram a jurisdição estatal

---

burocracias, como reconhecimento de firma do(s) árbitro(s)” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 341).

<sup>46</sup>Nessa hipótese, Francisco José Cahali exemplifica que, “reconhecida na arbitragem a nulidade da convenção, e, assim, o interessado deve apresentar a sua pretensão perante o Poder Judiciário” (*Ibidem*, p. 319).

<sup>47</sup>CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 339.

<sup>48</sup>Muitas das vezes conflitos complexos. Nesse sentido, Beat Walter Rechsteiner afirma que “na arbitragem, as próprias partes podem escolher árbitros que possuem qualificação profissional e técnica, como também a experiência necessária para julgar a lide, muitas vezes juridicamente bem complexa” (RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27).

<sup>49</sup>*Ibidem*, p. 117.

e confiaram, irretratável e previamente, no compromisso arbitral firmado por meio da cláusula compromissória<sup>50</sup>.

O que se espera, então, do procedimento arbitral é a solução definitiva, rápida e eficiente do litígio, cuja decisão ainda é proferida por uma autoridade, conquanto observada a seriedade procedimental<sup>51</sup>. Além disso, por mais que Francisco José Cahali advirta que a “meta [da arbitragem] é a sentença, com qualidade e rapidez”<sup>52</sup>, uma das qualidades do árbitro, de acordo com Arnaldo Wald, “consiste em levar as partes a uma composição amigável”<sup>53</sup>, ou seja, aceita por ambas as partes contratantes.

Arnaldo Wald acrescenta, ainda, que:

[...] há, assim, novas funções importantes exercidas pela arbitragem, como verdadeiro catalisador de acordos, com base na eficiência do processo e num certo pragmatismo, que continua a ter que ser ético, mas não pode esquecer as realidades econômicas, conciliando-se, assim, o ideal de justiça com a redução de custos e de tempo na solução de litígios, com soluções que ainda são mais adequadas ao caso concreto quando decorrentes de acordo entre as partes<sup>54</sup>.

Ainda que se esforce para que as partes cheguem a um acordo, admite-se que, mesmo sendo fruto de uma obrigação criada por um contrato, a solução dos litígios no processo arbitral equivale à função jurisdicional, na medida em que o árbitro, embora indicado pelas partes, é dotado de “*ius dicere*”<sup>55-56</sup>.

Assim, é importante frisar que, mesmo sendo uma opção das partes, o processo arbitral

<sup>50</sup>*Ibidem*, p. 120.

<sup>51</sup>Beat Walter Rechsteiner, nesse sentido, reforça que “não se pode esquecer, no entanto, que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a seriedade do procedimento arbitral deve predominar em relação ao princípio da celeridade. Somente assim a arbitragem constituirá uma verdadeira alternativa para a justiça estatal” (RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83). No mesmo sentido: “mas esta tal liberdade é vigiada, pois está presente na arbitragem o respeito ao princípio geral do devido processo legal, pelo qual, como se verá, impõem-se regras de preservação do direito ao contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e sei livre convencimento” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 231).

<sup>52</sup>*Ibidem*.

<sup>53</sup>WALD, Arnaldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-143, jul. 2014, p. 137.

<sup>54</sup>WALD, Arnaldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-143, jul. 2014, p. 143.

<sup>55</sup>NETO, José Cretella. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Forense, 2004, p. 14.

<sup>56</sup>“Equipara-se ao poder estatal de julgar, pois na arbitragem estão contidos os mesmos elementos daquela: a notio (poder contido na jurisdição), a vacatio (poder para convocar as partes), a coertio (poder para dispor de força para obter o cumprimento das ordens e diligências decretadas durante o trâmite, se bem que necessitando da devida intervenção judicial), a iudicium (poder de proferir decisão acerca do mérito, pondo fim ao litígio) e a executio (poder de obrigar o vencido à execução da decisão)” (*Ibidem*, p. 15).

possui caráter adversarial, podendo a submissão do conflito à arbitragem afetar a continuidade da execução do contrato e não assegurar a (re)conciliação (i)mediata dos contratantes. A decisão e o posterior cumprimento voluntário pode afetar a relação e a execução contratual das partes. Além disso, a arbitragem pode ser utilizada por uma das partes de maneira estratégica, conforme assinala Arnaldo Wald:

Assim, a arbitragem pode ter um aspecto estratégico, sendo usada pelos empresários para fins comerciais, a fim de melhorar as condições de um determinado negócio. Também pode servir de instrumento de proteção de executivos, que consideram um certo acordo de interesse da empresa, mas não querem ser responsabilizados por este vir a ser considerado prejudicial, pela diretoria ou pelos acionistas, que nem sempre conhecem o contexto exato do caso, especialmente tratando-se de multinacional que tem a sua sede em outro país<sup>57</sup>.

Logo, instaura-se um conflito e inicia-se, estrategicamente, um procedimento de arbitragem, o qual pressupõe, em regra, três fases: postulatória, instrutória e decisória. Por mais tempestivo que seja o procedimento arbitral, exige-se a coordenação de atos, respeitando sobremaneira o devido processo legal.

Assim, diante das diversas ponderações acima mencionadas, faz-se imprescindível repensar procedimentos capazes de resolver os problemas na medida em que surgem, evitando que conflitos, pequenos ou não, ganhem maiores proporções, na medida em que as desavenças possam ser solucionadas tempestiva e devidamente<sup>58</sup>. Destaca-se, nesse sentido, o *Dispute Board* como mecanismo alternativo de solução de controvérsias, cujas especificidades serão abordadas a seguir.

Cumprido esclarecer ainda que o *Dispute Board* é uma alternativa à arbitragem justamente por prevenir que o conflito se instaure em nível de ser solucionado pela heterocomposição.

#### **1.4 Conceito, natureza jurídica e características do *Dispute Board***

O século XXI é marcado pela necessidade de assegurar a eficiência nas parcerias, em todas as suas formas, certificando o seu cumprimento e, por conseguinte, proporcionando e garantindo investimentos, de maneira que todos sintam-se favorecidos: empresários, investidores nacionais e estrangeiros, Administração Pública, usuários do serviço público e a

---

<sup>57</sup>WALD, *op. cit.*, p. 134.

<sup>58</sup>WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun.2005.

sociedade, de forma geral.

Por isso, faz-se necessário que as partes interessadas e envolvidas em investimentos públicos e privados cumpram a avença ou, ao menos, decidam rápido a melhor forma de resolver conflitos contratuais e empresariais, evitando, assim, que se prejudique o andamento do contrato e até mesmo leve ao perecimento de direitos fundamentais.

Nesse contexto, Arnoldo Wald explica que:

O século XXI é o século da velocidade, da descontinuidade e da incerteza, no contexto de uma sociedade que é, sem dúvida, uma sociedade de riscos. É, também, um século que vive o expressivo aumento do intercâmbio comercial e cultural promovido pela globalização, resultando um maior choque de culturas e, conseqüentemente, as dificuldades dele decorrentes. Os mercados, antes restritos e regionais, se tornam amplos e transnacionais, com a entrada de novos players, cuja importância mundial se modificou em pouco tempo.

A concorrência internacional gerada por esse processo exige maior eficiência dos empresários, do Estado e da Justiça, que foi elevada a norma constitucional.

Por outro lado, multiplicaram as parcerias, em todas as suas formas: nacionais e internacionais, privadas e públicas, entre sociedades que, no passado, eram ou ainda atualmente são concorrentes, e entre empresários e investidores. Nesse contexto, revela-se necessária a adoção de mecanismos adequados, especializados e rápidos para a solução de conflitos de interesses entre todos os participantes, diretos ou indiretos, dessas relações, de forma a evitar que se sacrifique a eficiência da vida empresarial.

Nesse contexto surgiram, na década de 1970, os dispute resolution boards, no âmbito das grandes obras de construção, com o fim de evitar que eventuais conflitos entre as partes se transformassem, em verdadeiros litígios e prejudicassem o bom andamento dos trabalhos. Hoje em dia, mais de 30 anos depois, provada sua eficácia, é hora de promover sua maior utilização no Brasil, inclusive em outras áreas além da construção, como é o caso em matéria societária e contratual em geral<sup>59</sup>.

Os conflitos de interesses durante a vigência de contratos de longa duração são inevitáveis, uma vez que, não raras as vezes, a sua complexidade e o tempo importam em imprevisibilidades. Porém, é evitável que o litígio se instaure e permaneça por um período que ocasione a paralisação da execução de obras ou o rompimento de projetos e contratos. Para tanto, então, convencionou-se no contrato os Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas (CPRD), com o escopo de encorajar as partes a evitá-las, “assistindo-as daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva”, permitindo uma atuação preventiva e acompanhando “*pari passu* o desenvolvimento dos serviços”<sup>60</sup>.

Dessa maneira, assim como a arbitragem, convencionou-se o *Dispute Board* através de uma cláusula contratual, com a intenção de construir um “comitê formado por profissionais

<sup>59</sup> *Idem*, p. 140.

<sup>60</sup> VAZ, Gilberto José *et al.* Os *disputes boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, jan./mar. 2014, p. 327.

experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra”<sup>61</sup>, podendo, a depender da vontade das partes contratantes e dos poderes outorgados por elas, “fazer recomendações (no caso do *Dispute Review Boards – DRB*) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards – CDB*)”<sup>62</sup>.

Para Arnaldo Wald:

A grande vantagem desses organismos é o fato de serem membros especialistas na matéria (objeto do contrato), que vão participar do andamento do negócio, desde o início até o fim, conhecendo todos os seus problemas. Assim, convocados em qualquer momento, podem examinar rapidamente as divergências existentes, com independência e neutralidade, dando a solução que mais interessa para o cumprimento do contrato, sem prejuízo de posteriores acertos de contas, que poderão ser objeto de negociação ou arbitragem<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Karin Hlavnicka Skitnevsky conceitua o *dispute board* como:

[...] um mecanismo de prevenção de controvérsia que apresenta uma solução rápida, confidencial, menos onerosa e mais eficiente aos conflitos que venham a surgir e tem como principal finalidade garantir a manutenção e gestão do contrato, dando continuidade ao projeto, evitando o desentendimento entre as partes, sendo assim um método alternativo ao Judiciário ou à arbitragem<sup>64</sup>.

Gilberto José Vaz *et al.*, por sua vez, definem o *dispute board* como “uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução”<sup>65</sup>.

Espera-se, portanto, que o Comitê de Prevenção e de Resolução de Disputas<sup>66</sup>,

<sup>61</sup>*Ibidem*.

<sup>62</sup>WALD, Arnaldo. Arbitragem contratual e os *disputes boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005, p. 18.

<sup>63</sup>*Ibidem*.

<sup>64</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 09.

<sup>65</sup>VAZ, *op. cit.*, p. 326.

<sup>66</sup>Com relação à expressão utilizada no Brasil, André Castro Filho, Felipe Estefam e Gustavo Henrique Schiefler, advertiram que, “no que tange a prática brasileira, verifica-se que a expressão ‘dispute board’, embora amplamente empregada na seara acadêmica, costuma receber traduções por ocasião de suas previsões contratuais ou regulamentares, como ‘comitê de resolução de disputas’, ‘conselho de conflitos’, ‘junta de consultores’, ‘junta técnica’ dentre outros. Todas elas, no entanto, remetem a esse conjunto de profissionais independentes e especializados, com o escopo de atuar durante o ciclo de vida contratual” (CARVALHO, André Castro; ESTEFAM, Felipe; SCHIEFLER, Gustavo Henrique. Indicação de membros para o *dispute boards* sob a perspectiva de Compliance. *In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). Manual de Dispute Boards. Teoria, Prática e Provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 252).

preferencialmente<sup>67</sup>, acompanhe a execução do contrato, sendo este o diferencial do *dispute board*, na opinião de André Castro Filho, Felipe Estefam e Gustavo Henrique Schiefler:

O fato de que o acompanhamento da execução do contrato ocorre em tempo real pelo *dispute board* é uma peculiaridade que distingue positivamente este instituto. Diferentemente do que ocorre em outros mecanismos dedicados à resolução de disputas, como na mediação e na arbitragem, que atuam pontualmente sobre conflitos existentes, o *dispute board* é vocacionado ao acompanhamento regular e permanente do contrato por um comitê de especialistas indicados pelas partes, inclusive com visitas periódicas ao local de execução contratual. Com isso, extrai-se um ganho de aprendizagem com relação à obra, tendo em vista que o *dispute board* já vai adquirindo familiaridade à medida que os pleitos vão surgindo durante o ciclo de vida contratual<sup>68</sup>.

Também nesse sentido, Flávio Amaral Garcia reconhece que o fato de o *dispute board* atuar em “*tempo real*” possibilita que o comitê se aprofunde na relação com os contratantes e nas peculiaridades do contrato, proporcionando uma ingerência preventiva ao conflito<sup>69</sup>.

Por isso, Augusto Barros de Figueiredo esclarece que, por ser o *dispute board* um ato voluntário de nomeação pelas partes contraentes, o momento ideal de fazê-lo seria no:

[...] momento da celebração do contrato ou logo na fase inicial da contratação, [pois], a partir da nomeação e da aceitação da investidura pelos membros, o comitê já poderá passar, imediatamente, a acompanhar a obra, conhecendo suas peculiaridades, desdobramentos e dificuldades.<sup>70</sup>

<sup>67</sup>“Vale mencionar que existe também a possibilidade de instauração de um *dispute board* ad hoc, dedicado a contribuir para a resolução de uma controvérsia contratual delimitada. Mas esta forma de instituição configura exceção, pois o instituto é vocacionado ao acompanhamento permanente do contrato” (*Ibidem*, p. 250).

<sup>68</sup>*Ibidem*.

<sup>69</sup>“Espera-se que tais técnicos realizem visitas, revisem a documentação da obra, com acompanhamento concomitante do que está sendo executado, e se reúnam periodicamente. Enfim, devem manter uma postura ativa desde o início do contrato. Isso permite que o comitê apresente condições mais favoráveis para a compreensão de todas as etapas de execução do objeto e, conseqüentemente, na própria percepção, avaliação e resolução dos conflitos que dele decorram. O comitê, desde o início da execução do contrato, estará familiarizado com as plantas, os orçamentos, o diário de obras, as fotografias, os relatórios, as correspondências entre as partes e tudo mais que se relaciona com a obra, além de acompanhar in loco o próprio avanço físico do empreendimento. Deve apreender todas as dimensões do negócio e estreitar uma saudável e dialógica relação com os contratantes. O monitoramento concomitante da execução da obra por profissionais altamente qualificados e imparciais é, portanto, o diferencial do *dispute board*, permitindo que o comitê atue em tempo real, evitando a ocorrência do litígio. Razoável classificar o *dispute board* como um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação ex ante do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática” (GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Board* e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral et al. (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 162).

<sup>70</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 48, grifo nosso.

Dessa maneira, o *dispute board* advém da vontade das partes, obrigando-as, e trata-se de cláusula que pode ser utilizada em diferentes tipos contratuais<sup>71</sup>, a depender da complexidade do objeto contratual.

Por fim, com Adriano Marques Manso e Sarita de Oliveira Moura da Silva podemos apreciar as seguintes características do *dispute board*:

- a) consensualidade – trata-se de um meio de prevenção e solução de controvérsias estabelecido no próprio contrato que seguirá as regras ali estipuladas e cujo cumprimento e observância decorre do acordo das partes. Não substitui a arbitragem nem a ação judicial, motivo pelo qual não é entendido como um processo de natureza jurisdicional;
- b) especialidade – considerando a forma de funcionamento do comitê, bem como o custo associado, a sua implementação se revela mais adequada e eficaz em contratos: (i) de longa duração; (ii) de execução continuada; (iii) de grande complexidade, entendidos como aqueles com potencial de apresentação de pleitos pela contratada e de alteração de escopo pela contratante; e (iv) de valor elevado, com alto custo associado à sua interrupção;
- c) contemporaneidade - o *dispute board* funciona ou é constituído durante a execução do contrato. Assim, as recomendações ou decisões são por ele proferidas com base em informações obtidas e análise realizada no curso do contrato, e não com base exclusivamente em retrospectos trazidos pelas partes e terceiros, reduzindo a probabilidade de alteração em juízo/arbitragem da conclusão dos experts;
- d) natureza preventiva - as reuniões técnicas periódicas entre as partes e os membros impulsiona o constante diálogo entre as partes e evita que eventuais divergências evoluam para um conflito, resolvendo, em certos casos, o problema ainda em sua origem;
- e) celeridade - os prazos para realização de reuniões, apresentação de pleitos/conflitos e para manifestação dos membros do *dispute board* são enxutos, haja vista que sua finalidade é permitir que o contrato prossiga sendo executado enquanto os temas são debatidos e solucionados. Além disso, a composição eminentemente técnica contribui para a redução do prazo de solução, seja pelo conhecimento que possuem acerca do tema em abstrato, seja, notadamente se se tratar de comitê permanente, pelo conhecimento dos fatos que levaram as partes até aquele ponto, por terem acompanhado a execução do contrato;
- f) informalidade - embora haja um procedimento a ser seguido, estabelecido e acordado entre os envolvidos, o *dispute board* possui um rito mais simples e mais informal que uma arbitragem ou uma ação judicial, uma vez que não se trata de um processo regulado em lei. Dessa forma, nem todos os elementos jurídico-processuais são empregados e a figura do advogado pode ser dispensada. Além disso, as reuniões podem ser realizadas no próprio site, o que confere uma maior proximidade entre os membros. Embora o apoio jurídico seja relevante e ajude a orientar os responsáveis pela gestão do contrato, o que prevalece no funcionamento do *dispute board* são a linguagem e a abordagem técnicas, relacionadas ao objeto contratado e à execução do contrato;
- g) imparcialidade - o caráter imparcial do comitê permite aos membros atingir a melhor decisão possível independentemente de ela estar mais aderente ao pleito originalmente apresentado por esta ou por aquela parte;
- h) preservação do contrato - a submissão do pleito a um comitê técnico, qualificado e imparcial, constituído pelas partes, evita a paralisação da obra, que comumente ocorre quando as partes assumem sozinhas o controle da negociação do pleito. A discussão passa a ocorrer em paralelo e o contrato continua sendo executado por ambas independentemente de haver divergência em relação ao ponto submetido ao *dispute*

---

<sup>71</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 52.

board<sup>72</sup>.

Vê-se, portanto, que a cláusula de dispute board constitui um mecanismo alternativo de solução de controvérsias muito eficiente. Passa-se, então, à análise das formas com que o referido comitê pode ser previsto contratualmente.

### 1.5 Tipos de *Dispute Board*

A opção das partes contratantes pelo acompanhamento de perto por técnicos durante a execução do contrato não garante a inócuência do litígio, mas é uma excelente oportunidade para fazer com que as próprias partes conheçam a origem do conflito e possam resolvê-lo, assegurando a possibilidade de que o *Dispute Board* desincentive ou cesse potenciais divergências “em estágio bastante prematuro de litigiosidade”<sup>73</sup>. Além do mais, o comitê poderá auxiliar tecnicamente a execução do contrato, na medida da especialização dos seus membros e de acordo com a competência contratual atribuída ao *board*.

De acordo com Karin Hlavnicka Skitnevsky, “as partes têm liberdade para escolher o formato do procedimento, assim como as regras da instituição de solução de conflitos que acharem que melhor se adaptam aos seus objetivos e ao objeto do contrato”<sup>74</sup>.

