

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ – PUCPR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

RODRIGO CARVALHO POLLI

**OS *DISPUTE BOARDS* E A SUA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

CURITIBA
2023

RODRIGO CARVALHO POLLI

**OS *DISPUTE BOARDS* E A SUA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Linha de Pesquisa: Direito Econômico e Desenvolvimento

Orientador: Luiz Alberto Blanchet

CURITIBA

2023

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB 9 / 1636

P774d
2023 Polli, Rodrigo Carvalho
Os dispute boards e a sua aplicabilidade nos contratos públicos / Rodrigo
Carvalho Polli; orientador: Luiz Alberto Blanchet. -- 2023
102 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2023
Bibliografia: f. 94-102

1. Contratos administrativos. 2. Administração pública. 3. Administração de
conflitos. 4. Tribunais de Justiça. I. Blanchet, Luiz Alberto.
II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título

Doris 3. ed. – 342.24

RODRIGO CARVALHO POLLI

**OS *DISPUTE BOARDS* E A SUA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito na área de concentração de Direito Econômico e Desenvolvimento e na linha de pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Eduardo Oliveira Agostinho
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Daniel Ferreira
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Curitiba, 28 de março de 2023.

Dedico este trabalho, primeiramente, à Deus que é tão bom e sempre se fez presente em minha vida. Por segundo, à minha linda esposa Elisa, que tanto amo e sempre esteve ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

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

À minha família, agradeço o apoio e compreensão nos momentos de ausência.

À minha amada esposa Elisa Matiotti Polli, todo meu amor e admiração, com especial registro de gratidão pelas críticas e por ouvir com caridade as ideias partilhadas nas horas mais diversas, sempre me levando a reflexões que contribuíram sobremaneira para o engrandecimento do trabalho.

Aos meus pais Ozires Scheidt Polli e Rosane Carvalho Polli, agradeço o exemplo e a dedicação na minha criação.

Aos meus queridos irmãos Camila Carvalho Polli e Rafael Carvalho Polli, que com suas respectivas famílias deixam nossos dias mais coloridos.

Aos meus queridos amigos, que são tantos, que se fossem nomeá-los certamente utilizaria uma boa quantidade de páginas, no entanto, não poderia deixar de mencionar Luciano Elias Reis e Fernando Marcondes que tiveram uma influência muito grande no resultado deste trabalho.

Ao professor orientador Luiz Alberto Blanchet, pessoa que admiro cada vez mais, agradeço a paciência, apoio e incentivo.

Um homem deve sempre adaptar-se às circunstâncias que o cercam e dirigir seus esforços a um novo objetivo, quando vê o anterior ser destruído.
(Ernest Shackleton, 1914)

RESUMO

Os *dispute boards*, método alternativo de resolução de conflitos, que cada vez ganham mais espaço em todo mundo, seja pelas suas características de celeridade, especialidade dos julgadores, ou mesmo em razão das custas para o desenrolar do procedimento, enfim, passam a receber tratamento legislativo. Anteriormente, dispersos diplomas normativos como a Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95, art. 23-A¹) outorgavam de uma forma apenas genérica a possibilidade do uso da resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem. Mais recentemente, impulsionada pela nova lei de licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, que tratou pela primeira vez expressamente dos *dispute boards*, diversos outros diplomas, visando a sua regulamentação, foram publicados no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional dos Estados e Municípios. Certamente impulsionados pelos ótimos resultados extraídos do uso deste procedimento, cada vez mais veremos o uso dos *dispute boards* também nas terras tupiniquins. Certamente, o Brasil é um terreno fértil para o uso deste método alternativo de resolução de conflitos, seja pela existência de um Poder Judiciário absolutamente abarrotado de processos, que se aguardam por uma solução há anos, ou mesmo pela infinidade de possibilidades que clamam pela sua incidência. Nesse sentido, foram, inclusive, apontados determinados cenários nos quais sugere-se o uso dos *dispute boards*, como nas milhares obras públicas paralisadas em todo o território nacional, ou mesmo nos acordos internacionais firmados entre membros da OMC, inclusive, diante do esvaziamento do seu Tribunal de Apelação.

Palavras-chave: *dispute board*; comitê de resolução e prevenção de disputa; eficiência, métodos alternativos de resolução de conflitos.

¹ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

SUMMARY

Dispute boards, an alternative method of conflict resolution, which are increasingly gaining ground around the world, either because of their speed, the expertise of the judges, or even because of the costs involved in carrying out the procedure, in short, begin to receive treatment legislative. Previously, scattered normative diplomas such as the Concessions Law (Federal Law nº 8.987/95, art. 23-A) only generically granted the possibility of using the resolution of disputes arising from or related to the contract, including arbitration. More recently, driven by the new bidding law, Federal Law nº 14.133/2021, which for the first time expressly dealt with dispute boards, several other diplomas, aiming at their regulation, were published within the scope of the direct, autonomous and foundational Public Administration of the States and Municipalities. Certainly boosted by the excellent results obtained from the use of this procedure, we will increasingly see the use of dispute boards in Tupiniquin lands as well. Certainly, Brazil is fertile ground for the use of this alternative method of conflict resolution, either because of the existence of a Judiciary that is absolutely overloaded with cases that have been waiting for a solution for years, or even because of the infinity of possibilities that cry out for its solution. incidence. In this sense, certain scenarios were even pointed out in which the use of dispute boards is suggested, as in the thousands of public works paralyzed throughout the national territory, or even in international agreements signed between WTO members, including, in the face of the emptying of the its Court of Appeal.

Keywords: dispute board; dispute resolution and prevention committee; efficiency, alternative methods of conflict resolution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. ASPECTOS GERAIS DOS <i>DISPUTE BOARDS</i>	15
2.1 Conceituação e breve contextualização histórica.....	15
2.2 A escolha dos membros dos comitês	22
2.3 As vantagens na adoção dos <i>dispute boards</i> como meio alternativo de resolução de conflitos.	26
2.4 Sobre a pesquisa realizada acerca dos benefícios e eficácia dos <i>dispute boards</i>	30
2.5 O princípio da <i>pacta sunt servanda</i> e os <i>dispute boards</i>	31
2.6 Os efeitos da decisão proferida pelos <i>dispute boards</i>	34
2.7 Os contratos FIDIC e os <i>dispute boards</i>	42
3 OS <i>DISPUTE BOARDS</i> NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS.....	47
3.1 A emergência do Estado Eficiente.....	47
3.2 O Direito Administrativo, a descentralização administrativa e o diálogo para a Administração Pública como fatores de legitimação e eficiência.....	51
3.3 A transigência de direitos disponíveis da Administração Pública Brasileira e o avanço legislativo	54
3.4 <i>Dispute boards</i> e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas	63
3.5 Os <i>dispute boards</i> como método de resolução de conflitos na nova Lei de Licitações.....	64
3.6 A intervenção judicial brasileira no <i>dispute board</i>	66
3.7 Análise caso Linha Amarela metrô de São Paulo.....	72
3.8 Considerações acerca do <i>dispute board</i> instaurado	72
3.9 Considerações acerca da demanda judicial instaurada	75
3.10 Considerações comparativas entre a celeridade do trâmite do litígio na via do <i>dispute board</i> e do processo judicial.....	76

4	BRASIL: UM CENÁRIO FÉRTIL PARA PROPAGAÇÃO DA CONSENSUALIDADE	77
4.1	O alto dispêndio de gastos públicos com obras paralisadas	77
4.2	Os <i>dispute boards</i> e os contratos de média e longa duração.....	80
4.3	Os <i>dispute boards</i> na recuperação judicial	81
4.4	O órgão de solução de controvérsias na OMC	83
4.5	A Lei Federal nº 14.353, de 26 de maio de 2022 e a crise na OMC frente ao esvaziamento de julgadores no tribunal de apelação: oportunidade de utilização dos <i>dispute boards</i>	86
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
	REFERÊNCIAS.....	95

1. INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa propõe a abordagem do tema: os *dispute boards*: análise sobre o viés de sua utilidade aos contratos públicos.

De início, a pergunta que se pretende responder é: a Administração Pública poderia melhor utilizar-se dos *dispute boards* como forma de propor maiores benefícios à população?