Conquanto o escopo maior seja o acompanhamento *pari passu* da execução do contrato, com a consequente eliminação de conflitos, existem diferentes espécies de *dispute board*, “que apresentam particularidades e níveis de obrigatoriedade diferentes” e cuja escolha compete às partes contratantes em cláusula contratual, de acordo com a “necessidade e conveniência do projeto e do objeto do contrato”<sup>75</sup>.

Nesse sentido, quanto ao grau de vinculação de suas decisões, os comitês podem ser classificados como *dispute review board*, *dispute adjudication board* ou *Combined dispute board*.

O *dispute review board* tem “a finalidade de apresentar uma recomendação ou emitir

<sup>72</sup>MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do Dispute Board por Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 159-161.

<sup>73</sup>CARVALHO, André Castro; ESTEFAM, Felipe; SCHIEFLER, Gustavo Henrique. Indicação de membros para o *dispute boards* sob a perspectiva de Compliance. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 251.

<sup>74</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 23.

<sup>75</sup>*Ibidem*, p. 31.

uma opinião sobre um conflito suscitado pelas partes, quando assim requisitado”<sup>76</sup>. Trata-se, nesse momento, de uma opinião, e não de uma decisão (vinculativa), com natureza informativa.

Todavia, razoável o reconhecimento de que, embora não vinculante, a recomendação há “de ser considerada obrigatória, devendo-se pressupor que contratualmente as partes devem atender imediatamente aos termos da recomendação”<sup>77</sup>. A título exemplificativo, “o regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB, 2017) estabelece que a recomendação adotada pelo comitê, caso não impugnada pelas partes no prazo de 15 dias, torna-se vinculante”, como destacam Gustavo Justino de Oliveira e Thaís Strozzi Coutinho Carvalho<sup>78</sup>.

O *dispute adjudication board*, por sua vez, consiste em uma decisão vinculativa e obrigatória, devendo as partes, “com respeito ao princípio da autonomia da vontade, seguir e conduzir os próximos passos para solução da controvérsia com base na decisão do board”<sup>79</sup>. As partes contratantes, optando por essa modalidade de *Dispute Board*, devem sujeitar-se à decisão.

O *Combined dispute board*, por fim, tem a “capacidade de aconselhar e decidir, conforme os poderes que lhe são outorgados em cada caso específico”<sup>80</sup> e aproxima-se de um modelo híbrido entre *dispute review board* e o *dispute adjudication board*<sup>81</sup>.

Quanto ao momento da constituição e duração, os comitês podem ser classificados como *ad hoc dispute boards*, como comitês permanentes ou, ainda, como comitês condicionados a determinada etapa do contrato.

Os *ad hoc dispute boards* “são nomeados somente para uma disputa específica já

<sup>76</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 32.

<sup>77</sup>*Ibidem*, p. 34.

<sup>78</sup>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: CHAVES, Mauro César Santiago. ÁVILA, Natália Resende Andrade (coords.). *Direito e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais*. Parte II. Publicações da AGU. Brasília, v. 13, n. 04, p. 19-37, dez 2021-fev (2022), p. 25.

<sup>79</sup>*Ibidem*, p. 35.

<sup>80</sup>SKITNEVSKY, *op. cit.*, p. 37.

<sup>81</sup>Nesse sentido, Gilberto Vaz *et al.* esclarecem que: “As manifestações do DB podem ser vinculantes (binding) ou não vinculantes (non-binding), a depender da vontade das partes contratantes e do que disponha o contrato. As manifestações vinculantes, também chamadas de “decisões”, podem obrigar as partes desde a sua emissão, ou depois de transcorrido algum prazo preestabelecido, sem que haja impugnação. As decisões não vinculantes também chamadas de “recomendações”, poderão deixar de ser atendidas pelas partes até que o Judiciário ou um Tribunal Arbitral definam a questão” (VAZ, Gilberto José *et al.* Os *Disputes Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, jan./mar. 2014, p. 328).

surgida e são desfeitos assim que ela é solucionada”<sup>82</sup>. Os *boards* são chamados, dessa maneira, apenas para casos pontuais.

No entanto, Karin Hlavnicka Skitnevsky destaca que deixar de optar por um comitê que acompanhe a execução do contrato é desperdiçar o potencial “profilático” do *board*, na medida que, conforme já mencionado, o *dispute board* é marcado pelo acompanhamento técnico dos seus membros, buscando garantir a manutenção e a continuidade do contrato<sup>83</sup>.

Essa característica, portanto, aproxima-se de um comitê permanente, ou seja, diferentemente do *ad hoc*, o comitê acompanha toda a vida do contrato<sup>84-85</sup>.

Por fim, considerando as peculiaridades do contrato, a instauração também pode ser condicionada a determinadas obras e o seu funcionamento se daria ao longo de todo o período de execução da obra, incluindo os procedimentos de recebimento por parte do ente regulador.

Nesse sentido, caminhou bem a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT ao prever, na Análise de Impacto Regulatório, cujo assunto será abordado adiante, a possibilidade das partes contratantes optarem por um comitê temporário, com duração delimitada a uma determinada etapa da concessão, como o ciclo de investimentos, ou para atender ao tempo necessário para a execução de obras que cumpram determinadas premissas, geralmente de maior complexidade ou criticidade, como a execução de duplicações em uma região serrana ou metropolitana ou de um contorno urbano ou de um túnel.

Dessa maneira, considerando as diferentes classificações, torna-se extremamente importante a definição da espécie do comitê quando da discussão acerca da cláusula de *Dispute Board*, que deverá ser adequada à contratação realizada e aos interesses das partes envolvidas.

---

<sup>82</sup>SKITNEVSKY, *loc. cit.*

<sup>83</sup>Nesse sentido, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla dissertam que: “Enquanto os comitês permanentes acompanham toda a vida do contrato, realizando visitas periódicas e tendo acesso às informações e documentos antes da existência de uma controvérsia, o que permite que estes atuem na assistência informal e profiram recomendações ou decisões mais adequadas e próximas à realidade dos fatos, os comitês ad hoc atuam apenas quando o conflito já existe, o que a meu ver reduz consideravelmente os benefícios desse mecanismo” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, 70).

<sup>84</sup>*Ibidem*.

<sup>85</sup>“Importante frisar que o Dispute Board permanente possui maior custo associado, demandando a ponderação de custo-benefício quanto à adoção de um ou outro tipo. Em regra, contratos de cumprimento diferido no tempo e de trato sucessivo, de médio ou grande porte, que tenham alta complexidade e/ou criticidade, adotam preferencialmente o dispute board permanente, que permite um acompanhamento mais detalhado de sua execução e a atuação mais efetiva face a complexidade envolvida” (MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *Dispute Board* por Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 163).

## 1.6 A cláusula contratual do *Dispute Board*

Como destacado, a cláusula de *dispute board* pode ser utilizada em diferentes tipos contratuais, a depender da vontade das partes contratantes em sujeitar-se e submeter-se a especialistas que conhecerão, tanto quanto as partes, a realidade, os desafios e as nuances contratuais.

A boa-fé objetiva deve fazer-se presente. Não optam por um contrato com *dispute board* as partes que não possuem boa intenção. Por mais que o *board* não dê conta de dirimir todos os conflitos, o fato de existir dedicação suficiente para preveni-los e inibi-los já o torna um instrumento contratual necessário para evitar que as partes apresentem divergências infundadas<sup>86</sup>, garantindo segurança jurídica para todos os envolvidos, direta ou indiretamente, na contratação:

A implicação lógica nos permite admitir como possível a utilização do *dispute board* em ambientes contratuais diversos, por ser um método que viabiliza a durabilidade das relações, independentemente de projetos de infraestrutura, para conclusão de grandes obras ou continuidade das relações societárias<sup>87</sup>.

Uma vez que se opta pela cláusula contratual do *dispute board*, Karin Hlavnicka Skitnevsky assevera que as partes podem determinar que o *board* ou o *expert* utilize o regulamento de uma instituição ou que se valha de regras próprias<sup>88</sup>.

Não obstante a vontade das partes, a partir do momento em que o procedimento de uso do *dispute board* for regulamentado no Brasil, seja através do processo legislativo, seja através da atividade regulatória da agência reguladora, os contratantes deverão observar, a princípio, as regras ali delineadas, podendo instituir e conduzir o *board* de forma diferente desde que devidamente fundamentado, especialmente nos contratos administrativos.

Portanto, além da vontade, aquiescência e criatividade das partes para a utilização do *Dispute Board*, torna-se relevante que os órgãos competentes regulamentem este mecanismo de prevenção e disputa de conflitos, de maneira uníssona, garantindo aos contratantes segurança jurídica e previsibilidade.

Assim como ocorre, geralmente, com a cláusula de eleição de foro, as cláusulas de

---

<sup>86</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 53.

<sup>87</sup>*Ibidem*, p. 56.

<sup>88</sup>*Ibidem*, p. 42.

solução de controvérsias costumam ser redigidas ao final do contrato, sendo uma das últimas tratativas dos contratantes, o que faz com ela não ganhe a devida atenção e cuidado. As partes, não raras as vezes, estão desgastadas por “duras batalhas nas tratativas sobre direitos, responsabilidades e obrigações”<sup>89</sup>.

Com relação à redação da cláusula contratual que disciplina o *dispute board*, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla esclarecem que:

Assim como qualquer outra cláusula contratual deve ser clara e precisa, a fim de que possa ser eficaz e útil para as partes contratantes. Nesse sentido, muito embora seja recomendável que as cláusulas de *dispute boards* não sejam omissas em relação a questões essenciais à efetividade do mecanismo, isso não significa que estas tenham que ser demasiadamente extensas ou detalhadas, já que tal extensão ou detalhamento exacerbado podem gerar ambiguidades ou redundâncias em relação às regras ou regulamento aplicáveis, como como falta de clareza sobre referidas questões fundamentais.

Verifica-se, portanto, que as cláusulas contratuais de *dispute boards* devem ser concisas, mas ao mesmo tempo devem contemplar o essencial para que as partes contratantes possam se utilizar do mecanismo sem necessitar de uma decisão judicial ou arbitral para tanto. A indagação que se faz então é: o que na prática seria essencial para uma cláusula de *dispute board*?<sup>90</sup>

Dessa forma, é imperioso destacar a recomendação de que a cláusula que determine o *dispute board* não deixe dúvidas acerca do procedimento a ser adotado, “a fim de permitir que o comitê funcione de forma efetiva”. De nada adiantaria a boa intenção do *dispute board* desacompanhada da previsibilidade e segurança jurídica-procedimental, de modo que a dificuldade de utilizar o comitê pode vir a torná-lo desacreditado.

Com razão, as partes que se sujeitam a realizar um contrato têm convicção de que as obrigações serão assumidas por ambos os contratantes. No entanto, o resultado satisfatório de um contrato está ligado diretamente a mecanismos de governança e gestão que coíbam descumprimento e influenciem o cumprimento contratual de maneira eficiente, íntegra, isonômica e confiável.

A cláusula de *Dispute Board*, portanto, resguarda o objeto do contrato e não apenas o interesse do contratante, tendo Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla concluído que, “havendo uma inconsistência em tais cláusulas se coloca em risco o próprio objeto do contrato”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 59.

<sup>90</sup>Ibidem, p. 61.

<sup>91</sup>Ibidem, p. 60.

A falta de cuidado, então, pode fazer com que a cláusula de *Dispute Board* apresente incompletudes, inviabilizando a sua utilização e até mesmo criando um conflito, ou seja, “um mecanismo que deveria servir para evitar ou solucionar controvérsias pode no último caso criar uma disputa”<sup>92</sup>.

Desse modo, mostra-se relevante a conclusão, realizada por Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla, de que “é extremamente recomendável que as partes confirmem a tais cláusulas a relevância que elas possuem, buscando prever as informações essenciais e evitar ambiguidades”<sup>93</sup>.

O excesso de agitação em razão do conflito interpretativo e de aplicação das cláusulas de *Dispute Board* pode ser evitado através da referência procedimental exata que as partes desejam, assim como de um procedimento adequado e justo. A primeira garante que os contratantes deixem claro, por exemplo, a modalidade e a espécie do *board*, assim como o regulamento institucional de que se servirá. O segundo corresponde, por exemplo, à garantia ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia, à previsibilidade e às decisões/recomendações fundamentadas.

Importante ressaltar que dificilmente a cláusula vai prever todos os detalhes do *Dispute Board*, até porque a prática vai fazer com que haja um aperfeiçoamento do funcionamento do comitê, não obstante, os contratantes precisam identificar o máximo possível o procedimento desejável.

Por isso, é fundamental que o contrato esteja em sintonia com regulamentações específicas<sup>94</sup> e regulamentos oferecidos por instituições<sup>95</sup>, de maneira que se complementem. Recomenda-se que as partes contratantes conheçam as regras existentes sobre o *Dispute Board*, a fim de as associarem com a especificidade do objeto contratual.

Nesse sentido, concluem Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla:

Não há dúvidas, portanto, da relevância de as partes contratantes dedicarem tempo e atenção às cláusulas de *dispute board* durante a negociação dos contratos, já que a

---

<sup>92</sup>*Ibidem*.

<sup>93</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 61.

<sup>94</sup>Especialmente, no âmbito deste estudo, a regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

<sup>95</sup>“A vantagem da escolha de um regulamento institucional é a certeza de que essas regras já foram testadas com resultados positivos. Além disso, pode-se utilizar os modelos de cláusulas de DB fornecidos pelas próprias instituições” (LIMA, Flávio Pereira; GONÇALVES, Eduardo Damião; MANGE, Flavia Foz. *Dispute Board* e outras questões práticas sobre regulação de disputas em projetos de infraestrutura. In: PEDROSO, Angélica; OBERTOPP, Kátia. *Construindo um novo Brasil*: principais desafios do regime jurídico da infraestrutura. São Paulo: Imprensa Régia, 2011, p. 141.)

definição de regras e outros detalhes relevantes do comitê serão essenciais para que este funcione de forma adequada e eficiente. Outrossim, as particularidades de cada projeto e contrato devem ser levadas em consideração na definição das cláusulas mais adequadas para regular os *dispute boards*, havendo diferentes modelos de cláusulas desenvolvidas por câmaras e organismos internacionais para orientar as partes neste tocante<sup>96</sup>.

Flávio Pereira Lima, Eduardo Damião Gonçalves e Flávia Foz Mange, além de reforçarem a importância do detalhamento do procedimento do *Dispute Board*, ressaltam o que as partes não podem deixar de convencionar:

Nesse sentido, há vários aspectos de um DB para os quais as partes devem atentar, sempre de acordo com as especificidades de cada projeto. As principais questões que devem ser discutidas cuidadosamente ao redigir uma disposição de DB são: o número de membros do DB e como estes serão indicados; o grau de independência que estes devem ter em relação às partes; regra para manutenção da confidencialidade de questões técnicas do projeto e das controvérsias; a forma como os membros manter-se-ão informados sobre o progresso das obras; os níveis mínimos de conhecimentos especializados exigidos dos membros dos painéis; o procedimento a ser seguido, especialmente no tocante à produção de provas e aos poderes de investigação destes membros; a natureza vinculante ou não das decisões proferidas e pagamento dos custos<sup>97</sup>.

Assim, percebe-se que, a princípio, a cláusula de *Dispute Board* é “fruto da vontade das partes e da liberdade de contratar”<sup>98</sup>, sendo que a necessidade de submeter ao *board* uma divergência ou eventual conflito instalado foi, igualmente, “fruto da convergência das vontades das partes contratantes”<sup>99</sup>.

Vale dizer, então, que o consensualismo é elemento de existência da cláusula de *dispute board*, assim como também o é para a arbitragem, como explicam José Antonio Fichtner, Augusto Tolentino, Leonardo Polastri e Rodrigo Salton:

A autonomia privada é a pedra de toque do sistema arbitral. A manifestação de vontade das partes é o fundamento último e imprescindível para o surgimento da jurisdição arbitral, razão pela qual, sem vontade manifestada, não há arbitragem. Esse entendimento foi esposado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Resp

<sup>96</sup>FIGUEIREDO; SALLA, *op.cit.*, p. 94.

<sup>97</sup>LIMA, Flávio Pereira; GONÇALVES, Eduardo Damião; MANGE, Flávia Foz. *Dispute Board e outras questões práticas sobre regulação de disputas em projetos de infraestrutura*. In: PEDROSO, Angélica; OBERTOPP, Kátia. *Construindo um novo Brasil: principais desafios do regime jurídico da infraestrutura*. São Paulo: Imprensa Régia, 2011, p. 142.

<sup>98</sup>OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. *Formas e características dos Disputes Boards. Considerações úteis na sua escolha*. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 181.

<sup>99</sup>VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Os Dispute Boards e os contratos administrativos. São os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?* *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.10, n. 38, julho/setembro. 2013, p. 131-147.

1.656.643, ao afirmar que “a consensualidade deve ser a marca fundamental de qualquer compromisso arbitral, sem a qual não pode ser reconhecida sua validade no ordenamento jurídico pátrio e sua simples imposição a terceiros ofende diretamente a ordem jurídica nacional”.

O consensualismo, porém, não é apenas o fundamento ético da arbitragem – a razão pela qual o ordenamento jurídico confere a faculdade de arbitrar direitos patrimoniais e disponíveis (art. 1º da Lei de Arbitragem). É também elemento de existência da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. Eis a razão para o consensualismo como fundamento da arbitragem.

Assim, ao redigirem a convenção de arbitragem, as partes devem, indubitavelmente, demonstrar a sua intenção de submeter o litígio à via arbitral. É esse, justamente, o elemento caracterizador da convenção de arbitragem. Nesse sentido, é imperioso, que haja inequívoca manifestação nesse sentido, pois este é o fundamento para a constituição da jurisdição arbitral<sup>100</sup>.

Por essa razão, deve ser inequívoca a incorporação da cláusula de *Dispute Board* no contrato, sob pena de não produzir qualquer efeito jurídico. Portanto, para evitar dúvidas acerca da existência ou não do comitê no contrato, as partes deveriam concentrar esforços na formação daquela cláusula. Não basta mencionar a expressão *Dispute Board* aleatoriamente, o contrato deve contemplar a intenção das partes de submeter a solução de determinada controvérsia ao *board*, evidenciando as suas regras de funcionamento.

Alie-se isso aos contratos administrativos, que não mediram esforços para adotar o *Dispute Board*, em razão da sua ligação íntima com grandes investimentos e, em razão disso, contratos de longo prazo<sup>101</sup>.

Conquanto o *Dispute Board* seja um mecanismo privado de prevenção e solução de conflitos, diversas legislações reconheceram a possibilidade de previsão contratual de mecanismo dessa natureza nos contratos administrativos, como, por exemplo, a Lei nº 8.987/1995, a Lei nº 11.079/2004 e a Lei nº 14.133/2021.

O fato de o particular contratar com a administração pública não lhe retira a liberdade contratual - há, nesse caso, a opção de contratar ou não. Aliás, eventual inclusão de cláusula de *Dispute Board* ao contrato administrativo não desnatura este mecanismo. Uma vez contratada pela Administração Pública e havendo previsão do *Dispute Board* no edital de licitação e no contrato administrativo, presume-se que a parte o aceitou como procedimento normal e

<sup>100</sup>FICHTNER, José Antonio *et al.* *Convenção de Arbitragem* - Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 250.