Frente a este desafio, a presente pesquisa tem como hipótese inicial de investigação a subutilização pela Administração Pública, nos contratos de longa e média duração, dos *dispute boards* – em contrapartida, imbróglis jurídicos administrativos, costumeiramente, são submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, o presente trabalho abordará se o atual cenário de resoluções de conflitos aponta para a utilização de processos judiciais, pelo Poder Público, como a melhor opção à implementação das políticas públicas, sob o aspecto, dentre outros, da celeridade na apreciação do litígio submetido, da experiência dos julgadores que comporão o *dispute board*, onerosidade dos gastos despendidos pela utilização do procedimento.

É notório que, não é de hoje, diversos contratos de longa e média duração firmados entre particulares e Administração Pública, por razões diversas, dentre elas a intercessão do Poder Judiciário, implicam no atraso de obras por longo período de tempo, ou mesmo na descontinuidade de um serviço essencial.

No Brasil, principalmente em razão de exigência do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) no financiamento de obras públicas, notadamente com realização da Copa do Mundo de Futebol e das Olimpíadas, os *dispute boards* passaram a ser adotados de forma mais corriqueira na obtenção de prevenção de litígios.

Ademais, casos como por ex. Linha 4 Amarela do Metrô da cidade de São Paulo/SP, merecem especial atenção, sobretudo, diante do seu ineditismo, bem como por deixar de ser acobertado pelo sigilo que lhe é peculiar, em razão da proposição da ação judicial que se tramita no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conforme discorrido no trabalho presente, estatísticas mundiais têm evidenciado que, em contratos acompanhados por um comitê de resolução de disputas, 97% (noventa e sete por cento) dos litígios surgidos durante a execução

desses contratos e resolvidos pelo comitê não foram objeto de questionamento pelas partes envolvidas. Já dados da *Dispute Resolution Board Foundation* indicam que 99% (noventa e nove por cento) dos conflitos que usam os *dispute boards* se encerram em menos de 90 (noventa) dias, e que 98% (noventa e oito por cento) das disputas são resolvidas pelo mecanismo.

O objetivo geral da pesquisa é fornecer referencial teórico e normativo que legitime e estimule a adoção dos *dispute boards* pela Administração Pública, sendo um método alternativo de resolução de conflitos, na melhora da implementação de políticas públicas.

O método de abordagem escolhido foi o hipotético-dedutivo, o qual comporta a análise de legislação, jurisprudência nacional e internacional e doutrina, especialmente de obras bibliográficas especializada no assunto, no intuito de comprovar as hipóteses inicialmente levantadas.

A técnica de pesquisa foi auferida através de documentação indireta por pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Para isso, partir-se-á das obras literárias mais recentes sobre o tema, colhendo reflexões doutrinárias que delineiam a utilização dos comitês de resolução de conflitos pela administração pública brasileira.

Noutro vértice, a análise documental consistiu não só de obras doutrinárias, mas também do conteúdo disponível em artigos científicos, revistas, teses e dissertações.

Inclusive, no intuito de se obter maiores dados acerca da utilização dos *dispute boards*, foi realizada pesquisa enviada a diversos profissionais que se identificaram especialistas no uso do referido procedimento, como método alternativo de resolução de conflitos. A pesquisa se fez necessária, diante do fato de que os *dispute boards* utilizam-se, em regra, do sigilo acerca das informações nele produzidas, tornando difícil maior obtenção de características, dados práticos, bem como possível satisfação das partes pelo seu uso, diante da submissão de um litígio.

O método de procedimento, por sua vez, é o comparativo analítico com o fim de identificação de decisões proferidas por Comitês de Resoluções de Disputas no Brasil e no Poder Judiciário Brasileiro, que tratem de objetos semelhantes, desde 1995 até os dias de hoje.

Assim, após realizada uma breve contextualização histórica do surgimento dos *dispute boards* nos Estados Unidos, maiores considerações acerca das

características deste instituto foram tratadas neste trabalho, com a realização de um estudo comparativo da legislação estrangeira, bem como de casos práticos ocorridos no estrangeiro e em território nacional.

Mais adiante, como forma de buscar estimular e fomentar ainda mais a utilização dos *dispute boards* especialmente nos contratos públicos, demonstrou-se a necessidade destes contratos recorrerem efetivamente aos métodos alternativos de solução de conflitos, como forma de alcançar resultados realmente efetivos na prestação da solução de imbróglis possíveis de surgirem na execução de obras, ou mesmo em contratos internacionais que demandam a atuação da própria OMC.

2. ASPECTOS GERAIS DOS *DISPUTE BOARDS*

2.1 Conceituação e breve contextualização histórica

Os *dispute boards* fazem parte do sistema multiportas de acesso à Justiça, com inspiração, sobretudo, no artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil², que determina o estímulo do uso de métodos alternativos de resolução de conflitos por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O sistema multiportas ou tribunal multiportas, com inspiração no sistema americano (*Multi-door Courthouse System*), é caracterizado por não restringir as formas de solução de controvérsias exclusivamente ao Poder Judiciário, oferecendo meios alternativos e, muitas vezes, mais adequados ao tipo de conflito, tais como negociação, conciliação, mediação, arbitragem e, propriamente, os *dispute boards*.

A atração de casos neste sentido tem por finalidade a tentativa de desafogar o Poder Judiciário em casos que se verifica uma estrutura fora dos Tribunais capaz de tentar solucionar conflitos sem a chancela Estatal através de distribuição de ações e os percalços dela advindos³.

Na definição de David J. A. Cairns e Ignácio Madalena⁴ os *dispute boards* são:

(...) um órgão geralmente composto por três profissionais imparciais, designados no início da execução do contrato, para acompanhar as partes na resolução de disputas que possam surgir durante a execução do projeto, mediante a emissão de recomendações ou decisões vinculantes para as partes sobre uma determinada controvérsia. Desse modo, o DB se configura como um método especializado e técnico de resolução de controvérsias mediante a decisão neutra de um experto na matéria.

Em sentido semelhante, para Arnaldo Wald⁵, *dispute boards* trata-se de:

² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...) § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³ TJ-SP - RI: 10015691220208260004 SP 1001569-12.2020.8.26.0004, Relator: Rodrigo de Castro Carvalho, Data de Julgamento: 24/02/2021, 3ª Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 03/03/2021.

⁴ CAIRNS, David.; MADALENA, Ignácio. **El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 180, 2006.

⁵ Wald, Arnaldo. A Arbitragem Contratual e os *Dispute Boards*; Revista de Arbitragem e Mediação.: RArb, v. 2. n.6, jul/set2005.

(...) painéis, comites, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boardes - DRB) **ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boardes - DAB)**, ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), **conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.**

Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio a contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio)⁶, bem como de outras câmaras de mesmo porte.

Sua criação remete a necessidade, especificamente, de solucionar litígios surgidos em contratos firmados pelas empresas do ramo de construção, nos Estados Unidos, ainda na década de setenta. A ideia era a de criar um comitê, em que preponderasse de forma inafastável a autonomia da vontade das partes, como forma pacificadora das demandas que porventura surgissem na execução do contrato firmado. Na lição de Alyne De Matteo Vaz Galvão⁷:

resta claro, portanto, que o Dispute Review Board ou Comitê de Solução de Controvérsias é um método alternativo de solução de disputas totalmente fundado na liberdade de contratação das partes. Afinal, foi concebido em um país de common law e passou a ser aplicado, primeiramente, em países com esse tipo de jurisdição, em que a liberdade contratual das partes tem um alcance bastante acentuado e a manifestação de vontade das mesmas, uma vez expressa em contrato, efetivamente faz lei entre as partes, tendo força extremamente pronunciada.

Neste ínterim, estes membros do comitê, seriam os responsáveis por, principalmente, prevenir litígios por meio de respostas a consultas, e solucioná-los, valendo-se de recomendações e/ou decisões.

Ocorre que, antes de se expor as principais características dos *dispute boards*, necessário trazer a bojo, o contexto histórico do surgimento do método em comento, nas palavras de Gilberto José Vaz⁸:

⁶ STJ - REsp: 1569422 RJ 2015/0177694-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2016

⁷ GALVÃO, Alyne de Matteo Vaz. **Os dispute review boards e o sistema jurídico brasileiro**. Revista de arbitragem e mediação. Referência: v. 9, n. 32, p. 191–204, jan./mar., 2012, p. 198.