<sup>101</sup>“O próprio histórico dos primeiros desenvolvimentos do instituto confirma, assim, a íntima relação que este tem com as obras que envolvem de alguma maneira a Administração Pública. Os grandes investimentos que estão naturalmente associados às intervenções e empreendimentos relacionados às funções administrativas – como a garantia de uma infraestrutura adequada – tornam os contratos administrativos um espaço privilegiado para o surgimento e desenvolvimento do modelo, conduzindo a uma série de questões jurídicas” (VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Os Dispute Boards e os contratos administrativos. São os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.10, n. 38, p. 131-147, julho/setembro. 2013, p. 134).

legítimo.

Assim, Gilberto José Vaz e Pedro Augusto Gravatá Nicoli são assertivos quando dizem que:

Um Estado eficiente e voltado constitucionalmente para a resolução justa e célere das controvérsias em que se envolve contratualmente pode encontrar nos *Dispute Boards* um caminho não só juridicamente permitido, Mas também uma forma privilegiada de dar concreção a um mandamento essencial de sua operação<sup>102</sup>.

Aliás, a limitação quanto ao conteúdo do contrato no direito administrativo não torna nulo o compromisso pelo comitê. Além de expressamente autorizado por lei, sua utilização é recomendável, pois reduz os riscos contratuais, proporciona uma melhor gestão contratual, busca a eficiência do serviço público e preza pelo interesse público<sup>103</sup>.

Também é importante que a cláusula de *Dispute Board* determine as relações jurídicas que serão objeto de avaliação do comitê. Nesse sentido, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, através da minuta de resolução que pretende regulamentar os *Dispute Boards* no âmbito das concessões federais de rodovias e ferrovias, previu que apenas divergências técnicas e que envolvam direitos patrimoniais das seguintes matérias poderiam ser submetidas ao *board*: execução de serviços e obras, inclusive soluções de engenharia mais adequadas às finalidades do contrato; adequação de obras e serviços aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo contrato; avaliação de ativos e de indenizações; análise do cumprimento de condicionantes socioambientais e; ocorrência de eventos que inviabilizem o cumprimento das obrigações nos termos assumidos no contrato, incluindo o cálculo dos impactos financeiros decorrentes desses eventos.

Ao passo que ao *board* não seria permitida a deliberação sobre: divergências que envolvam questões de cunho estritamente jurídico, a exemplo da matriz de riscos e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, admitida a submissão de conflitos relativos aos aspectos factuais subjacentes a essas questões; divergências relacionadas à validade e

---

<sup>102</sup>*Ibidem*, p. 146.

<sup>103</sup>Valem nesse momento, de forma analógica, as lições de Lucio Picanço Facci justificando o uso da arbitragem nos contratos administrativos: “Atualmente, o entendimento majoritário é no sentido de que a utilização da arbitragem pelo Poder Público, além de expressamente prevista em lei, é recomendável, pois, valoriza o interesse público, considerando a celeridade do procedimento e, ainda, conforme ressaltado por Carlos Alberto de Salles, que ‘a adoção de mecanismos eficientes de solução das controvérsias é tendente a reduzir o custo total dos contratos, pois reduz os riscos contratuais associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo” (FACCI, Lucio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 148).

legitimidade dos atos praticados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no exercício de sua atividade fiscalizatória e de gestão contratual e; divergências relacionadas à legalidade de normas regulatórias produzidas pela Agência.

Direcionar as demandas que serão objeto do *Dispute Board* pode facilitar, inclusive, a atuação dos membros do comitê, especialmente durante trabalhos permanentes ou temporários. Revestir o *Dispute Board* de caráter irrestrito, por outro lado, pode dificultar o seu funcionamento e, por consequência, gerar ou aumentar a indisposição das partes contratantes.

Além disso, através dessa cláusula, as partes obrigam-se a submeter as questões controvertidas primeiramente ao *board*, o que não as impede de rediscuti-las no âmbito judicial ou arbitral, a depender da opção contratual. Trata-se, portanto, de uma cláusula escalonada<sup>104</sup>.

A parte contratante que se valer do judiciário ou da arbitragem antes de provocar o *board* deveria ser considerada carecedora de eventual ação, por lhe faltar interesse de agir, uma vez que restou convencionada a vontade de submeter a solução de controvérsias e conflitos ao *Dispute Board*.

### 1.7 Surgimento do *Dispute Board* no Brasil e no exterior

O *Dispute Board*, a princípio, não requer autorização legislativa, podendo as partes contratantes valer-se de experiências estrangeiras, assim como da criatividade técnica e da particularidade de cada contrato. Todavia, nos contratos administrativos, faz-se necessária a regulamentação via atividade eminentemente regulatória, como será analisado com mais detalhes a seguir, através da análise de recentes decisões do Tribunal de Contas da União em processos de desestatização de competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

O que se exige das partes contratantes, de direito público ou privado, é o dever de concentrar esforços na confecção da cláusula de *Dispute Board*, de modo a viabilizar e legitimar o funcionamento do comitê.

No Brasil, não existia nenhuma legislação que tratava do *dispute board*. Sua adoção estava sujeita, portanto, à vontade das partes, à liberdade de contratar e às regras dos mecanismos internacionais, tais como o da Câmara de Comércio Internacional – CCI, do *The*

---

<sup>104</sup>Nesse sentido, também discorre Pedro Ribeiro de Oliveira: “Esta cláusula é, necessariamente, uma cláusula escalonada. Isto porque, ao adotar os *Dispute Board*, a solução de qualquer disputa será submetida a, no mínimo, duas fases. Uma delas será obrigatoriamente a submissão ao *board* escolhido, de cuja observância depende sua submissão a uma próxima fase. Em todos os casos, a arbitragem ou a justiça estatal são sempre a fase derradeira” (OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. *Formas e características dos Disputes Boards. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 181).

*Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), da Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC) e American Arbitration Association (AAA)*<sup>105</sup>.

Nesse sentido, assinala Pedro Ribeiro de Oliveira que:

Ao contrário da arbitragem, todavia, os *Dispute Boards* não têm legislação específica no Brasil. Sua adoção está, portanto, sujeita exclusivamente às normas gerais afeitas ao direito das obrigações.

Na cláusula que convencionou o seu uso, as partes poderão estabelecer diretamente os parâmetros de seu funcionamento ou, se preferirem, poderão adotar regulamentos oferecidos por instituições que administram *Dispute Boards*, tais como a CCI.

Estes regulamentos cuidam de regras importantes, tratando, por exemplo, da forma como devem ser submetidas as disputas aos painelistas do board e de como se dará o procedimento pelo qual as partes serão ouvidas e os painelistas buscarão as informações que julgarem necessárias antes de emitir suas recomendações ou decisões<sup>106</sup>.

No entanto, apesar da ausência de normatização, alguns diplomas legais já possibilitavam a utilização de mecanismos alternativos no âmbito das contratações administrativas. A Lei nº 8.987/1995, por exemplo, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, alterada pela Lei nº 11.196/2005, no art. 23-A, preconiza que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem<sup>107</sup>. No mesmo sentido, a Lei nº 11.079/2004, que institui regras para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, também prevê o emprego destes mecanismos, de acordo com o art. 11, III<sup>108</sup>.

O Governo Federal, em 2019, realizou acenos para a inclusão dos painéis de disputas nos contratos que objetivavam a desestatização. Assim, por meio da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, emitiu-se a Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI, em resposta à consulta pública sobre minuta de resolução do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos, aprovando uma cláusula modelo de solução de controvérsias e aprovando,

<sup>105</sup>Cita-se os contratos das obras temporárias das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, que utilizaram as regras do *Dispute Resolution Board Foundation – DRBF*.

<sup>106</sup>OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos *Disputes Boards*. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 181.

<sup>107</sup>BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995.

<sup>108</sup>BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2004.

então, a possibilidade da administração pública valer-se do *Dispute Board* <sup>109</sup>.

Soma-se a isso a minuta de cláusula padrão de *Dispute Board* e Arbitragem realizada pelo Governo Federal, através do Ministério da Infraestrutura<sup>110</sup>, em 2022, cujo texto foi apreciado pela Advocacia-Geral da União (AGU) e disponibilizado para críticas e contribuições mediante Processo de Participação e Controle Social (PPCS)<sup>111</sup>.

Atualmente, existem dois Projetos de Lei com o escopo de regulamentar o *Dispute Board* no Congresso Nacional: o PL 9883/2018, de autoria do Deputado Federal Pedro Paulo, e o PL 2421/2021, de autoria do então Senador da República, Antonio Anastasia.

O Município de São Paulo, por sua vez, em 2018, editou uma norma que dispõe sobre a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos celebrados pela Prefeitura de São Paulo (Lei Municipal nº 16.873/2018), posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 60.067/2021. Discorrendo sobre a legislação paulista, Adriano Marques Manso e Sarita de Oliveira Moura da Silva destacam que “a mencionada lei manteve os contornos internacionalmente dados ao mecanismo, reconhecendo sua natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, bem como destacando o caráter contratualmente vinculante das decisões emitidas pelo comitê adjudicador”<sup>112</sup>.

A nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, de nº 14.133/2021, previu a possibilidade da utilização do *Dispute Board* nos contratos administrativos, ao dispor que nas contratações regidas pela nova Lei de Licitações, 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.

Não obstante a isso, quase duas décadas antes da nova Lei de Licitações, o Estado de São Paulo ganhou destaque mais uma vez, na medida em que empregava o uso do *Dispute Board* no contrato da “Linha Amarela” do Metrô do Estado de São Paulo – implantação da “Linha 4”, em 2003, sob a influência de países estrangeiros e do Banco Internacional para

<sup>109</sup>MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *Dispute Board* por Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 165.

<sup>110</sup>Atual Ministério dos Transportes.

<sup>111</sup>BRASIL. Participa Brasil. *Processo nº 00688.001235/2022-51*. Minuta de cláusula padrão de mecanismos adequados de resolução de controvérsias, da Câmara Nacional de Infraestrutura e Regulação (CNIR). Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-clausula-padrao-mecanismos-adequados-resolucao-controversias>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>112</sup>MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *Dispute Board* por Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 164.

Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, pois a concessão de financiamento ficou condicionada ao emprego do *Dispute Board* no contrato. Foi a primeira vez que um contrato administrativo no Brasil previu o comitê como alternativa para prevenir e resolver disputas<sup>113</sup>.

Nesse ínterim, reforçam Jorge Pinheiro Jobim, Roberto Ricardino e Rui Arruda Camargo que:

O sucesso na utilização dos Dispute Resolution Boards – DRB nos EUA desde 1970 tinha levado o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD a expedir a exigência, em 1995, para que os bancos internacionais incluíssem tal processo de solução de disputas em todos os contratos de valor superior a US\$ 50 milhões.

Assim, como o executivo estadual havia solicitado a concessão de financiamento para a obra da Linha 4 – Amarela junto ao BIRD, a minuta do contrato imposta por esse órgão continha não só a obrigatoriedade de utilização da arbitragem como solução definitiva de todos os litígios, como introduzia, pela primeira vez em contratos administrativos no Brasil, a constituição de um sistema intermediário de conciliação nos moldes das DRB norte-americanas<sup>114</sup>.

Portanto, ainda nessa seara, reforça-se que o Banco Mundial já recomendava, desde 1991, o uso do *Dispute Board* e, desde 1995, a instituição passou a definir, de forma mais precisa e obrigatória, o emprego do *Dispute Board* nos contratos financiados pela entidade. O *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* – FIDIC<sup>115</sup>, da mesma maneira, em 1995, “trouxe, pela primeira vez, a determinação de que as disputas deveriam ser submetidas a um Dispute Adjudication Board ou a um Dispute Adjudication Expert”<sup>116</sup>.

A partir disso, diversas outras instituições arbitrais vêm ganhando notoriedade e, “ao incorporarem os DBs no rol dos mecanismos de solução de disputas, oferecem dispositivos de fácil inserção nos contratos, usualmente, escalonando-os com cláusula arbitral”<sup>117</sup>. Cita-se, a título de exemplo, a Câmara de Comércio e Indústria de Paris (CCI), a CAM-CCBC (São Paulo), a CIESP (São Paulo), o Instituto de Engenharia (São Paulo), a CBMA (Rio de Janeiro), a FGV (Rio de Janeiro) e a CAMARB (Belo Horizonte).

<sup>113</sup>JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. *A experiência brasileira em CRD: o caso do metrô de São Paulo*. TRINDADE, Bernardo Ramos. Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre a aplicação de *Dispute Boards* no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 170.

<sup>114</sup>*Ibidem*, p. 170-171.

<sup>115</sup>“Federação Internacional de Engenheiros Consultores – instituição criada no ano de 1913 e que desde 1950 publica modelos de contrato para uso em projetos internacionais de construção” (FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 38).

<sup>116</sup>*Ibidem*, p. 38.

<sup>117</sup>*Ibidem*, p. 40.

Noutro giro, no âmbito do Poder Judiciário, as duas últimas Jornadas do Conselho da Justiça Federal – “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizadas em 2016 e 2021, emitiram quatro enunciados, reforçando e incentivando o uso dos *Dispute Boards*, a saber:

- a) Enunciado 49: Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro (I Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios);
- b) 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 emita nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada (I Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios);
- c) Enunciado: 80 A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos (I Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios); e
- d) 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 nº 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões (II Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios).<sup>118-119</sup>

O *Dispute Board* deixava de ser, portanto, nas palavras de Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla, uma “criatura do contrato”<sup>120</sup>.

<sup>118</sup>FEDERAL, Justiça. Conselho da Justiça Federal. *Centro de Estudos Judiciários: I Jornada - Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, 2021. Disponível: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.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 jul. 2023.

<sup>119</sup>FEDERAL, Justiça. Conselho da Justiça Federal. *Centro de Estudos Judiciários: I Jornada - Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, 2016. Disponível: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.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 jul. 2023.

<sup>120</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 46.

## 2 APLICAÇÃO DO *DISPUTE BOARD* NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA

### 2.1 Contratos administrativos

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato”<sup>121</sup>. Está de um lado, portanto, a Administração (contratante) e de outro uma pessoa física ou jurídica (contratado), cujo objeto de contratação deverá trazer benefícios à sociedade. “Haverá de ser contratada atividade que se revista de interesse público, mesmo porque não se pode admitir objetivo diverso na atividade estatal, e este deve ser o motivo inspirador da conduta administrativa”<sup>122</sup>.

O contrato administrativo indica, de acordo com Marçal Justen Filho, “uma relação jurídica que materializa o desempenho de função administrativa, constituída a partir de um acordo de vontades e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer”<sup>123</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, esclarece que a “expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público”<sup>124</sup>. A finalidade do contrato, portanto, há de ser sempre pública<sup>125</sup>.

O contratado deve comprovar que possui melhores condições de contratar com a Administração<sup>126</sup>, mas esta não possui total liberdade de escolha, pois, geralmente, o resultado decorre de um processo criterioso e objetivo de licitação<sup>127</sup> que represente a proposta mais vantajosa técnica e economicamente para a Administração Pública”<sup>128</sup>.

<sup>121</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 173.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 181-182.

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 479.

<sup>124</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas S.A, 2014, p. 263.

<sup>125</sup> “Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob a tutela do Poder Público” (*Ibidem*, p. 274).

<sup>126</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 180.

<sup>127</sup> Marçal Justen Filho define a licitação como “um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica” (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 495).

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 479.

O contrato é previamente submetido aos interessados e as cláusulas são fixadas unilateralmente pela Administração<sup>129</sup>. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que:

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta pela Administração. Essa ideia se confirma com a norma do artigo 40, §2º, da Lei nº 8.666, segundo a qual, dentre os anexos do edital de licitação, deve constar necessariamente, “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”; com isso, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.

Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público<sup>130</sup>.

Logo, admite-se que o ato que convoca a licitação faz com que os interessados conheçam e se submetam à atividade estatal conferida à iniciativa privada. Segundo Marçal Justen Filho, “o ato convocatório da licitação é um ato administrativo unilateral, que disciplina o procedimento licitatório, inclusive com a fixação das condições de participação e dos critérios de julgamento. Possui forma escrita e define o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato”<sup>131</sup>.

Considerado elemento fundamental do procedimento licitatório<sup>132</sup>, o edital deve definir as regras da futura contratação, determinando, como se extrai das lições de Marçal Justen Filho:

a) os direitos e obrigações de cada parte e as condições para seu adimplemento; b) as ditas “prerrogativas extraordinárias” da administração pública; c) condições de reajuste de preço; d) os modos de recomposição da equação econômico-financeira da contratação; e) as hipóteses de rescisão contratual; f) as sanções por inadimplemento<sup>133</sup>.

Por meio do contrato administrativo, então, o Poder Público pode delegar a terceiros a execução de “serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indiretamente, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore

<sup>129</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 279.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 279-280.

<sup>131</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 511.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 513.

pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”<sup>134</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita, ainda, que “a concessão de serviço público foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público”, uma vez que:

[...] saindo do liberalismo, o Estado foi assumindo novos encargos no campo social e econômico. A partir daí, sentiu a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado<sup>135</sup>.

Potencializou-se a relação e a interação entre o Público e o Privado, de maneira que o Estado passou a confiar à iniciativa privada a execução de serviços que a princípio eram privativos do Estado, a fim de evitar que a Administração Pública realizasse investimentos com recursos que não possuía. Arnoldo Wald reforça, nesse sentido, que:

[...] a concessão surgiu como meio de solucionar o problema, utilizando-se recursos privados, sem endividamento estatal, nem emissão de papel-moeda, ficando por conta dos usuários a remuneração e o reembolso do capital do investidor. Resolviam-se, assim, os problemas decorrentes dos gargalos de estrangulamento da nossa economia<sup>136</sup>.

No caso das concessões de serviço público, embora o Estado não execute o serviço, ele atrai a responsabilidade de controle e acompanhamento de gestão contratual. Conserva-se, portanto, a sua titularidade, mas transfere-se a execução<sup>137</sup>. A Administração Pública, parte contratante que é, delega a outrem a execução de um serviço, que o faz em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas permanece vigilante para assegurar o devido cumprimento contratual.

Para Arnoldo Wald:

O Estado renuncia, assim, ao uso das suas prerrogativas de soberano, deixando de ser o poder que impõe a sua vontade, para transformar-se num interlocutor que negocia contratos, dando um crédito de confiança ao seu parceiro, e aceita discutir cláusulas e condições, renegociando-as sempre que for útil ou necessário. Na realidade, numa fase de rápido desenvolvimento tecnológico, o Poder Público não mais se pode considerar como onisciente, sabendo tudo e certamente mais do que o seu parceiro. É

<sup>134</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 302.

<sup>135</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 304.

<sup>136</sup> WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, vol. 866, p. 11-23, dez. 2007, p. 15.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 270.

preciso que a administração reconheça a competência técnica e financeira dos seus parceiros, restringindo-se a estabelecer regras gerais e a fiscalizar o cumprimento do contrato<sup>138</sup>.

Prevalece nos contratos administrativos a confiança recíproca, porque, além de se considerar nas contratações públicas que o contratado é sempre aquele que comprovou melhores condições de contratar com a Administração<sup>139</sup>, a iniciativa privada também espera o compartilhamento (equitativo) de obrigações, responsabilidades e riscos através “de um instrumento flexível, evolutivo e adaptável às novas circunstâncias”<sup>140</sup>, incidindo sobremaneira e positivamente no desenvolvimento econômico do país. Arnaldo Wald reforça, assim, a importância da parceria entre o Estado e a iniciativa privada, de modo a buscarem sempre soluções equilibradas do ponto de vista das partes contratantes e da própria coletividade e usuários:

Tratou-se, pois, de encontrar a fórmula adequada para evitar tanto o déficit público quanto o déficit de infra-estrutura, realizando as importantes obras das quais necessitamos e eliminamos os gargalos de estrangulamento da economia nacional, sem obrigar o Estado a fazer investimentos com recursos que atualmente não possui. A solução foi a criação de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada. Utilizam-se, assim, no interesse público, os recursos dos investidores, a sua capacidade administrativa, a técnica empresarial de gestão e o know-how das empresas privadas.