⁸ 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**, v. 10, n. 38, p. 131.

em um primeiro momento, a figura do Engineer, profissional ou empresa contratada pelo dono da obra (por vezes o Poder Público) para acompanhamento técnico e gerenciamento da implantação, foi, e continua sendo utilizada para o encaminhamento e ou solução das controvérsias, ficando o proprietário com papel de autoridade superior para recurso. A prática, contudo, logo foi (e continua a ser) alvo de questionamentos, pela possível falta de imparcialidade e de isenção que o método permite. Nesse cenário, a arbitragem, técnica alternativa de solução de controvérsias mais difundida na atualidade, foi adotada e desenvolveu-se muito. Anos depois foi a vez dos Dispute Boards conquistarem seu espaço. Em 1975, o procedimento de DB foi utilizado experimentalmente para acompanhar a execução do grandioso projeto de construção do segundo furo do Eisenhower Tunnel, no estado americano do Colorado, com absoluto sucesso. A partir de então, o método veio ganhando alguma relevância, com utilização em alguns projetos, sobretudo nos Estados Unidos, sendo que sua adoção pelas partes contratantes era objeto de negociações específicas, nem sempre fáceis, pois os proprietários relutavam em abrir mão do seu tradicional poder. Nessa época, os primeiros DBs eram juntas de especialistas com notoriedade e conhecimento do objeto da obra ou serviço. Não havia regras ou procedimentos rígidos a serem seguidos e as partes não eram obrigadas a aceitar a opinião dessa junta. Ao final dos anos 80, com o maior desenvolvimento da disciplina de análise de riscos, as disputas de contratos passaram a ser vistas sob um prisma mais abrangente o que, acreditamos, contribuiu para uma maior penetração dessa técnica. Os proprietários, sobretudo os da iniciativa privada, passaram então a compreender que a não solução ou a protelação da solução de disputas surgidas na implantação de um empreendimento acabava por, na maior parte das vezes, encarecer o custo final das obras.

Extraí-se, portanto, que os *dispute boards* nasceram, sobretudo, de uma demanda específica: a construção do *Eisenhower Tunnel*, nos Estados Unidos. A partir deste *case*, os empreendedores perceberam os inúmeros benefícios capazes de serem extraídos do referido procedimento. Inclusive, com o acompanhamento quase que diário do comitê formado para a obra, com soluções prestadas aos litígios de forma quase instantânea, ficou claro que a não solução das disputas surgidas na implantação de um empreendimento implicava, na maior parte das vezes, encarecer o custo final das obras.

A partir do sucesso do caso inaugural, outros tantos foram os importantes passos dados pela sociedade internacional até o que, aqui, no Brasil fosse criado o primeiro ato legal tratando do assunto. Por isso, diante da relevância do trabalho prestado pela Escola de Contas, do Tribunal de Contas do Município de São Paulo⁹,

⁹ Sem Autor. **CURSO de Dispute Boards.** Disponível em: <<https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>> Acesso em: 18, dez. 2020.

acosta-se o seguinte índice cronológico para melhor entendimento sobre o referido instituto:

- 1975: primeiro Dispute Board: Túnel Eisenhower – Colorado – EUA (Comitê de Recomendação);
- 1981: primeiro Dispute Board internacional: EL Cajon Dam, Honduras;
- 1995: Banco Mundial torna os Dispute Boards obrigatório para todos os projetos acima de USD 10 milhões;
- 1995: FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) introduz os Dispute Adjudication Boards (Comitês de Adjudicação) em alguns contratos;
- 1996: Fundação da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF);
- 1997: Banco de Desenvolvimento Asiático e o Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento passam a adotar considerar os Dispute Boards em seus contratos de financiamento;
- 1998: Inglaterra introduz o conceito de adjudicação legal obrigatória, implementado posteriormente na Austrália, Nova Zelândia e Singapura. (...);
- 1999: FIDIC adota os DAB em todos os contratos para grandes obras;
- 2000: Banco Mundial estabelece que as decisões dos Dispute Boards passam a ser de adoção obrigatória até a sua revisão/confirmação por um tribunal arbitral;
- 2003: Contrato para a construção da linha 4 do Metrô da cidade de São Paulo;
- 2015: Aprovação de três enunciados durante a Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF);
- 2018: Aprovação de Lei Municipal disciplinando a utilização dos DBs na cidade de São Paulo e 2 Projetos de Lei, um na Câmara dos Deputados e no Senado.¹⁰

Em complemento ao índice cronológico disponibilizado, há de se mencionar que vários outros diplomas legais foram promulgados posteriormente, conforme melhor aduzido adiante no teor deste trabalho.

Fato é que, após o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, tomarem ciência das vantagens decorrentes da adoção dos *dispute boards*, tornando-os, em 1995, obrigatórios para todos os projetos acima de 10 (dez) milhões de dólares, houve uma difusão do procedimento para todo o resto do mundo.

Inclusive, destaca-se que o Banco Mundial passou a exigir também que, para projetos com valor acima de 50 (cinquenta) milhões de dólares seja usado um *dispute board* formado por 3 (três) membros e, para projetos de valor menor, podem as partes optar por 1 (um) ou 3 (três) membros.

O momento da formação do procedimento é extremamente importante, haja vista que nesta oportunidade serão definidas características relevantes a serem observadas posteriormente. O *dispute board* poderá ser estabelecido previamente ou logo após o contrato ser firmado, quando possuirá um caráter permanente ou

transitório. No caso de ser permanente, o *dispute board* acompanhará o instrumento pactuado durante todo o período que o mesmo perdurar, sem mesmo que exista um conflito preexistente. Em contrapartida, quando for transitório, através de uma constituição “*ad hoc*” pelas partes apenas quando da ocorrência de uma controvérsia formalmente submetida, o mesmo permanecerá ativo até a prolação da decisão e o esgotamento dos procedimentos a ela aplicáveis.

Normalmente, tal método de resolução de conflito é constituído em três modalidades: o *dispute review board* (DRB), que aconselha as partes com sugestões apenas; o *dispute adjudication board* (DAB), no qual o comitê desempenha função decisória, impondo as soluções; e o *combined dispute board* (CDB), que pode tanto emitir recomendações não vinculantes quanto proferir decisões vinculantes. Contudo, não existem regras prévias e modalidades vinculantes ao *dispute board*, ao passo que ele será formado de acordo com a autonomia da vontade das partes. Este sim é o princípio norteador deste método de resolução de conflitos.

O *dispute board* realiza um trabalho pacificador, ao auxiliar as partes a compreender as dificuldades da execução contratual e promovendo um constante diálogo.

No Brasil, a utilização do *dispute boards* é bem mais recente, mas não menos importante, destacando-se o caso paradigmático da ampliação da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo, no qual o Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) exigiu a presença de um comitê de resolução de conflitos para o acompanhamento da obra, cujo painel foi composto por três engenheiros (estudo de caso realizado em tópico específico).

Mais tarde, possível identificar-se a utilização deste mecanismo em termos firmados na Parceria Público-Privada para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves e da Rodovia MG-050, em Minas Gerais, bem como em diversos contratos firmados para a construção ou reforma de estádios para a Copa do Mundo de 2014 (Arena Fonte Nova- Bahia, Arena Areia das Dunas - Rio Grande do Norte, no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante - Pernambuco, e nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel - São Paulo) e nas Olimpíadas do Rio de Janeiro.

Segundo Luciano Ferraz¹¹, mecanismo assemelhado foi incluído, pela primeira vez, nos artigos 119 e seguintes do Regulamento de Licitações e Contratos da CEMIG (Companhia Energética de Minas Gerais), editado em 12/01/2018, com base no art. 40 da Lei 13.303/16, sob a denominação de “Adjudicação Decisória”, e, posteriormente, tal mecanismo passou a constar de outros regulamentos de licitações e contratos de empresas estatais, como, por exemplo, do Regulamento da CELESC – Centrais Elétricas de Santa Catarina.

Com a edição da nova lei de licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, diversos outros diplomas, visando a sua regulamentação, foram publicados no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional dos Estados e Municípios – oportunidades nas quais, por muitas vezes trataram expressamente dos *dispute boards*.