Nessa matéria, um primeiro passo importante foi feito com a legislação das concessões em 1995. Mas, decorridos dez anos, sentiu-se a necessidade de reformular e complementar normas que passaram a constituir um verdadeiro direito novo – o de parceria. Trata-se de um direito flexível, de natureza regulatória e, em grande parte, contratual, no qual predominam, além do espírito público, o respeito à boa-fé e o dever de negociação para garantir, de modo contínuo, o equilíbrio econômico-financeiro das operações.

A revolução cultural à qual aludimos está impondo uma nova relação jurídica entre o Estado e a empresa privada. Trata-se do espírito de parceria que caracteriza a *joint venture*, a cooperação das partes, que dividem equitativamente obrigações, responsabilidades e riscos em virtude de um instrumento flexível, evolutivo e adaptável às novas circunstâncias<sup>141</sup>.

Dessa forma, a utilização do *dispute board* nos contratos administrativos deve ser vista como um mecanismo para garantir o aprimoramento dessa gestão contratual<sup>142</sup>, não se perdendo

<sup>138</sup>WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun.2005, p. 17.

<sup>139</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 180.

<sup>140</sup>WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun. 2005, p. 18.

<sup>141</sup>*Ibidem*, p. 17.

<sup>142</sup>GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Board* e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral *et al.* (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 171.

de vista que o que caracteriza o contrato administrativo é a utilidade pública que resulta da contratação<sup>143</sup>, mas também que a cooperação e a boa-fé objetiva devem imperar durante toda a relação contratual.

Embora a regulamentação e a intenção do *dispute board* estejam (timidamente) avançando no Brasil, conforme visto anteriormente, a Lei nº 8.987/1995 já previa que os contratos de concessão poderiam estabelecer o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem (art. 23-A). Também há previsão semelhante na Lei nº 11.079/2004, que disciplina as regras para as contratações de parceria público-privada.

Com mais progresso, a Lei nº 14.133/2021, que revogou a Lei nº 8.666/1933, e que disciplina as licitações e as contratações públicas, dispõe, claramente, a possibilidade de se utilizar o *dispute board* nas contratações públicas em geral, conforme determina o art. 151.

Contudo, seguramente, os comitês serão objeto de maior utilização nas contratações públicas nos contratos de infraestrutura, reconhecidos por Flávio Amaral Garcia como complexos e incompletos, pois marcados por longos períodos e de desafiadora execução e gestão, importando mecanismos eficientes de gestão que previnam o surgimento de litígios e inexecuções contratuais, e ensejando efeitos indesejáveis para os contratantes e para a sociedade:

Enfim, contratos incompletos, como são as concessões, podem ser um campo fértil para ferramentas contratuais como o *dispute board*, que agrega eficiência, previsibilidade, gestão, transparência na execução dos contratos administrativos.

Na regulação por contrato, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, seria irrealístico considerar viável uma completude absoluta nas previsões e estipulações contratuais.

Os *regulatory contracts* qualificam-se como incompletos, categorização essa que decorre de relevante contribuição da *Economic Analysis of Law* para a teoria geral do contrato. São incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução.

As concessões também se enquadram como contratos relacionais, teoria essa que, entre outras perspectivas e abordagens, propugna um avanço em relação ao paradigma contratual clássico, com o propósito de dar uma resposta eficiente às questões afetas aos contratos incompletos a partir do reconhecimento da flexibilidade com a mola mestra para a construção de uma dinâmica contratual mutável e permanente cambiável que decorre de relações duradouras, complexas e multilaterais.

Os contratos regulatórios – como o são as concessões e as parcerias público-privadas – enquadram-se como incompletos e com evidentes elementos racionais, porque construídos a partir de uma relação duradoura que se beneficiará no caso das partes adotarem a cooperação, a confiança e a boa-fé como elementos centrais da construção coordenada das soluções pós-contratuais.

Contratos complexos e incompletos, como são aqueles voltados para o setor de

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 270.

infraestrutura e nos quais jaz subjacente o dever de concretização de interesses públicos primários, devem ser objeto de uma gestão contratual eficiente e de uma governação atenta às suas naturais incompletudes. Sob essa ótica, uma das preocupações centrais da regulação por contrato deve ser com a sua gestão. O delineamento de um processo racional e funcional do seu efetivo monitoramento é absolutamente indispensável para a consecução do interesse público<sup>144</sup>.

Portanto, aos poucos, eliminar-se-á o desconhecimento e a conseqüente desconfiança com relação ao *dispute board* a partir da sua efetiva e correta utilização nos contratos administrativos de infraestrutura, proporcionando previsibilidade, estabilidade e segurança, tanto regulatória quanto jurídica, às relações que envolvam interesses públicos e privados.

## 2.2 Breve considerações sobre as agências reguladoras

A partir do momento em que a Administração “delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”<sup>145</sup>, nota-se que o Estado “deixou de ser o operador de todos os serviços públicos, passando a exercer a regulação e fiscalização de muitos deles, por intermédio das agências reguladoras”<sup>146</sup>.

Por esse caminho, Odete Medauar destaca que:

com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado, da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas agências reguladoras<sup>147</sup>.

Claudio Mastrangelo admite, então, que “o Estado brasileiro passava a estreitar seus limites”:

O retraimento estatal implicava a óbvia redução de tamanho da Administração Pública, pela quebra de monopólios, pela delegação de serviços públicos, pela parceria com entidades privadas (no Brasil, tem-se a introdução das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público) e pelo incentivo à terceirização.

<sup>144</sup>GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Board* e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral *et al.* (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 171.

<sup>145</sup>Conceito de concessão realizado por Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 284).

<sup>146</sup>WALD, Arnoldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, vol. 866, p. 11-23, dez. 2007.

<sup>147</sup>MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

No âmbito dos serviços públicos, notadamente após as privatizações que se sucederam, resulta a evidente mudança de papel do Estado. A essa altura, já não lhe incumbia a função de prestador, por repassada a particulares. Com efeito, mercê de reserva constitucional e legal, restava-lhe, então, o encargo de regulação dos serviços assim delegados<sup>148</sup>.

As agências reguladoras<sup>149</sup>, portanto, surgem nesse contexto de reestruturação e fortalecimento do Estado, na medida em que “a execução do serviço passou a caber a empresas privadas, a normatização e a fiscalização por parte do Estado adquiriram maior importância e intensidade”<sup>150</sup>.

Nesse cenário de necessidade de eficiência estatal e de entrega de serviço público funcional, organizado, de qualidade e conjuntural<sup>151</sup>, conquanto não fosse executado diretamente pelo Estado<sup>152</sup>, o Brasil, inspirado nos Estados Unidos, criou diversas agências reguladoras setoriais, permitindo um desenvolvimento e uma melhoria considerável em determinados serviços públicos concedidos, como os de telefonia, de energia elétrica e de transporte rodoviário.

Recaía ao Estado, dessa forma, “o encargo de se emparelhar, com vistas a garantir a qualidade dos serviços públicos”<sup>153</sup>. Claudio Mastrangelo destaca que:

Já em meados do século passado, Bilac Pinto apontava “a tríplice finalidade da

<sup>148</sup>MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

<sup>149</sup>“A adoção de um modelo regulatório de Estado conduz à fragmentação das competências normativas e decisórias estatais. Surgem entidades administrativas encarregadas da gestão setorial. Alguns afirmam que se produz o surgimento de um Estado ‘policêntrico’, cuja configuração pode ser mais bem representada como uma ‘rede governativa’. Nesse cenário, uma instituição fundamental consiste na agência reguladora. Nicole Cecoopman entende que a criação de agências reguladoras representa uma modalidade de desregulação, no sentido de implementação de modos de intervenção mais suaves. Ou, como assevera Paolo Lazzara, ‘de empresário privilegiado, o Estado se transforma em garantidor imparcial das regras do mercado’” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 697).

<sup>150</sup>WALD, *op. cit.*

<sup>151</sup>“O Estado Regulador, portanto, é um modelo estatal assentado na atuação concertada de intervenção estatal frente aos reflexos verificados pari passu no setor regulado. Por isso, dizer-se que o Estado regulador envolve atuação administrativa conjuntural, pois depende de acompanhamento pari passu do desenvolvimento de um setor de atividades essenciais, que está em constante mutação, dependente que é da conjuntura. Assim, tanto o mercado, quanto a intervenção estatal, são colocados, para o Estado regulador, como variáveis, cujo comportamento interfere nos rumos tomados por uma Administração Pública gerencial em prol da consecução dos direitos fundamentais” (ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 74).

<sup>152</sup>“O Estado assumiria, pois, tarefa diversa. Abandonaria o campo de batalha, para assumir função regulatória” (FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Marjorie Wanderley. Lei Federal nº 13.848/2019: A Lei Geral das Agências Reguladoras (Art. 1º ao 3º da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo [et al] (coord.). *Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 28).

<sup>153</sup>MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

regulamentação: a) assegurar serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; e c) garantir a estabilidade financeira.

Nessa esteira, não se pode descurar o certo comando constitucional, ora vigente, que entre outras diretrizes, determinou ao Poder Público “a obrigação de manter serviço adequado” (art. 175, parágrafo único, IV).

Aliás, a lei fundamental das delegações de serviços públicos foi adiante. Cuidou de fixar a própria noção de serviço adequado (art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95), aduzindo a obrigação do poder concedente de “zelar pela boa qualidade do serviço” (art. 29, VII), eis se tratar de direito do usuário (art. 7º, I) e, em contrapartida, encargo da concessionária (art. 31, I)<sup>154</sup>.

Além de preservar interesses públicos e fundamentais ou, como defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “mais precisamente, o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos ou não exclusivos do Estado”, a regulação, numa perspectiva econômica, visa corrigir as deficiências do mercado, equilibrando-o “por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização”<sup>155</sup>.

Logo, ressalta-se a função do Estado de planejamento e regulação e que, de acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa da atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.)<sup>156</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca, então, algumas tendências ante essa redução do papel do Estado e a compreensão da sua função de regulador:

Para esse fim, busca-se reduzir o papel do Estado, pelo instrumento da privatização, que, considerada em sentido amplo, compreende a quebra de monopólio, a desregulação, a concessão e a permissão de serviço público, a terceirização, ficando o Estado com sua função de planejamento e regulação.

Dentro desse objetivo, algumas tendências podem ser apontadas:

- a) criar condições para a participação do cidadão no processo político, na gestão e controle das atividades administrativas, no processo de criação do direito, dentro do objetivo maior de partilhar com o cidadão a defesa do interesse público;
- b) privatizar por todos os instrumentos que permitam diminuir o papel do Estado na ordem econômica e social;
- c) desregular a economia, pela eliminação dos monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, pela mudança na forma de regulação;
- d) reservar para o Estado as tarefas de incentivar, subsidiar, fiscalizar, planejar,

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e Legalidade. Limites da Função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 28.

<sup>156</sup> NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 34.

- regular, garantindo o seu papel de Estado Regulador;
- e) submeter o Estado a normas de direito internacional e comunitário;
- f) desburocratizar a Administração, pela criação da Administração Pública Gerencial, com maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes dos órgãos públicos, submissão a controle de resultados, tudo com o objetivo de lograr a eficiência;
- g) ampliar as técnicas de fomento à iniciativa privada de interesse público, na ordem econômica e social<sup>157</sup>.

De modo a demonstrar na linha do tempo a criação e instituição das agências reguladoras, destaca-se a breve e pertinente contextualização de Odete Medauar:

Mediante a Lei 9.427, de 26.12.1996, art. 1.º, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. A ANEEL é autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal.

A Lei 9.472, de 16.07.1997, art. 8.º, instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Por sua vez, a Lei 9.478, de 06.08.1997, art. 7.º, com alterações posteriores, inclusive Lei 11.097/2005, instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. A ANP tem sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais no Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.

Em 26.01.1999 foi editada a Lei 9.782, criando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Essa Agência tem sede e foro no Distrito Federal.

Mediante a Lei 9.961, de 28.01.2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores. A ANS tem sede e foro na cidade do Rio de Janeiro.

A Lei 9.984, de 17.07.2000, instituiu a Agência Nacional de Águas - ANA, autarquia especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A ANA tem sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT foi criada pela Lei 10.233, de 05.06.2001, como autarquia especial, vinculada ao Ministério dos Transportes, destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e cargas e da exploração da infra-estrutura ferroviária e rodoviária; do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal; e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A mesma Lei 10.233, de 05.06.2001, criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ, autarquia especial, vinculada ao Ministério dos Transportes,

<sup>157</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e Legalidade. Limites da Função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 44-45.

com o fim de regular a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso. Também visa regular os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas e a exploração da infra-estrutura aquaviária.

Por medida provisória – n. 2.228-1, de 06.09.2001 - instituiu-se a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Cultura. Visa ao fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Tem sede e foro no Distrito Federal. Referida medida provisória recebeu alterações posteriores.

A Lei 11.182, de 27.09.2005, criou a Agência Nacional de Aviação Civil ANAC, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com as atribuições, dentre outras, de regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; e de implementar, no âmbito de sua competência, a política de aviação civil. A ANAC tem sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais<sup>158</sup>.

Com a desafiadora missão de gerir interesses diversos entre Administração Pública, concessionárias, usuários e a sociedade, as agências reguladoras abandonam aquela imagem distante e burocrática e, cada vez mais, valem-se de ferramentas que garantam a legitimidade democrática da construção e, via de consequência, das decisões regulatórias, preservando sobremaneira os direitos constitucionais do cidadão e influenciando o comportamento dos agentes econômicos, caminhando a atividade regulatória como pressuposto do Estado Democrático de Direito. Por isso, afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira que “a regulação deve ser justificada sob o aspecto da eficiência, o que exige planejamento, execução e controle voltados à consecução dos direitos fundamentais”<sup>159</sup>.

Nessa toada, os métodos regulatórios estão cada vez mais técnicos, inteligentes e inovadores, os espaços de discussão cada vez mais abertos e participativos e as decisões, por conseguinte, motivadas, previsíveis e fundamentadas. Arnoldo Wald destaca, da mesma forma, que “as agências são órgãos técnicos, cada uma delas devendo ser estruturada para atender adequadamente a sua função, com as peculiaridades decorrentes da área regulada, nos seus vários aspectos tecnológicos, econômicos e sociais”<sup>160</sup>.

De um lado, o Estado “deixou de ser operador de todos os serviços públicos”, mas, por outro, passou a exercer a regulação e fiscalização de muitos daqueles serviços através das agências reguladoras.

Necessárias, nesse sentido, as lições extraídas na doutrina de Othon de Azevedo Lopes

<sup>158</sup>MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

<sup>159</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

<sup>160</sup>BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.240, p.147-167, abr./jun. 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43622. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43622>. Acesso em: 21 jul. 2023.

sobre as principais características das agências reguladoras:

As principais características, válidas também para o caso brasileiro, com vistas a ampliar legitimidade das agências, são: a) decisão órgão colegiados deliberativos formados por integrantes com mandato fixo e não coincidentes; b) independência do órgão regulador, inclusive com autonomia financeira e com delegação de funções da Administração direta, configurando-se como autarquias especiais; c) ampliação do poder regulador, com o acúmulo de funções administrativas e de índole jurisdicional; d) criação de deveres especiais de prestação de contas e responsabilização que se apresentam na publicidade das decisões da agência, na prestação de contas aos poderes Executivo e Legislativo e na participação de usuários, consumidores e investidores na elaboração de normas do setor; e) possibilidade de revisão de suas decisões pelo Judiciário; f) pluralidade de sua composição e dos seus órgãos deliberativos; g) indicação de seus ocupantes por um ato político complexo pelo Executivo e com a aprovação do Parlamento; h) requisitos de formação técnica para investidura em órgãos deliberativos; i) garantia contra demissibilidade *ad nutum* dos ocupantes de cargos nos órgãos deliberativos<sup>161</sup>.

Portanto, imperioso concluir que a atividade regulatória é uma forma de suprir deficiências do mercado e, conseqüentemente, garantir que direitos fundamentais sejam assegurados e os serviços públicos concretizados, além de, segundo Marçal Justen Filho, “garantir direitos de minorias e a promover outros valores políticos, sociais e culturais”<sup>162</sup>.

### 2.3 Agência Nacional de Transportes Terrestres

Nesse contexto é que surge, conforme destacado acima, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, entidade integrante da administração federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes, com sede e foro no Distrito Federal.

De acordo com o art. 20 da Lei nº 10.233/2001, são objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

- I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;
- II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:
  - a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

<sup>161</sup>LOPES, Othon Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro, 2018, p. 208.

<sup>162</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 696.

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica<sup>163</sup>.

O art. 22, por sua vez, disciplina que compõem a esfera de atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres:

- I – o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;
- II – a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;
- III – o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- IV – o transporte rodoviário de cargas;
- V – a exploração da infra-estrutura rodoviária federal;
- VI – o transporte multimodal;
- VII – o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.<sup>164</sup>

A Agência Nacional de Transportes Terrestres é, portanto, “a entidade reguladora da atividade de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre”, sendo composta por uma Diretoria – órgão máximo – “constituída por um Diretor-Geral e quatro Diretores, nomeados na forma do art. 53 da Lei n° 10.233, de 2001 e do art. 5° da Lei n° 9.986, de 18 de julho de 2000” (arts. 2° e 8°, respectivamente, do Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres).<sup>165</sup>

No exercício de suas competências, a ANTT deverá “expedir os atos administrativos necessários ao fiel cumprimento da Lei, dos regulamentos, das normas, dos atos de outorga, editais, contratos e de suas próprias decisões, com caráter de cumprimento obrigatório a seus regulados, nos termos da Lei n° 10.233, de 2001”, pautando-se por “planejamento, transparência, simplificação administrativa, busca da efetiva participação social no processo regulatório e uso de instrumentos de apoio à decisão” (arts. 4° e 5°, respectivamente, do Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres).<sup>166</sup>

<sup>163</sup>BRASIL. Lei n° 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

<sup>164</sup>*Ibidem*.

<sup>165</sup>BRASIL. Resolução n. 5.976, de 7 de abril de 2022. *Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.

<sup>166</sup>BRASIL. Resolução n. 5.976, de 7 de abril de 2022. *Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.

Além das unidades vinculadas à Diretoria<sup>167</sup>, compõem a estrutura da Agência Nacional de Transportes Terrestres a Procuradoria Federal, a Corregedoria, a Ouvidoria e as Superintendências<sup>168</sup>.

Compete à Superintendência de Concessão da Infraestrutura “atuar na estruturação de concessões e prorrogações antecipadas relativas à exploração da infraestrutura rodoviária e ferroviária, propondo à Diretoria Colegiada as minutas de editais e contratos”<sup>169</sup>. À Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, por sua vez, cabe “elaborar e submeter à Diretoria Colegiada as propostas de aprimoramento e alterações dos contratos de concessão rodoviária e de reajuste e revisão”<sup>170</sup>.

À Agência Nacional de Transportes Terrestres, assim como às demais agência reguladoras, compete “estabelecer normas próprias para o funcionamento dos serviços que estão sob a sua jurisdição”, cabendo-lhe, pois, no entender de Arnaldo Wald, “um papel ativo no desempenho das suas funções normativas, preventivas e corretivas, devendo intervir nos processos judiciais, sempre que necessário, e prevenindo os problemas do setor, em vez de esperar que surjam para, em seguida, tentar resolvê-lo”<sup>171</sup>.

Portanto, percebe-se que, em razão da sua característica de órgão técnico e estruturado para atender adequadamente a sua função de acordo com a área regulada<sup>172</sup>, compete às áreas finalísticas e, por conseguinte, à Diretoria Colegiada da ANTT, a regulação e a elaboração de normas técnicas que busquem a modernização dos contratos através de cláusulas que garantam estabilidade, previsibilidade e segurança regulatória e jurídica, além de propostas contratuais que atraíam investidores e preservem a fiel e tempestiva execução do contrato.

Flávio Amaral Garcia, assim, reforça que os contratos de infraestrutura requerem

---

<sup>167</sup>Assessoria Especial de Informações Estratégicas e Inteligência, Assessoria Especial de Comunicação, Assessoria Especial de Relações Parlamentares e Institucionais Gabinete do Diretor-Geral, Assessoria Administrativa e de Apoio, Assessoria de Agenda e Secretariado, Assessoria de Relações Internacionais, Secretaria-Geral (*Ibidem*, art. 7º, II).

<sup>168</sup>Superintendência de Governança, Gestão Estratégica e de Pessoal – SUESP, Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário de Passageiros – SUPAS, Superintendência de Concessão da Infraestrutura – SUCON, Superintendência de Transporte Ferroviário – SUFER, Superintendência de Infraestrutura Rodoviária – SUROD, Superintendência de Fiscalização de Serviços de Transporte Rodoviário de Cargas e Passageiros – SUFIS, Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário e Multimodal de Cargas – SUROC, Superintendência de Tecnologia da Informação – SUTEC, Superintendência de Gestão Administrativa – SUDEG (*Ibidem*, art. 7º, VI).

<sup>169</sup>*Ibidem*, art. 30, I.

<sup>170</sup>*Ibidem*, art. 32, XII.

<sup>171</sup>WALD, Arnaldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. v.96. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 866, p.11-23, dez. 2007, p. 12.

<sup>172</sup>*Ibidem*.

“elevada sofisticação na sua concepção, modelagem e gestão”<sup>173</sup>. O desenvolvimento econômico e social do Brasil depende (também) do sucesso e do cumprimento dos contratos do setor da infraestrutura terrestre.

Foi a partir disso, e imbuída na boa governança e gestão contratual, que a Agência Nacional de Transportes Terrestres inseriu na Agenda Regulatória de 2023/2024<sup>174</sup> a regulamentação do instituto do Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas (CPRD), como um dos projetos previstos no portfólio do Eixo Temático 1, conforme consta do inciso V do artigo 2º da Deliberação n. 358, de 25 de novembro de 2022.

#### **2.4 *Dispute Board* no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres**

Ainda que a Agenda Regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres (2023/2024) tenha atribuído como objetivo a regulamentação do *Dispute Board* no âmbito dos contratos de concessão de rodovias e ferrovias, a utilização deste instrumento procedimental de prevenção e resolução de litígios já havia sido proposta em alguns contratos e termos aditivos.

No Acórdão n. 4037/2020 do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler<sup>175</sup>, por exemplo, cujo objeto foi a análise dos estudos da outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-163/MT/PA e BR-230/PA, a ANTT, na fase de ajuste contratual que antecede o encaminhamento dos estudos de viabilidade e documentos editalícios

---

<sup>173</sup>GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Board* e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral *et al.* (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 161.

<sup>174</sup>A Agenda Regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres é um instrumento de planejamento das prioridades e cumpre um ciclo bienal, que envolve elaboração, implementação, monitoramento e encerramento. O ciclo 2023/2024 foi realizado em quatro etapas: no primeiro momento, foi elaborada uma proposta de portfólio de projetos indicados pelas unidades organizacionais; em seguida, foi realizada uma Tomada de Subsídios aberta a toda sociedade, simultaneamente a uma Consulta Interna aos servidores e colaboradores da ANTT para avaliação da proposta de portfólio inicial; posteriormente, todas as contribuições recebidas da sociedade, dos entes regulados, dos servidores e colaboradores da ANTT e interessados em geral foram encaminhadas às unidades organizacionais responsáveis pela execução dos projetos para análise quanto à pertinência em compor a nova Agenda Regulatória; por fim, o portfólio de projetos foi submetido à apreciação da Diretoria Colegiada. Além disso, a Agenda Regulatória é, anualmente, foco de revisão ordinária ou, eventualmente, de revisões extraordinárias, com o intuito de atualização e adaptação da priorização de temas ao contexto do país. A Agenda Regulatória da ANTT do biênio 2023/2024 foi elaborada com ampla participação e controle social, adotou uma metodologia de priorização de projetos e contou com o envolvimento direto de todas as superintendências finalísticas da Agência, além da Superintendência de Governança, Gestão Estratégica e de Pessoal, Ouvidoria e Diretoria Colegiada.

<sup>175</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Desestatização. *Acórdão 4037/2020*. Relator: Benjamin Zymler. Julgamento: 08/12/2020. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

para aquele Tribunal, destacou a presença do *Dispute Board* na minuta contratual<sup>176-177</sup>.

Entretanto, no referido acórdão, o Tribunal de Contas da União ressaltou que o *dispute board* só poderia ser utilizado após regulamentação, uma vez que carece de detalhamento, o que pode, segundo o relator, “induzir inexecução contratual ou questionamentos judiciais ou arbitrais por parte da concessionária, o que pode macular toda a execução contratual”<sup>178</sup>.

Citou, dessa forma, o contrato da BR-116/324/BA, cujo escopo estava previsto na revisão quinquenal, mesmo que inexistente regulamentação, o que impediu a Agência Nacional de Transportes Terrestres de deliberar sobre os pedidos efetuados pela concessionária, resultando na intervenção do Tribunal de Contas da União, o que fragilizou o poder Agência de cobrar os investimentos contratados, bem como a vem impedindo de decretar a caducidade da Concessionária.

Por se tratar de mecanismo novo, portanto, o Tribunal de Contas da União recomendou que a ANTT regulamentasse o *Dispute Board* antes de discipliná-lo no contrato, de modo a “contemplar maiores detalhamentos de seu rito e de suas condições de uma forma geral”<sup>179</sup>, como, por exemplo, a ausência de definição da experiência exigida dos membros do comitê

Reforçou, ademais, que a instauração do comitê somente poderia ocorrer para a emissão de posicionamento acerca de questão específica de natureza eminentemente técnica diante de situações concretas excepcionais e complexas, em caráter recomendatório, com o intuito de prover subsídios para a tomada de decisão da Agência<sup>180</sup>.

Soma-se a isso o receio apresentado pelo Ministro relator sobre a instalação do comitê posteriormente ao conflito (*Dispute Board ad hoc*), pois as complexidades específicas da concessão, com suas interrelacionadas obrigações principais e acessórias, poderiam impedir o *board* de apresentar a agilidade esperada.

<sup>176</sup>“38.4.1 Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e/ou econômico-financeira manifestadas durante a execução do Contrato, poderá ser constituído, nos termos do art. 23-A da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, por iniciativa da ANTT ou da Concessionária, Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*). [...] 38.4.6 Os procedimentos para instauração e funcionamento do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) deverão ser estabelecidos em comum acordo entre as Partes, observando este Contrato e, se houver, regulamentação da ANTT”.

<sup>177</sup>Cita-se também, nessa oportunidade, a concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO, como bem destacado na pesquisa de Gustavo Justino de Oliveira e Thaís Strozzi Coutinho Carvalho (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: CHAVES, Mauro César Santiago. ÁVILA, Natália Resende Andrade (coords.). *Direito e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais*. Parte II. Publicações da AGU. Brasília, v. 13, n. 04, dez 2021-fev (2022), p. 19-37.)

<sup>178</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Desestatização. *Acórdão 4037/2020*. Relator: Benjamin Zymler. Julgamento: 08/12/2020. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>179</sup>*Ibidem*.

<sup>180</sup>*Ibidem*.

Por fim, propôs que fosse determinada a exclusão do mecanismo do *dispute board* daquele contrato, dada a possibilidade de a edição de regulamentação em momento posterior mostrar-se ineficiente ou, ainda, de provocar danos ao contrato e ao interesse público.

Em outra ocasião, mas, no mesmo sentido e fazendo menção ao acórdão supramencionado, o Ministro Antônio Anastasia, do Tribunal de Contas da União, relator do processo de desestatização da rodovia federal BR-381/MG, no trecho compreendido entre Belo Horizonte/MG e Governador Valadares/MG (Acórdão 1142/2023<sup>181</sup>), recomendou que a ANTT priorizasse a regulamentação do *dispute board* no âmbito das concessões rodoviárias, “de forma a prevenir controvérsias acerca de questões de natureza eminentemente técnica, com possibilidade de causarem impacto significativo nos contratos”<sup>182</sup>, não obstante tenha ressaltado que o mecanismo estava evoluindo em algumas esferas, como por exemplo nas contratações públicas regidas pela nova Lei de Licitações (14.133/2021) e na iniciativa do próprio Tribunal de Contas da União em se desenvolver no assunto, com a criação da Secretaria de Controle Externo que busca soluções consensuais para temas submetidos ao Tribunal.

Cita-se, a título de exemplificação, a cláusula de *Dispute Board* na minuta contratual da concessão da BR-381:

[...]  
 42 Resolução de Controvérsias  
 42.1 Disposições gerais  
 42.1.1 Sempre que houver divergência na aplicação das normas contratuais que envolvam direito patrimonial disponível, a ANTT e a Concessionária podem buscar qualquer dos seguintes mecanismos de resolução de controvérsias:  
 (i) Autocomposição de conflitos;  
 (ii) Arbitragem;  
 (iii) Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*)  
 42.4 Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*)  
 42.4.1 Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica durante a execução do Contrato, poderá ser constituído, nos termos do art. 23-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, por iniciativa da ANTT ou da Concessionária, Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*).  
 (i) Para os fins da subcláusula 42.4.1, compreende-se como divergências de natureza técnica aquelas inerentes a normas técnicas, protocolos, orientações, códigos de boas práticas, métodos, guias, especificações técnicas e outros documentos normativos sobre aspectos construtivos e operacionais da infraestrutura, excluídas questões de cunho jurídico, econômico ou administrativo.  
 42.4.2 A adoção do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) previsto nesta cláusula possui caráter facultativo para as Partes e será instaurada *ad hoc*.  
 (i) Os procedimentos do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) deverão ser conduzidos por câmaras especializadas, conforme indicadas na subcláusula 42.3.4.  
 42.4.3 A instauração do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) somente

<sup>181</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Desestatização. *Acórdão 1142/2023*. Relator: Antonio Anastasia. Julgamento: 07/06/2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>182</sup>*Ibidem*.

poderá ocorrer para a emissão de posicionamento acerca de questão específica de natureza eminentemente técnica, diante de situações concretas excepcionais e complexas, em caráter recomendatório, com o intuito de prover subsídios para a tomada de decisão da ANTT e devendo, portanto, ser proferida previamente a decisão administrativa sobre a matéria.

42.4.4 Salvo acordo em contrário entre as Partes, o Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) será composto por 3 (três) membros a serem designados da seguinte forma:

- (i) um membro indicado pela ANTT;
- (ii) um membro indicado pela Concessionária; e
- (iii) um membro, que coordenará o Comitê, indicado de comum acordo entre os outros dois membros designados pelas Partes.

42.4.5 Os membros indicados para o Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) indicados pelas Partes deverão, ainda, observar os seguintes requisitos mínimos:

- (i) estar no gozo de plena capacidade civil;
- (ii) não ter, com as Partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição, nos termos do art. 18 e seguintes da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e normas subsidiárias; e
- (iii) ter notório e comprovado conhecimento técnico na matéria objeto da controvérsia a ser submetida pelas Partes.

42.4.6 Os procedimentos para instauração e funcionamento do Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) deverão ser estabelecidos em comum acordo entre as Partes, observado este Contrato e a regulamentação da ANTT.

42.4.7 As custas e as despesas relativas ao Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) serão sempre antecipadas pela Concessionária e compensados por meio do Fator C, em valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do dispendido, na Revisão Ordinária subsequente ao encerramento dos trabalhos do Comitê e à comprovação do desembolso.

42.4.8 A adoção do Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) fica condicionada à sua regulamentação pela ANTT, sendo que a sua inexistência não ensejará quaisquer direitos subjetivos à Concessionária.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres, dessa maneira, também com o escopo de cumprir os objetivos da Agenda Regulatória 2023/2024, iniciou o processo de regulamentação do *Dispute Board* através da Análise de Impacto Regulatório – AIR<sup>183</sup>, realizada pela Superintendência de Concessão da Infraestrutura – SUCON:

Trata-se de Relatório de Análise de Impacto Regulatório – AIR elaborado para o fim de subsidiar o tratamento a ser conferido ao instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (nomenclatura em língua portuguesa correspondente ao Dispute Board) no âmbito da ANTT, para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovias e ferrovias celebrados entre a ANTT e os seus entes regulados e, com isso, promover a alteração da Resolução n. 5.845/2019, que já dispõe sobre os procedimentos e as regras referentes ao processo de Solução de Controvérsias, a qual passará a regulamentar entre o rol regulado, outrossim, os Comitês de Prevenção e Solução de

<sup>183</sup>De acordo com o art. 2º, I, do Decreto nº 10.411/2020, a análise de impacto regulatório - AIR é o “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão” (BRASIL, Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020. *Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020).

Disputas.

A regulamentação do instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas foi inserida dentro da Agenda Regulatória de 2023/2024, durante sua elaboração bienal, sendo destacada como um dos projetos previstos no portfólio do Eixo Temático 1, conforme consta do inciso V do artigo 2º da Deliberação n. 358, de 25 de novembro de 2022.

Objetiva-se, por meio desta AIR, em especial: conferir suporte ao processo decisório por meio de comparação de alternativas de solução, possibilitar a melhor coordenação em relação à política pública que está relacionada ao tema, oportunizar os melhores subsídios para a participação dos interessados na construção da proposta no âmbito do Processo de Participação e Controle Social – PPCS que se pretende realizar, provisionar transparência e accountability e respaldar tecnicamente a elaboração da proposta para que melhor se compreenda o seu desenvolvimento fundamentado e imparcial.

Os resultados e principais conclusões do processo de AIR desenvolvido para o tema em questão encontram-se consolidados no presente Relatório de AIR, subdividido em onze seções, a saber:

1. Introdução
  2. Sumário Executivo
  3. Identificação do Problema Regulatório
  4. Identificação dos Atores ou Grupos Afetados pelo Problema Regulatório
  5. Identificação da Base Legal
  6. Definição dos Objetivos que se Pretende Alcançar
  7. Descrição das Possíveis Alternativas de Ação
  8. Possíveis Impactos e Comparação das Alternativas de Ação Consideradas
  9. Mapeamento da experiência nacional e internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado
  10. Estratégia de Implementação, Monitoramento e Fiscalização
  11. Considerações sobre Manifestações Recebidas em Processos de Participação Social.
- [...]¹⁸⁴

O relatório de análise de impacto regulatório considerou, assim como o Tribunal de Contas da União, a ausência de regulamentação do *dispute board* como uma falha regulatória que precisava ser sanada, de maneira a garantir a implementação e a eficácia da sua utilização. Além disso, destacou-se a necessidade de sua implementação no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, vez que “a judicialização de tema regulatório nem sempre implicará a decisão judicial mais técnica, dada a especificidade das questões objeto de divergência entre as partes”:

Desta forma, o principal problema regulatório identificado é a inaplicabilidade do uso do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas como mecanismo alternativo de solução de controvérsias, seja em razão de determinação do TCU, ou em razão de as regras estarem incompletas, dificultando a implementação e trazendo pouca eficácia para a atuação dos comitês. Deste quadro, inferem-se consequências diretas, como gestão ineficaz dos contratos e atraso regulatório, e indiretas, como manutenção das

¹⁸⁴ ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias.* Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

judicializações como meio primordial para solução de controvérsias.

Importante ressaltar que os contratos de concessão de infraestrutura são contratos de longo prazo com extenso rol de obrigações e entregas impostas ao privado e cujo regramento nem sempre pode ser exaustivo, prevendo todas as situações e em todos os contextos econômicos ao longo da vigência, sendo incompletos por natureza. Em suma, a gestão do contrato perpassa por situações não abarcadas textualmente pelo contrato, ocasionando frequentes discordâncias entre Poder Concedente e concessionária, as quais, via de regra, são levadas para decisão do judiciário. Embora haja previsão legal para instalação de meios alternativos de prevenção e solução de controvérsias, dentre os quais os comitês de resolução de disputas, a ausência de regulamentação específica impossibilita ou torna ineficaz a adoção da medida.

A excessiva judicialização de temas controversos ocorre no âmbito de grande parte das concessões vigentes, seja no tocante a aplicação de penalidades, nos processos de revisão tarifária, bem como no recebimento de obras, temas que, não obstante serem exaustivamente discutidos em âmbito administrativo, acabam sendo levados ao foro judicial.

Portanto, caso não seja sanada essa falha regulatória e não seja regulamentado o instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas no âmbito da ANTT, no caso das concessões rodoviárias, temos que o mecanismo não poderá ser usado, por determinação do TCU, o que gerará ainda mais judicialização e atraso regulatório. Quanto às concessões ferroviárias, nas quais já haja previsão de Comitê, o mecanismo pode ter sua eficácia prejudicada por ausência de normatização. Ainda, é possível que o TCU estenda às futuras concessões ferroviárias a mesma restrição hoje imposta às rodoviárias<sup>185</sup>.

Dessa forma, identificou-se que a ausência regulatória já acarretou, em contratos anteriores de concessão de ferrovias que mencionaram o *dispute board*:

[...] problemas adjacentes, tais como: morosidade na indicação e validação dos membros do comitê; indefinição quanto ao momento de nomeação do comitê, questionamentos quanto ao grau de vinculação das decisões; fatos esses que evidenciam a mencionada falha regulatória.<sup>186</sup>

Identificado, portanto, o problema regulatório, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, através da Superintendência de Concessão da Infraestrutura, enfrentou pontos sensíveis e práticos sobre os comitês a partir da definição dos objetivos que se pretendia alcançar com o relatório de análise de impacto regulatório. Foram identificados como objetivos específicos: definição da indicação de membros do comitê, definição do grau de vinculação, definição do momento de criação do comitê e efetivação das previsões contratuais.

Como objetivo principal, destacou-se a regulamentação do Comitê de Prevenção e

<sup>185</sup> ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias.* Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

Resolução de Disputas. E, por fim, como resultados pretendidos, foram perquiridos a melhor eficiência regulatória, a melhor alternativa técnica, a maior solução de controvérsias, a menor ocorrência de controvérsias, a melhor gestão contratual, a menor judicialização, o menor dispêndio financeiro, a maior celeridade processual, o melhor atendimento usuários, a melhor prestação do serviço público delegado.

No decorrer do relatório, ainda, mapeou-se experiências contratuais nacionais e estrangeiras, verificando-se que, no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, houve a opção e utilização do *dispute board*:

[...] na prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Vitória à Minas exclusivamente para divergências oriundas da execução da obra de implantação da infraestrutura e superestrutura ferroviária de trecho da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, compreendido entre os municípios de Água Boa/MT e Mara Rosa/GO<sup>187</sup>.

Nas concessões rodoviárias, restou consignado também que já foi estipulado o uso do *dispute board*. Foram destacados os primeiros contratos de concessão rodoviária compostos pelas BR-153/TO/GO, BR-080/GO e BR-414/GO (Ecovias Araguaia) e pelas BR-163/MT/PA e BR-230/PA (Via Brasil), cujos modelos de comitê foram adotados como paradigmas para os outros contratos firmados posteriormente. Assim, foi previsto que:

[...] os procedimentos do comitê serão conduzidos por câmaras especializadas dentre as três listadas no contrato ficando a cargo do requerente a escolha de uma delas. O objeto do comitê é a solução de eventuais divergências em questões específicas de natureza eminentemente técnica durante a execução do contrato. Prevê-se a instauração do comitê do tipo ad hoc e a sua manifestação terá caráter recomendatório e não vinculativo. As custas e despesas serão antecipadas pela concessionária e serão compensadas na Revisão Ordinária subsequente por meio do Fator C, em valor correspondente a 50% do dispêndio.<sup>188</sup>

A área técnica da Agência Nacional de Transportes Terrestres, responsável pelo relatório de análise de impacto regulatório sobre a implementação e regulamentação do *Dispute Board* no âmbito das concessões federais de rodovia e ferrovia, demonstrou uma consistente pesquisa comparada do emprego do *Dispute Board* no âmbito nacional e internacional.

<sup>187</sup> ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias.* Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>188</sup> *Ibidem*.

Por fim, identificou que o momento de constituição, duração, custo dos comitês e o grau de vinculação das suas decisões são pontos que deveriam ser enfrentados para sanar o problema regulatório apresentado, cujos temas serão analisados a seguir.

#### **2.4.1 Quanto ao momento de constituição e duração dos comitês**

Restou claro que a função precípua do *board* é “acompanhar o desenvolvimento do trabalho, com o objetivo de concluir o contrato dentro dos prazos previstos e visando a evitar que controvérsias venham a surgir no decorrer dele”<sup>189</sup>. Nesse primeiro momento, desse modo, a função do *dispute board* é acompanhar *pari passu* a execução do projeto e, sempre que necessário, “aproximar as partes, incentivar o diálogo e dissolver desentendimentos, antes mesmo de estabelecer a controvérsia”<sup>190</sup>.

Por isso, Arnaldo Wald admite que a vantagem do *dispute board* é a de ser formado ao mesmo tempo que o contrato e em caráter permanente:

Dentre as principais vantagens dos *dispute boards*, que não se verificam na arbitragem e no contencioso judicial, está o fato de os primeiros serem, em geral, formados antes ou no momento do início da execução do contrato e terem caráter permanente, o que permite que os membros do painel tomem conhecimento dos eventuais conflitos em tempo real e os apreciem antes mesmo do surgimento do conflito. Pela mesma razão, os membros do painel são, em regra, mais experientes e tem mais familiaridade com o negócio a eles submetido.

Outra importante consequência decorrente do caráter permanente dos *dispute boards* é que as partes tendem a ser mais cautelosas ao submeterem suas reclamações ao painel, evitando posições frágeis ou radicais, que poderiam afetar sua credibilidade perante o painel. Dessa forma, a tendência é que somente os conflitos efetivamente relevantes sejam levados aos *boards*, encontrando-se soluções negociadas para os demais<sup>191</sup>.

O que se percebe é a possibilidade de se optar por um comitê que acompanha a execução do contrato de maneira permanente, de modo que as demandas surgidas e, por consequência, submetidas aos *boards*, sejam solucionadas pontual e individualmente, evitando o acúmulo de eventuais desentendimentos e controvérsias, permitindo que os membros do comitê atuem mais

<sup>189</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 22.

<sup>190</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 23.

<sup>191</sup>WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 146.

próximos à realidade dos fatos<sup>192</sup>. Garante-se, além disso, de acordo com Arnaldo Wald, “o clima de afinidade entre as partes, contribuindo para que a relação entre elas se prolongue, o que é positivo tanto para as próprias partes quanto para a sociedade”<sup>193</sup>.

Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla, nesse sentido, reforçam que:

[...] enquanto os comitês permanentes acompanham toda a vida do contrato, realizando reuniões e visitas periódicas e tendo acesso às informações e documentos antes da existência de uma controvérsia, o que permite que estes atuem na assistência informal e profiram recomendações ou decisões mais adequadas e próximas à realidade dos fatos, os comitês ad hoc atuam apenas quando o conflito já existe, o que a meu ver reduz consideravelmente os benefícios desse mecanismo<sup>194</sup>.

Logo, nota-se que os comitês permanentes se mantêm ativos durante toda a vigência do contrato, independentemente da existência de conflito, estabelecendo uma relação direta com as partes e, conseqüentemente, com o projeto objeto da execução contratual<sup>195</sup>. Entretanto, nada impede que o *board* seja escolhido e chamado a atuar somente no momento de uma controvérsia específica, “quando formado somente na ocorrência de uma controvérsia, encerrando-se logo após a emissão da decisão e o exaurimento dos procedimentos a ela aplicáveis”<sup>196</sup>.

Diante dessas possibilidades, Pedro Ribeiro de Oliveira deixa consignadas as vantagens e as desvantagens do comitê permanente:

Em qualquer das formas acima apontadas as partes podem optar por estabelecer os *Dispute Boards* desde o início do projeto, quando ainda não ocorrerem disputas (*standing Dispute Board*) ou acordar nomeá-lo apenas quando da primeira disputa (*ad hoc Dispute Board*). Dorgan resume as vantagens de um *standing Dispute Board* da seguinte forma:

“Há certas vantagens óbvias na adoção de um *standing Dispute Board*: as partes vão normalmente achar mais fácil concordar com a indicação dos painelistas do *board* no início do projeto do que quando uma disputa já houver acontecido. Uma das principais vantagens do procedimento de *Dispute Board* é a familiaridade dos painelistas com o projeto (o que, entre outros benefícios, permite que eles tomem decisões rapidamente) o que depende do *board* estar formado por toda a duração do projeto, para receber relatórios e outros documentos, fazer visitas periódicas ao canteiro etc.

<sup>192</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 70.

<sup>193</sup>WALD, *op. cit.*, p. 147.

<sup>194</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO; SALLA, *loc. cit.*

<sup>195</sup>MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *Dispute Board* por Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 162.

<sup>196</sup>*Ibidem*.

E as desvantagens:

Por outro lado, *standing Dispute Board* será naturalmente mais dispendioso que um *ad hoc Dispute Board*, porque os membros de um *standing board* recebem honorários e são reembolsados pelas despesas incorridas durante as visitas ao canteiro, reuniões com as partes e o tempo gasto em suas próprias deliberações. Estas despesas adicionais podem parecer excessivas se a fase inicial do contrato envolver um período relativamente longo de design, aquisição e/ou manufatura fora do canteiro.<sup>197</sup>

A análise de impacto regulatório realizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, da mesma maneira, observou que, de forma positiva, o comitê permanente proporciona um melhor auxílio na gestão contratual, mas, negativamente, gera um altíssimo custo financeiro de manutenção. Ao passo que o *ad hoc Dispute Board* possui, positivamente, um menor custo financeiro de manutenção, porém, a gestão contratual perde a qualidade<sup>198</sup>.

Por outro lado, Gwyn Owen e Brian Totterdill, citados por Karin Hlavnicka Skitnevsky, reconhecem a vantagem no *ad hoc*, na medida que proporciona às partes especificidade, flexibilidade e menor custo: “o ad hoc board pode ser nomeado após a existência da disputa, não havendo custo gerado pelas visitas regulares e pode ser aparentemente vantajoso, pois os membros podem ser escolhidos para aquele conflito específico”<sup>199</sup>.

Porém, Karin Hlavnicka Skitnevsky, em seguida, discorda dos autores citados, pois acredita que convocar o *board* após a instauração do conflito enfraquece e desperdiça o:

[...] potencial profilático do board, uma vez que o acompanhamento de todo o processo não mais ocorrerá, somente estará diante de informações mais recentes e poderá verificar a questão no local da obra; assim sendo, os membros do board ou o expert estarão mais sujeitos a equívocos<sup>200</sup>.

Esse é um aspecto relevante, pois considera-se o *board* como um instrumento de gestão contratual e “o seu sucesso nos últimos anos está no seu estabelecimento antes do surgimento de qualquer disputa ou evento que possa se tornar objeto de controvérsia entre as partes”, como

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos Disputes Boards. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 188.

<sup>198</sup> ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias*. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudienca=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>199</sup> SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 37.

<sup>200</sup> SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 37-38.

destacam Maria Juliana Candal Poli e Marlon Shigueru Ushiro Ieiri<sup>201</sup>. Todavia, não se deve descartar que o custo é, também, um fator determinante.

Embora se reconheça a instrumentalidade auxiliar que o *board* proporciona em caráter permanente, também constou da análise de impacto regulatório o desafio de se optar pela permanência do *Dispute Board* nos contratos de concessão:

Esse é um dos modelos clássicos do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas. Embora não seja usual a sua utilização em contratos de concessão, não há nenhum impedimento legal para que isso ocorra. Eventualmente, em função da natureza e característica do serviço público concedido, esse tipo de comitê poderia ser utilizado, adaptando o seu funcionamento a partir das diversas fases do contrato de concessão. Assim, por exemplo, em períodos de maior criticidade do contrato, os encontros do comitê seriam em periodicidade menor, enquanto em fases de maior estabilidade os encontros poderiam ser mais espaçados. Ainda, nos casos específicos de projetos cuja extensão temporal não seja longa, poder-se-ia optar por este tipo de comitê<sup>202</sup>.

Por isso, pensando nas peculiaridades das concessões federais de rodovias e de ferrovias, especialmente o longo período contratual, a complexidade da execução e as diversificadas etapas contratuais, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, através da análise de impacto regulatório realizado, observou que:

(\*) os contratos de concessão rodoviária possuem determinados períodos de maior criticidade quanto ao volume e características de obras. Nas concessões rodoviárias federais, por exemplo, tais períodos críticos correspondem ao “Ciclo de Investimentos”, quando são executadas as principais obras previstas no Programa de Exploração de Rodovias, anexo do contrato de concessão. Assim, uma possibilidade seria utilizar o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas de modo temporário, com duração delimitada a uma determinada etapa da concessão, como o ciclo de investimentos, ou para atender ao tempo necessário para a execução de obras que cumpram determinadas premissas, geralmente de maior complexidade ou criticidade, tais como a execução de duplicações em uma região serrana ou metropolitana ou de um contorno urbano ou de um túnel. Nesse mesmo modelo de utilização do comitê, considerando as peculiaridades de um contrato de concessão, também poderia ser a sua instauração condicionada a determinadas obras e o seu funcionamento se daria ao longo de todo o período de execução da obra, incluindo os procedimentos de recebimento por parte do ente regulador<sup>203</sup>.

<sup>201</sup>POLI, Maria Juliana Candal; IEIRI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 454.

<sup>202</sup>ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias*. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>203</sup>ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias*. Disponível em:

Ressalta-se que, conforme visto anteriormente, o *Dispute Board*, a princípio, pode ser constituído no início do contrato, “a fim de acompanhar toda a sua execução”, ou ser constituído *ad hoc*, “após a ocorrência de determinada controvérsia, a fim de solucioná-la”<sup>204</sup>. Mas, normalmente, recomenda-se a permanência do *board*, especialmente em razão da complexidade dos contratos de concessão de rodovia e de ferrovia, como bem apontado por Flávio Amaral Garcia: “costumeiramente, grandes empreendimentos públicos envolvem contratos coligados, financiamentos via projeto e uma teia de relações jurídicas, técnicas, econômicas e financeiras interdependentes”<sup>205</sup>.

Além do mais, acrescenta-se a longa duração dos prazos contratuais das concessões de rodovia e de ferrovia como um dos fatores que exige governança e gestão individualizada e sofisticada, de maneira a garantir êxito na consecução do contrato/projeto. “Examinar o conflito depois de instaurado”, conforme examina Flávio Amaral Garcia, “apresenta um conjunto de obstáculos que tornam mais tormentosa a tarefa de dirimir o litígio”<sup>206</sup>.

Não se trata de instalar uma comissão de fiscalização ou selecionar um grupo de pessoas “estranhas” para supervisionar a execução de um projeto, mas de pessoas cuja capacidade técnica lhes fora conferida e confiada, para uma vez provocadas, apresentar rapidamente “as recomendações ou decisões que lhe forem solicitadas”, observando um procedimento justo e adequado<sup>207</sup>.

Geralmente, as concessões de ferrovias e rodovias possuem um prazo de 30 (trinta)

---

<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>204</sup>SOUZA, Felipe Bezerra de. A aplicação dos Disputes Boards na indústria do Petróleo e Gás Nacional. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 504.

<sup>205</sup>GARCIA, Flávio Amaral. Dispute Board e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral *et al.* (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 161.

<sup>206</sup>*Ibidem*.

<sup>207</sup>Por procedimento justo e adequado entende-se aquele que respeita o devido processo, especialmente o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões. Gilberto José Vaz *et al.*, nesse contexto, afirmam: “Existe um grande potencial no desenvolvimento do Dispute Board no Brasil, pois é uma eficiente ferramenta para a prevenção e a solução de conflitos em contratos de construção, visto que acompanha o desenvolvimento dos trabalhos desde o início da relação contratual; é composto por membros imparciais, que gozam de confiança das partes e possuem saber técnico e conhecimentos específicos do projeto em execução; está apto a apresentar rapidamente as recomendações ou decisões que lhe forem solicitadas; e respeita o contraditório, tratando as partes de forma equivalente. Com todas essas características, o Dispute Board, largamente utilizado Nos Estados Unidos, Canadá, Austrália e Europa, já começa a ser visto com melhores olhos pelos principais participantes do mercado brasileiro da construção, que buscam, primeiramente, evitar controvérsias e, não sendo possível, solucioná-las em um prazo razoável e de forma fundamentada, à luz das questões técnicas e jurídicas envolvidas. Assim, os resultados de um dado projeto serão maximizados, proporcionando ganhos para todos os envolvidos: para o contratante, que terá a sua obra concluída, no prazo e no preço contratuais; e para o contratado, que receberá a justa remuneração por seu trabalho” (VAZ, Gilberto José *et al.* Os *Disputes Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, jan./mar. 2014, p. 332-333).

anos, podendo ser prorrogado por no máximo 5 (cinco) anos, a critério exclusivo do Poder Concedente, cujas fases normalmente compreendem 8 (oito) etapas, quais sejam: a) operação: implantação e operacionalização das infraestruturas e serviços referentes à operação da rodovia. Envolve a execução das edificações operacionais da Concessionária e a aquisição de todos os equipamentos necessários ao seu funcionamento, de forma a garantir todo controle de tráfego e gerenciamento de todo sistema rodoviário; b) trabalhos iniciais: compreendem as obras e serviços que a Concessionária deverá executar imediatamente após o início da concessão, antes da autorização, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, do início da cobrança de pedágio, com o objetivo de eliminação dos problemas emergenciais que impliquem em riscos pessoais e materiais iminentes, provendo-a dos requisitos mínimos de segurança e conforto aos usuários; c) recuperação: conjunto de obras e serviços que têm por objetivo recuperar a funcionalidade e as características técnicas e operacionais do sistema rodoviário, dentro de padrões pré-estabelecidos, considerando parâmetros de desempenhos mínimos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia - PER. Englobam a recomposição da sinalização e de elementos de proteção e segurança, com a recuperação, a substituição e a implantação de dispositivos, priorizando os pontos críticos, recomposição do pavimento, alargamento e reforço das pontes e viadutos e recomposição das estruturas de contenção e drenagem da rodovia; d) manutenção: conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário, dentro dos padrões estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia – PER; e) monitoração: Processo sistemático e continuado de acompanhamento do desempenho, do estabelecimento de padrões, de controle e mobilização de intervenções para ações preventivas e corretivas, visando resguardar a integridade do patrimônio e a funcionalidade das estruturas físicas da rodovia; f) conservação: conjunto de operações preventivas, rotineiras e de emergência realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da Concessionária; g) obras de ampliação de capacidade e melhorias: conjunto de obras e serviços de duplicação da rodovia, implantação de vias marginais, faixas adicionais, viadutos e passagens inferiores, trevos em nível, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos e implantação de contornos em trechos urbanos, conforme quantitativo e cronogramas estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia – PER e; h) obras de manutenção de nível de serviço: correspondem às obras e serviços de ampliação de capacidade cuja execução dependerá do volume de tráfego e às obras de melhorias cuja execução dependerá da solicitação da Agência Nacional de Transportes Terrestres, previstas somente em alguns contratos de concessão.

Nota-se, portanto, que os contratos de concessões são contratos complexos e que perduram por décadas e que para serem realizados são exigidos cumprimentos específicos de acordo com o Programa de Exploração da Rodovia – PER, cujo documento especifica todas as condições para execução do contrato: serviços e obras previstos, diretrizes técnicas, características geométricas, escopo, parâmetros de desempenho, parâmetros técnicos, prazos de execução.

Logo, entende-se que o *Dispute Board* deve ser um mecanismo que, além de todas as características aqui mencionadas, viabilize a consecução do contrato. Contudo, o custo com o comitê não pode ser desconsiderado. Pelo contrário, a definição dos honorários dos membros do *board* é um dos fatores determinantes, já que variam de acordo com a particularidade de cada contrato e, por consequência, de cada atividade desempenhada pelo comitê.

Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla reforçam que, geralmente, os membros do comitê são remunerados mensalmente, considerando a proposta usual de um *board* permanente e o conseqüente alcance da atividade laboral do comitê<sup>208</sup>. Ou seja, instituído o *board* desde o início do contrato, mantendo-o ativo e acompanhando *pari passu* a execução do projeto, estima-se que os custos estejam proporcionalmente vinculados ao trabalho despendido pelo comitê.

Por isso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres considerou que um *board* temporário poderia ser mais adequado nos contratos de concessões, na medida que o comitê constituir-se-á com prazo limitado durante a vigência do contrato, especialmente durante o “ciclo de investimentos”, extinguindo-se após o esgotamento dos procedimentos aplicáveis às decisões ou recomendações emitidas. O *board* não será instaurado quando do surgimento do conflito, tampouco precisa ser constituído no início do contrato.

A experiência prática demonstrou que algumas etapas contratuais são mais delicadas e exigem mais esforço das partes para que o projeto não seja interrompido. E, neste momento, os membros do comitê estariam próximos do contrato e das partes, proporcionando mais êxito em eventual desentendimento e descumprimento contratuais, pois, não obstante a temporariedade, a determinação do *board* temporário permite a interação dos membros do comitê, garantindo, assim, um acompanhamento preventivo e preditivo.

Com isso, o *board* seria remunerado apenas por um determinado período, o que poderia diminuir o custo desse mecanismo contratual, conforme destacado.

---

<sup>208</sup>SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. SALLA, Ricardo Medina. Aspectos Práticos dos Dispute Boards. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 120.

A opção pela constituição de um *board* temporário, contudo, não exclui que posteriormente, através de um termo aditivo, as partes optem por eleger o *Dispute Board ad hoc* ou permanente. O que se espera, no final das contas, é que o contrato seja gerido e governado da melhor forma possível, resultando na entrega definitiva e tempestiva do objeto acordado e que as partes tenham consciência da estimativa dos custos e da ponderação de se ter um *Dispute Board*.

O emprego inconsciente e indistinto do *Dispute Board*, portanto, revela-se contraproducente, assim como ressalta Gustavo Justino de Oliveira quanto ao uso indiscriminado da arbitragem<sup>209</sup>.

#### 2.4.2 Quanto ao grau de vinculação das decisões dos comitês

Ao optarem, contratualmente, pelo uso do *dispute board*, as partes contratantes devem estabelecer os efeitos das decisões dos comitês. Conforme dito anteriormente, comitê de recomendação emite (apenas) “recomendações não vinculantes sobre controvérsias que venham a existir em um contrato”, ao passo que o comitê de adjudicação “corresponde ao comitê que profere decisões vinculantes para dirimir controvérsias que lhe foram submetidas”. O comitê híbrido é o comitê que “pode atuar tanto emitindo recomendações como proferindo decisões vinculantes”<sup>210</sup>.

Nesse mesmo sentido caminhou a proposta dos Projetos de Lei do Senado Federal (nº 2421/2021) e da Câmara dos Deputados (nº 9883/2018). Todavia, ambos os projetos não estabelecem uma solução caso as partes não deixem clara a modalidade do comitê, o que poderá ensejar, na prática, a inutilização do *dispute board*, caso os contratantes não cheguem a “um acordo sobre a modalidade do comitê após a celebração do contrato”<sup>211</sup>. Ao comitê não caberia solucionar tal impasse.

O relatório de análise de impacto regulatório da Agência Nacional de Transportes Terrestres também destacou o grau de vinculação das decisões do comitê. Além do mais,

<sup>209</sup>“O uso indiscriminado da arbitragem pela Administração Pública revela-se contraproducente, e, por isso, tal opção estratégica haverá de ser reservada para determinados casos e modelagens contratuais, e previamente motivada pela realização de estudos de impacto que avaliem a eficiência do uso da arbitragem” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto jurídico*: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 36).

<sup>210</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 68-69.

<sup>211</sup>*Ibidem*, p. 69.

restaram demonstrados eventuais impactos positivos e negativos de cada modalidade, a saber:

[...]

65. Quanto ao grau de vinculação das decisões dos comitês:

65.1 Alternativa 1) Recomendatória

Impactos Positivos – não há obrigatoriedade na adoção da solução indicada pelo comitê, valorização da decisão “independente” da agência regulatória, em tese.

Impactos Negativos – finalidade da instituição do comitê e sua decisão pode ser desvirtuada, caso seja utilizada como teste para avaliar o outro lado sob análise, antes de utilizar outro mecanismo.

65.2 Alternativa 2) Vinculante

Impactos Positivos – a solução indicada pelo comitê cria obrigação às partes, sob pena de descumprimento de cláusula contratual, acelerando a efetividade da solução da controvérsia.

Impactos Negativos – a parte insatisfeita com a solução indicada pelo comitê só poderá mudar o resultado por meio de arbitragem ou buscando a atividade jurisdicional, postergando ainda mais a solução da questão.

65.3 Alternativa 3) Híbrida

Impactos Positivos – a adoção da solução recomendada pode se tornar obrigatória caso haja consenso entre as partes, trazendo mais segurança jurídica à gestão contratual.

Impactos Negativos – não há mensuração de pontos negativos neste caso.

[...] <sup>212</sup>

E, dessa forma, destacou-se, através da minuta de resolução, a preferência pela natureza vinculante dos comitês, podendo os contratantes estipular de forma diversa no contrato e, caso queiram, submeter as decisões à (re)apreciação do Judiciário ou da Arbitragem.

Gilberto Vaz *et al.* afirmam, com razão, que “modelos que preveem tão somente recomendações, não vinculativas e não definitivas, parecem não suscitar grandes controvérsias”<sup>213</sup>. A controvérsia está nas consequências do descumprimento ou do inconformismo das decisões vinculantes:

Um dos pontos que geram mais discussões a respeito dos *dispute adjudication boards* (comitês de adjudicação) e dos *combined dispute boards* (comitês híbridos) é a questão das consequências do descumprimento pelas partes contratantes das decisões vinculantes emitidas pelo comitê.

Isto pois, obviamente, se uma parte estiver descontente com a decisão de um *dispute board*, é improvável que ela queira cumpri-la de forma voluntária. De fato, as partes contratantes podem até ter grandes dificuldades em explicar por que elas devem cumprir uma decisão do comitê que pode ser revertida na arbitragem ou no processo judicial.

<sup>212</sup> ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias*. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>213</sup> VAZ, Gilberto José *et al.* Os *Disputes Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, jan./mar. 2014, p. 332.

É neste cenário que cabe analisar a relevância de tratar das consequências do descumprimento das decisões do *dispute board* nas cláusulas contratuais<sup>214</sup>.

A natureza do *dispute board* é contratual, fundada no princípio da autonomia da vontade, não obstante o Tribunal de Contas da União tenha percebido a necessidade de regulamentá-lo. Logo, o descumprimento das cláusulas contratuais ensejaria de pronto “na possibilidade de a parte afetada buscar a execução da decisão e a aplicação das eventuais consequências contratuais por conta do inadimplemento”<sup>215</sup>.

Como consequência disso, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla, entendem ser relevante que as partes definam “expressamente na cláusula de *dispute board* não apenas a possibilidade de se executar a decisão vinculante no foro adequado, como também as consequências do descumprimento desta, tais como multas específicas e a possibilidade de rescisão contratual”<sup>216</sup>.

Acredita-se, todavia, que as determinações do *dispute adjudication board* não tenham caráter executório como se uma sentença fosse, mas a sua infração e, por consequência, o seu descumprimento, poderiam ensejar a execução forçada do contrato e as consequências contratuais e extracontratuais do inadimplemento, independentemente de a parte inconformada “judicializar” o conflito e a decisão do comitê.

Espera-se, portanto, que os contratantes, por terem optado pelo uso do comitê, atuem durante a execução do contrato com boa-fé e respeito às suas próprias escolhas, fazendo valer as decisões do *dispute board*. Gilberto José Vaz *et al.*, numa reflexão, afirmam que, conquanto um dos contratantes seja a Administração Pública e tenha sido proposta “na minuta do contrato anexa a um edital a adoção de um DB que profira decisões vinculantes”, não obedecer a decisão do *dispute board* contraria a boa-fé objetiva, sendo, portanto, um “*ato antijurídico*”<sup>217</sup>. As partes, então, deveriam acatar as decisões do comitê vinculante “sem demora, o mais rapidamente possível, quando de seu recebimento”<sup>218</sup>, como destaca Karin Hlavnicka Skitnevsky, citando Cryll Chern.

<sup>214</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards. Teoria, Prática e Provocações*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 73.

<sup>215</sup>*Ibidem*, p. 74.

<sup>216</sup>*Ibidem*.

<sup>217</sup>VAZ, Gilberto José *et al.* Os disputes boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.11, n. 40, p.325-333, jan./mar. 2014, p. 332.

<sup>218</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 62.

A proposta de minuta da resolução que busca regulamentar o *dispute board* no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, além de incentivar que os contratantes optem pelos comitês vinculantes (art. 28), disciplina que as partes, discordando da decisão do *board*, poderão requerer, no prazo de 30 (trinta) dias, a reconsideração da decisão, por petição devidamente motivada. A parte contrária, por sua vez, terá o mesmo prazo para manifestar-se acerca do pedido de reconsideração (art. 34) e o Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas terá 15 (quinze) dias para proferir decisão final. Decorrido o prazo sem a manifestação da reconsideração, “a decisão emitida por Comitê Adjudicatório adquire caráter vinculante e deve ser cumprida voluntariamente pelas partes” (art. 34, § 4º)<sup>219</sup>.

Ou seja, manifesta a tendência da Agência Nacional de Transportes Terrestres pelos comitês vinculantes, mas as partes contratantes possuirão a faculdade de concordar ou discordar da decisão, seja ela vinculante ou recomendatória, podendo pleitear a revisão diretamente para o comitê, através do pedido de reconsideração, ou em sede arbitral ou judicial. Portanto, não há dúvida de que as partes poderão sempre revisitar a decisão do *dispute board*, seja ela obrigatória ou recomendatória.

Todavia, reforça-se: diante da decisão recomendatória, as partes podem optar pelo (des)cumprimento da decisão/recomendação. Mas, precisam refletir sobre o motivo que ensejou tal decisão, pois o não cumprimento da recomendação pode acarretar no descumprimento de determinada cláusula contratual reconhecida posteriormente pelo judiciário ou pela arbitragem.

Já o descumprimento da decisão vinculante, seja ela objeto de revisão ou não, ensejará o descumprimento contratual por parte da parte que desrespeitá-la. A decisão não precisa ser ratificada por um árbitro/juiz ou pode ser questionada pelos contratantes, mas, uma vez descumprida, até que haja decisão arbitral ou judicial que decida o contrário, o contrato deverá ser cumprido e o descumprimento resultará nas consequências pactuadas.

Como afirma Karin Hlavnicka Skitnevsky, “não devemos criticar, caso as partes questionem a recomendação ou decisão do board”<sup>220</sup>, tampouco devemos julgá-las como desleais, mas os contratantes precisam estar cientes de que o trabalho realizado pelo *board* não vai ser desconsiderado ou afastado, pois, certamente, será utilizado para a formação da convicção do juiz ou árbitro.

<sup>219</sup> ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias.* Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>220</sup> SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 63.

Leonardo Toledo da Silva e João Paulo Pessoa admitem, outrossim, que “é preciso criar certa presunção de que a decisão do DAB [dispute adjudication board] será mais adequada a satisfazer os interesses do projeto<sup>221</sup>.

Nesse sentido, Karin Hlavnicka Skitnevsky destaca que:

No que tange ao questionamento pelas partes por meio de arbitragem ou do Judiciário, não entendemos que esteja sendo o método de prevenção de controvérsias aqui estudado desvalorizado pois, caso o árbitro ou o juiz seja necessário, certamente será levada em conta a decisão ou recomendação do *dispute board* para a promulgação de sua sentença, já que foram emitidas por especialistas que acompanharam toda a execução da obra, até o surgimento do conflito.

Portanto, as disposições das cláusulas devem ser sempre respeitadas pelas partes e, em caso de questionamento devem ser interpretadas conforme o direito, pois não há como negar que as recomendações dos especialistas terão enorme peso e capacidade de influenciar os juízes ou árbitros, em caso de eventual insatisfação das partes com a recomendação ou decisão do *dispute board*, assim como as obrigações das partes no contrato são valiosas no contexto do ordenamento jurídico a ele aplicado.<sup>222</sup>

Dessa forma, deve-se sempre priorizar a boa execução do contrato, “sem risco de causar interrupção à execução do objeto contratual”<sup>223</sup>.

#### 2.4.3 Quanto ao custo dos comitês

Como bem pontuado por Arnaldo Wald, “a composição do *Dispute Board* depende da natureza do contrato, dos conflitos potenciais que lhe serão submetidos e dos valores envolvidos”<sup>224</sup>. Geralmente, o comitê é formado por três profissionais de áreas diferentes, mas que se complementam, conforme a necessidade do contrato. Assim, de acordo com Wald:

[...] o painel poderá ser formado por uma, três ou mais pessoas, sempre em número ímpar, e poderá abranger profissionais de diferentes áreas, como engenheiros, economistas, advogados, administradores, conforme o caso. A situação ideal é de colaboração entre as diferentes áreas, de acordo com a necessidade do negócio e das partes<sup>225</sup>.

<sup>221</sup>SILVA, Leonardo Toledo; PESSOA, João Paulo. Os Dispute Board Adjudication Boards (“DAB”) em Contratos Públicos e Privado e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 428.

<sup>222</sup>SKITNEVSKY, *op. cit.*, p. 64.

<sup>223</sup>SILVA; PESSOA, *op. cit.*, p. 427.

<sup>224</sup>WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 145.

<sup>225</sup>WALD, Arnaldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 145.

Nada impede que as partes, especialmente em razão da ausência de regulamentação, optem por formar o *board* com apenas uma pessoa ou mais de três pessoas. No entanto, “*não e recomendável o uso de boards compostos por experts em número par, o que pode levar a um impasse no momento de qualquer tipo de opinião ou decisão*”<sup>226</sup>. Sobre compor o comitê com apenas um membro, Karin Hlavnicka Skitnevsky destaca que:

[...] caso a vontade das partes seja pelo uso de um expert somente, indicado por consenso entre as partes, o cuidado na escolha deve ser dobrado, de forma que o escolhido tenha ótimas qualificações e normalmente se identifique com o objeto do contrato, sendo de preferência um profissional renomado na área<sup>227</sup>.

O número de membros de um comitê está intimamente ligado à complexidade técnica do contrato<sup>228</sup>, os riscos nele envolvidos e ao valor atribuído ao negócio contratual. Arnoldo Wald adverte que “a composição do dispute board depende da natureza do contrato, dos conflitos potenciais que lhe serão submetidos e dos valores envolvidos”<sup>229</sup>.

No caso dos contratos de concessão federal de rodovia e ferrovia, acrescenta-se que a complexidade de cada etapa da concessão – v.g., o momento da implementação das obras de ampliação de capacidade e melhorias, os conflitos experimentados em contratos anteriores, especialmente aqueles que foram objeto de judicialização ou de arbitragem, assim como a “expectativa e características das partes contratantes”<sup>230</sup>, são fatores que contribuem para estabelecer o número de membros do *board*.

Pedro Ribeiro de Oliveira explica, nessa toada, que:

A escolha do número de painelistas de um *Dispute Board* é tratada normalmente como uma simples questão de custo em face do valor do contrato. A título de exemplo, os *Standard Bidding Documents for the Procurement of Works of Civil Engineering Construction* – SBDW do Banco Mundial dispõe que todo e qualquer contrato financiado pela instituição, com valor de 50 milhões de dólares americanos ou mais, devem utilizar de um *board* composto por três painelistas. O mesmo documento autoriza as partes a optarem por um *Dispute Review Board* com apenas um painalista nos contratos de valor inferior. Não obstante, um contrato de valor elevado não implica necessariamente em um

<sup>226</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 24.

<sup>227</sup>*Ibidem*.

<sup>228</sup>Não raras as vezes, a complexidade do negócio contratual exige a presença de profissionais com especialidades técnicas diferentes, mas complementares e colaborativas, como, por exemplo, advogado, engenheiro civil e ambiental; advogado, economista e engenheiro.

<sup>229</sup>WALD, *loc. cit.*

<sup>230</sup>OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos *Disputes Boards*. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 190.

projeto tecnicamente complexo, v.g., as obras de edificações civis sem detalhes arquitetônicos extravagantes. Nesta hipótese talvez seja justificável um painel composto por três profissionais.

Por outro lado, um pequeno aeródromo construído em terreno com sub-solos variados podem não ter um valor vultoso, mas a complexidade técnica do projeto talvez justifique a indicação de um board composto por três painelistas<sup>231</sup>.

O mesmo autor ressalta, ainda, o elemento estratégico da escolha da quantidade de panelistas do *board*:

O aspecto político da opção por um *board* de um, três ou mais panelistas, relaciona-se à percepção da importância do projeto. Se um projeto é percebido pela direção ou os acionistas de uma empresa como sendo estratégico ou extremamente relevante para o seu resultado, é recomendável o uso de um painel com três ou mais profissionais. Assim como nos casos médicos, uma segunda ou terceira opinião tornam as decisões mais difíceis menos amargas de se aceitar<sup>232</sup>.

A minuta de resolução da Agência Nacional de Transportes Terrestres, em razão disso, determinou que o comitê seria composto por três membros, salvo acordo em contrário entre as partes, sendo um membro indicado pela Agência, um membro indicado pela concessionária e um membro escolhido em comum acordo pelos membros designados pelas partes, que exerceria a função de presidente.

No mesmo sentido, caminharam os projetos de Lei nº 2421/2021 e nº 9883/2018, já mencionados nesta pesquisa, que determinaram que os *Dispute Boards* seriam compostos por três membros, sendo que o primeiro projeto de Lei determinou que dois dos profissionais indicados precisariam ter notório conhecimento na área objeto do contrato e um advogado com reconhecida atuação jurídica na área objeto do contrato<sup>233</sup>.

O segundo projeto de Lei, por sua vez, previa que os comitês seriam compostos por dois profissionais com conhecimento técnico sobre o objeto do contrato, para exercer a função de membro técnico, e um com formação jurídica, para atuar na função de presidente do comitê. O projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Pedro Paulo (nº 9883/2018) previu, ainda, a possibilidade de as partes aumentarem, excepcionalmente, o número de membros técnicos em

<sup>231</sup>OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos *Disputes Boards*. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 189.

<sup>232</sup>*Ibidem*, p. 190.

<sup>233</sup>SENADO FEDERAL. PL n. 2421/2021 (n. anterior: PLS 206/2018). *Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios*. Autor: Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2289398>. Acesso em: 21 jul. 2023.

razão da complexidade do contrato<sup>234</sup>.

Portanto, para cada tipo de contrato de infraestrutura, em especial os contratos de concessão de rodovia e ferrovia, existe uma forma de constituir o *Dispute Board* e a consequência de sua atuação poderá variar de acordo com as especificidades de cada caso, não devendo a Administração Pública descuidar de eventual regulamentação imposta.

No caso dos contratos de concessão federal de rodovia e ferrovia, o edital e o contrato de concessão deverão observar a futura Resolução que a Agência Nacional de Transportes Terrestres está preparando. Por isso, ressalta-se que:

[...] todas as definições, como as regra institucionais, indicação de nomes, prazos e nomenclaturas, devem ser feitas no momento da elaboração do contrato que envolver a cláusula de dispute board, ou seja, antes do surgimento de qualquer tipo de desentendimento que possa se transformar em um conflito<sup>235</sup>.

O valor da remuneração dos membros do *board* “variará de acordo com a função do board, a linha de atuação escolhida entre as partes, o tempo a ser despendido e outros detalhes específicos de cada contrato.”<sup>236</sup> Conforme entendimento de Pierre Genton, citado por Karin Hlavnicka Skitnevsky:

A remuneração do *dispute board* frequentemente consiste de duas etapas: (i) uma remuneração mensal, que compõe a disponibilidade do membro do *dispute board*, o tempo despendido no acompanhamento e desenvolvimento do projeto (leitura dos relatórios mensais e correspondências), análise de documentos, assim como a comunicação e a administração dos custos; e (ii) uma remuneração diária, que cobre os trabalhos nos dias de visita ao local de obra, viagens, reuniões, preparação para reunião do *board*, pré e pós-elaboração de deliberação após a reunião, e para preparação da decisão ou da recomendação<sup>237</sup>.

Numa mesma direção, Flávio Pereira Lima, Eduardo Damião Gonçalves e Flavia Foz Mange afirmam que “é normal que os membros dos DBs recebam uma remuneração mensal para estarem disponíveis para reuniões e para estudarem relatórios sobre a evolução da execução do contrato, somada a uma remuneração horária aplicável quando forem chamados a

<sup>234</sup>CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL n. 9883/2018. *Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos*. Autor: Deputado Pedro Paulo (PMDB-RJ). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>235</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 23.

<sup>236</sup>SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 23.

<sup>237</sup>*Ibidem*.

decidir controvérsia”<sup>238</sup>.

Ademais, não existe uma única forma de remunerar os membros do *board*. Segundo Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla:

O modelo de remuneração dos membros dos DBs e os custos com a sua atuação variam na prática mundial mas em geral o racional da remuneração se compõe de um honorário mensal para que os profissionais (ou o profissional, no caso de um *board* de membro único) se mantenham disponíveis e acompanhem o projeto – o chamado honorário de retenção – e também de valores que remunerem a presença nas reuniões ordinárias e extraordinárias e o tempo dedicado às suas decisões e recomendações. As boas práticas mundiais oscilam entre o modelo de livre negociação dos honorários dos membros – membros técnicos e presidente – e o modelo de valores previamente estabelecidos. Também é variável a opção por remunerar todos os membros com um mesmo valor ou com valores diferenciados em razão da experiência e da especialização de cada um, em qualquer hipótese devendo a negociação ser feita de forma transparente e entre as partes e os membros do DB. Em geral, a regra é que os valores gastos com o DB sejam compartilhados igualmente entre as partes (50% para cada), como possibilidade de arranjos em relação à dinâmica dos pagamentos. Decisões e recomendações também são custeadas na mesma proporção, sendo possível a alocação dos custos de forma diversa se assim acordado pelas partes<sup>239</sup>.

A escolha pela modalidade do comitê, dessa maneira, influenciará nos custos do *Dispute Board*, o que faz com que haja uma forte tendência para que os contratantes optem por valores previamente definidos, “principalmente nas tabelas disponibilizadas nos regulamentos das Instituições que administram DBs”:

As custas e honorários dos comitês também são bastantes distintos nos regulamentos das Instituições que administram DBs. Exemplificativamente, a Tabela de Despesas do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC estabelece os valores de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de Taxa de Registro, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais de honorários dos membros (caso o contrato seja silente sobre o assunto), e R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) mensais de Taxa de Administração. Já a Tabela de Custas e Honorários dos Membros da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP prevê os valores de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de Taxa de Registro e R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) mensais de Taxa de Administração, bem como estabelece que honorários mensais dos membros variarão de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) dependendo do valor do contrato. Pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem os valores são de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de Taxa de Registro, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais de honorários dos membros, e R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais de Taxa de Administração<sup>240</sup>.

<sup>238</sup>LIMA, Flávio Pereira; GONÇALVES, Eduardo Damiano; MANGE, Flavia Foz. *Dispute Board* e outras questões práticas sobre regulação de disputas em projetos de infraestrutura. In: PEDROSO, Angélica; OBERTOPP, Kátia. *Construindo um novo Brasil: principais desafios do regime jurídico da infraestrutura*. São Paulo: Imprensa Régia, 2011, p. 146.

<sup>239</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Aspectos Práticos dos Dispute Boards. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 120-121.

<sup>240</sup>*Ibidem*, p. 124.

Nota-se, portanto, que os custos dos *Dispute Boards* incluem honorários, despesas dos painelistas e taxas de instituição e de administração<sup>241</sup>, se for o caso<sup>242</sup>, e que por isso, é importante que as partes tenham ciência do custo de um *Dispute Board*, pois a discussão de eventual honorário pode acarretar, incentivar e perpetuar a impontualidade contratual, assim como causar indisposição entre as partes. Seja qual for a modalidade eleita de *Dispute Board*, é fundamental que os custos do comitê estejam estimados de forma prévia e transparente.

Nesse sentido, Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla explicam que:

É fundamental uma estimativa bem feita dos custos de se ter um *Dispute Board* atuante desde o início do planejamento do projeto. Enquanto a opção pela arbitragem como forma de resolução de disputas final nos contratos ainda hoje segue, na maior parte dos casos, com a chamada “cláusula da meia-noite” ou “cláusula do champagne” por ser a última a ser inserida e usualmente com pouca discussão (e em alguns casos também pouca reflexão) sem maiores consequências, por ser o *Dispute Board* parte integrante do projeto – o impacto da sua existência é imediato, sendo fundamental refletir oportunamente sobre a sua estrutura e atuação para que os custos sejam estimados de forma transparente e realista.<sup>243</sup>

Pode-se afirmar que a opção pelo *Dispute Board* pode elevar os custos do contrato, variando de acordo com a atuação do comitê escolhido pelas partes. O que não exclui as vantagens de governança e de gestão desse mecanismo. Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla insistem, nesse sentido, que “os Dispute Board não são e não devem ser vistos apenas como um custo, mas sim como um investimento no projeto e a prática brasileira em breve confirmará a bem sucedida experiência internacional, consolidando esta percepção”<sup>244</sup>.

Seguem, com razão, defendendo que, no final das contas, o *Dispute Board* faz com que as partes contratantes economizem ao evitar que a execução do projeto seja interrompida e ao

<sup>241</sup>“Vale lembrar que no caso de DBs administrados há um valor adicional inicial – taxa de instituição ou de registro – e também mensal – taxa de administração – a serem pagos à Instituição administradora. Também é possível utilizar-se do apoio das Instituições para outros serviços como definição de honorários, nomeação e decisão sobre impugnação de membros, também pagas pelas partes” (*Ibidem*, p. 123-124).

<sup>242</sup>Augusto Barros de Figueiredo e Ricardo Medina Salla acrescentam, ainda, que: “[...] além dos gastos mensais e das diárias, os membros do DB também são compensados pelas despesas com alimentação, hospedagem e outros gastos extras relacionados com o desempenho do seu trabalho como ligações, transporte local, obtenção de visas, correio, telefonemas etc. Também é aceitável que o deslocamento dos membros dos locais de domicílio profissional aos locais das reuniões seja considerado de forma realista, por vezes demandando o pagamento de diária extra para remunerar tempos ociosos com conexões demoradas, sempre de forma negociada e que faça sentido para o s envolvidos no projeto” (*Ibidem*, p. 123).

<sup>243</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Aspectos Práticos dos Dispute Boards. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 120.

<sup>244</sup>*Ibidem*, p. 127.

prevenir ou evitar conflitos:

A opção pela atuação de um Dispute Board agrega, inicialmente, custos ao contrato, mas vale lembrar que o objetivo principal da sua atuação é possibilitar a redução de custos do projeto como um todo ao evitar paralizações, alterações desnecessárias do contrato e ao prevenir disputas. A percepção das suas vantagens somente será possível com um exercício ao final do projeto, ponderando-se o valor gasto com a sua remuneração face aos riscos evitados. É claro que boa parte desse exercício é subjetivo já que é difícil mensurar o quanto uma disputa que foi evitada com a assistência do DB poderia ter escalado para uma disputa judicial ou causado outros danos ao contrato mas ao menos em relação às disputas efetivamente resolvidas este cálculo se torna evidente já que, ao se comparar o valor em disputa para uma situação de disputa judicial ou arbitral os custos correlatos com honorários, custas e perícias tornam a vantagem flagrante. Note-se, ainda, que o Banco Mundial permite a inclusão dos custos do DB nos projetos por ele financiados, o que torna ainda mais viável a sua utilização. Espera-se que em breve as instituições financiadoras e bancos de fomento nacionais e latino-americanos reproduzam esta prática<sup>245</sup>.

Arnoldo Wald, nesse sentido, admite as vantagens do *Dispute Board* e compara os custos e a utilização deste mecanismo de prevenção e solução de disputas com a arbitragem e o judiciário, reforçando que, de acordo com os dados da *Dispute Resolution Board Foundation*<sup>246</sup>:

[...] os custos de um conflito de construção solucionado por dispute board variam entre 0,05% do custo total final da obra, para projetos em que surjam poucas divergências, e 0,25% para projetos complexos e com muitas disputas, ao passo que os custos da arbitragem podem chegar a aproximadamente 5% do valor do contrato<sup>247</sup>.

Com isso, o custo marginal da utilização de um *Dispute Board* seria consideravelmente menor do que qualquer outra disputa formal. Pode-se adotar, com isso, o valor total do empreendimento como um outro parâmetro fidedigno para o cálculo do custo total com o pagamento de honorários dos membros de um Comitê.

Assim, conclui-se que é perceptível a contribuição do *Dispute Board* para a gestão dos contratos administrativos de infraestrutura, sem desprezar os custos acrescidos ao contrato, que

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> DRBF (The Dispute Resolution Board Foundation). *Dispute Board Manual*. The Dispute Resolution Board Foundation. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 21 jul. 2023.

<sup>247</sup> Acrescenta Wald que “[...] os procedimentos submetidos aos dispute boards também são mais céleres, visto que as controvérsias podem ter solução imediata, embora sejam normalmente resolvidas entre 90 e 180 dias, em contraposição à arbitragem, em que a resolução da disputa pode demorar de 1 a 3 anos, especialmente havendo perícia, e ao Poder Judiciário, cuja demora para o julgamento é ainda maior. Outra vantagem extremamente atrativa é a garantia de não interrupção ou atraso da obra em caso de conflitos” (WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011, p. 148).

podem variar, conforme visto, de acordo com as atividades praticadas pelos membros do comitê. Por isso, é importante que as partes contratantes tenham consciência dos custos do *Dispute Board* previamente, considerando, especialmente, a modalidade do comitê eleito, pois, “por ser o Dispute Board parte integrante do projeto – em especial os Comitês de atuação permanente – o impacto da sua existência é imediato”<sup>248</sup>, mas que, ainda assim, devem ser considerados mais como um investimento do que como um custo.

---

<sup>248</sup>FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Aspectos Práticos dos Dispute Boards. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provoações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021, p. 120.

## CONCLUSÃO

Na medida em que mecanismos de gestão e governança contratual tornam-se cada vez mais exigidos nos ambientes contratuais, contratos de concessão federal de infraestrutura terrestre tendem a sofrer com divergências e pacificações tardias. Reconheceu-se ao longo do presente trabalho, portanto, que os conflitos passaram a se configurar de modos diferentes e admitir ferramentas diversificadas para preveni-los, tratá-los e resolvê-los tempestivamente, o que passou a ser pressuposto de efetividade contratual e, (in)diretamente, condição essencial para garantir que serviços públicos e direitos fundamentais sejam garantidos e entregues.

O tempo de resolução do litígio na esfera judicial e os danos irreparáveis em razão da interrupção da execução dos contratos fez os contratantes, especialmente a Administração Pública, insurgirem-se aos meios tradicionais de solução de conflitos. Dessa maneira, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, através da “Agenda Regulatória 2023/2024”, iniciou o processo de regulamentação do *Dispute Board*, objetivando a sua efetiva e correta utilização nos contratos administrativos de infraestrutura, proporcionando previsibilidade, estabilidade e segurança regulatória e jurídica.

Não resta dúvida sobre a possibilidade do emprego do *Dispute Board* nas contratações públicas, entretanto, ficou demonstrado que o emprego inconsciente e indistinto do *Dispute Board* poderia revelar-se contraproducente.

O consenso e o voluntarismo no início do contrato não excluem eventual oposição de interesses entre os contratantes, podendo ser inevitável, especialmente em contratos longos e complexos de infraestrutura terrestre. O emprego do *Dispute Board* passou, portanto, a ser um mecanismo de governança capaz de prevenir e resolver uma disputa em tempo ágil, de modo a evitar a inexecução e a interrupção de projetos.

Buscou-se mostrar, no entanto, que desafios serão instaurados quando da utilização prática do *Dispute Board*, sendo questionado inicialmente: o que seria o ideal nos contratos de concessão de infraestrutura terrestre no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres quanto: (i) ao momento para constituir-se o *Dispute Board*; (ii) ao grau de vinculação das suas decisões e; (iii) à avaliação de seu custo de operação?

Quanto ao momento e duração dos comitês, restou demonstrado que, embora a natureza do *Dispute Board* direcione para que haja um acompanhamento técnico durante toda a vida do contrato, o comitê temporário possui um alcance prático maior nos contratos de concessão, uma vez que poderá ser constituído pontual e previamente nos casos mais sensíveis e que, na prática, instauram início de investimentos em obras ou situações de inadimplência, inexecução e

conflito. Soma-se a isso o custo reduzido, pois o *board* seria desfeito após aquele período, o que não impede uma nova constituição no futuro.

Quanto ao grau de vinculação das decisões dos comitês, andou bem a Agência Nacional de Transportes Terrestres ao reforçar o efeito vinculante do *Dispute Board*, salvo se os contratantes optarem de forma diferente, desde que justificado, pois, conforme dito, espera-se que os contratantes, por terem optado pelo uso do comitê, atuem durante a execução do contrato com boa-fé e respeito às suas próprias escolhas, fazendo valer as decisões do *dispute board*, cujo comitê foi selecionado pelas próprias partes. Além do mais, acredita-se que o *Dispute Board* é uma oportunidade para agregar à execução do projeto.

Destacou-se, inclusive, que o trabalho realizado pelo *board* não será desconsiderado ou afastado caso as partes descumpram a sua decisão ou recomendação, pois, certamente, elas serão utilizadas para a formação da convicção do juiz ou árbitro.

E, por fim, com relação aos custos do comitê, registrou-se que diversos fatores podem refletir no valor atribuído ao *board*, como, por exemplo, o número de membros, a complexidade técnica do contrato, os riscos nele envolvidos e o valor atribuído ao negócio contratual. Normalmente, a remuneração corresponde a um valor fixo pago antecipadamente e um valor mensal, mas não existe uma única forma de remunerar os membros do *board*. Todavia, ficou consignado que é importante que as partes contratantes tenham consciência dos custos do *Dispute Board* previamente, considerando, especialmente, a modalidade do comitê eleito.

Destarte, espera-se que o *Dispute Board* seja um mecanismo que integre a boa gestão e governança contratual. Portanto, discutir o impacto dos seus procedimentos torna-se imprescindível neste momento inicial de uso e emprego dos comitês.

Por óbvio que a prática vai demonstrar a melhor e a mais adequada forma de empregar o *Dispute Board*, todavia, no caso da Administração Pública, entende-se, em consonância com o Tribunal de Contas da União, que não se deve descuidar da sua regulamentação e procedimentalização, ainda que os regulamentos das instituições e câmara arbitrais sirvam de auxílio, assim como a liberdade de contratar das partes, desde que não confrontem, *in casu*, a (futura) norma da ANTT.

Por fim, a presente pesquisa é fruto de uma primeira reflexão sobre o tema, com o escopo de fomentar a problematização e contribuir para o emprego do *Dispute Board* no Brasil, sem se desviar das eventuais críticas científicas que este trabalho possa vir a sofrer, bem como do processo de regulamentação em si do instituto no âmbito da ANTT, que se encontra em fase de contribuições em audiência pública.

## REFERÊNCIAS

ALONGI, Luiz Fernando. A utilização da mediação para solução de controvérsias relacionadas aos contratos de infraestrutura. *Revista de arbitragem e mediação: RArb*. São Paulo, v. 11, n. 42, p. 299-303, jul./set. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/83701>. Acesso em: 21 jul. 2023.

ANTT. Processo nº 50500.282130/2022-10. Audiência Pública. *Análise de Impacto Regulatório – AIR acerca da utilização do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Board) como mecanismo alternativo de prevenção e resolução de controvérsias*. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=535>. Acesso em: 21 jul. 2023.

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. London: Laccademia Publishing, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p.147-167, abr./jun. 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43622. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43622>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. *Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2004.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020. *Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Plenário. Desestatização. *Acórdão n. 4037/2020*. Relator: Benjamin Zymler. Julgamento: 08/12/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. Resolução n. 5.976, de 7 de abril de 2022. *Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.

\_\_\_\_\_. Participa Brasil. Processo nº 00688.001235/2022-51. Minuta de cláusula padrão de mecanismos adequados de resolução de controvérsias, da Câmara Nacional de Infraestrutura e

Regulação (CNIR). Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-clausula-padroo-mecanismos-adequados-resolucao-controversias>. Acesso em: 21 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Plenário. Desestatização. *Acórdão n. 1142/2023*. Relator: Antonio Anastasia. Julgamento: 07/06/2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2023.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL n. 9883/2018. *Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos*. Autor: Deputado Pedro Paulo (PMDB-RJ). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 21 jul. 2023.

CARVALHO, André Castro; ESTEFAM, Felipe; SCHIEFLER, Gustavo Henrique. Indicação de membros para o *dispute boards* sob a perspectiva de Compliance. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (cords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CRAVEIRO, Mariana Conti. Ensaio sobre a possível utilização de *Dispute Boards* em Relações Societárias. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (cords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e Legalidade. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) *Direito regulatório*. Belo horizonte: Fórum, 2003.

DRBF (The Dispute Resolution Board Foundation). *Dispute Board Manual*. The Dispute Resolution Board Foundation. Disponível em: <https://www.drb.org/dispute-board-manual>. Acesso em: 21 jul. 2023.

FACCI, Lucio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos administrativos: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FEDERAL, Justiça. Conselho da Justiça Federal. *Centro de Estudos Judiciários: I Jornada - Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*, 2016. Disponível: <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 jul. 2023.

\_\_\_\_\_, Justiça. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários: I Jornada - Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, 2021. Disponível: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.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 jul. 2023.

FICHTNER, José Antonio *et al.* *Convenção de Arbitragem - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina. Aspectos práticos dos *Dispute Boards* e Conceituação dos *Dispute Boards*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Marjorie Wanderley. Lei Federal nº 13.848/2019: A Lei Geral das Agências Reguladoras (Art. 1º ao 3º da Lei nº 13.848/2019). In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo [et al] (coord.). *Marco legal das agências reguladoras na visão delas*: Comentários à Lei n. 13.848/2019 e à IN n. 97/2020. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Board* e os contratos de concessão. In: GARCIA, Flávio Amaral *et al.* (coords.). *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional, guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Flávio Pereira; GONÇALVES, Eduardo Damião; MANGE, Flavia Foz. *Dispute Board* e outras questões práticas sobre regulação de disputas em projetos de infraestrutura. In: PEDROSO, Angélica; OBERTOPP, Kátia. *Construindo um novo Brasil*: principais desafios do regime jurídico da infraestrutura. São Paulo: Imprensa Régia, 2011.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 79-94, jul./set. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/107600>. Acesso em: 21 jul. 2023.

LOPES, Othon Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MANSO, Adriano Marques; SILVA, Sarita de Oliveira Moura da. Desafios para a adoção do *Dispute Board* por Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NETO, José Cretella. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Forense, 2004.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil e no Exterior: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 45, p. 57-63, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/94317>. Acesso em: 21 jul. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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: CHAVES, Mauro César Santiago. ÁVILA, Natália Resende Andrade (coords.). *Direito e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais*. Parte II. Publicações da AGU. Brasília, v. 13, n. 04, p. 19-37, dez 2021-fev (2022).

OLIVEIRA, Pedro Ribeiro de. Formas e características dos *Disputes Boards*. Considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb. *Empreendimentos de Infraestrutura e de capital intensivo: desafios jurídicos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 179-191, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLI, Maria Juliana Candal; IEIRI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *Dispute Boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de

construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SENADO FEDERAL. PL n. 2421/2021 (n. anterior: PLS 206/2018). *Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios*. Autor: Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2289398>. Acesso em: 21 jul. 2023.

SILVA, Leonardo Toledo; PESSOA, João Paulo. Os Dispute Board Adjudication Boards (“DAB”) em Contratos Públicos e Privado e o Problema das Decisões Judiciais Liminares. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021.

SOUZA, Felipe Bezerra de. A aplicação dos *Disputes Boards* na indústria do Petróleo e Gás Nacional. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *Manual de Dispute Boards*. Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards – meio de prevenção de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Cautelar*. Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

VAZ, Gilberto José *et al.* Os *Disputes Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 325-333, jan./mar. 2014.

VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 131-147, jul./set. 2013.

WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun.2005.

\_\_\_\_\_, Arnaldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_, Arnaldo. O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, vol. 866, p. 11-23, dez. 2007.

\_\_\_\_\_, Arnaldo. *Dispute resolution boards*: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

\_\_\_\_\_, Arnoldo. A arbitragem como indução de acordo entre as partes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 133-143, jul. 2014.

\_\_\_\_\_, Arnoldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 59-78, jul. 2014