No âmbito municipal, o município de São Paulo foi vanguardista ao autorizar o uso dos *dispute boards* de forma expressa, nos contratos com o Poder Público. A Lei Municipal nº 16.873/2018 reconheceu e regulamentou a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. A lei foi regulamentada pelo Decreto Municipal nº 60.067/2021. A autorização se deu, no entanto, para os editais de licitação dos contratos de obras públicas, bem como de concessão ou permissão que tenham como objeto, ou como parte do objeto, a execução de obras, com valores iguais ou superiores a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

No âmbito estadual, destaca-se o Decreto nº 10.086 de janeiro de 2022, do estado do Paraná, que regulamenta a Lei Federal nº 14.133/2021, a qual autoriza a adoção dos *dispute boards* nos editais e nos contratos de obras, serviços de engenharia, concessões de serviço público, concessões patrocinadas e administrativas, cujo valor exceda a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Além disso, existem diversos projetos de lei que tratam acerca do tema, visando dar maior segurança aos comitês de resolução de conflitos, como por exemplo, o PL nº 9.883, de 2018, de relatoria do Deputado Federal Pedro Paulo, que sugere, consoante disposição do art. 9º, a estipulação do prazo de 30 (trinta) dias para

¹¹ FERRAZ, Luciano. Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>> Acesso em: 19, out. 2021.

que as partes de se manifestem acerca da concordância da recomendação emitida pelo Comitê, podendo a mesma ser revisada, seja pela arbitragem ou mesmo pelo Poder Judiciário:

art. 9º As partes contratantes têm o prazo de 30 (trinta) dias para manifestar discordância da recomendação emitida pelo Comitê, hipótese em que a questão pode ser levada à arbitragem ou ao Poder Judiciário, tornando-se obrigatório o cumprimento da recomendação apenas depois de confirmada por sentença arbitral ou judicial.

Outra inovação seria aquela tratada no art. 11º do mesmo projeto, o qual tornaria obrigatória a adoção dos *dispute boards* para contratos cujo valor seja superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Mormente, os *dispute boards* são muito usados por bancos de desenvolvimento, como já dito anteriormente, pelo próprio Banco Mundial, mas também como por organismos internacionais importantes, como a *International Chamber of Commerce* (ICC) – ou Câmara de Comércio Internacional – e a *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC), estando previstos, também, em algumas legislações internacionais.

O próprio Poder Judiciário, vêm estimulando o uso dos *dispute boards* como método alternativo de resolução de conflitos. No âmbito da Justiça Federal identifica-se o enunciado nº 49¹², editado em sintonia com o §3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro, e com o enunciado nº 80¹³ da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF), onde percebe-se a sua recomendação para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Os enunciados acima, inclusive reforçaram a possibilidade da adoção, pela Administração Pública, dos *dispute boards* em contratos que já estivessem em fase

¹² Enunciado CJF nº 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.”

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹³ Enunciado CJF nº 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.”

de execução. Ou seja, é possibilitado ao ente público firmar, por meio de aditamento, a alteração de cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário os *dispute boards*. No entanto, tal enunciado nada mais fez do que repisar o disposto no art. 153, da nova lei de licitações, que determinar que “os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.

Atualmente, a adoção desse método é especialmente aconselhável para além do setor de construção civil, abrangendo contratos de média e longa duração (que por muitas vezes possuem uma grande quantidade de contratos conexos e derivados), sendo mais frequentemente observados em relações oriundas de contratos de franquias, questões pertinentes à propriedade intelectual e casos de recuperação judicial de empresas.

2.2 A escolha dos membros dos comitês

Um *dispute board* necessariamente será formado por um número ímpar de membros - como forma de evitar constantes empates na elaboração da decisão; sendo levado a efeito por intermédio de “um comitê imparcial de *experts*” (na prática, geralmente são três membros, sendo dois engenheiros e um advogado), responsáveis por, principalmente, prevenir litígios por meio de respostas a consultas, e também de solucioná-los, valendo-se de recomendações e/ou decisões”. Neste sentido, Matheus Oliveira Machado¹⁴ ressalta que, através da observância destas providências, estarão asseguradas a isonomia entre as partes, bem como a imparcialidade por parte dos componentes do comitê:

usualmente, os comitês são formados por um ou por três membros, números fixos para o modelo proposto pelo CI Arb. Já para a ICC, existe a flexibilidade (art. 7, item 1) no número de membros, e o Comitê pode ser composto por dois ou por mais destes. Além disso, se não for acordado o número de integrantes, os comitês serão formados por três membros (art. 7, item 2), conforme disposto em ambos (Regulamento do CI Arb, 6, item 1) os regulamentos.

Optando pelo quórum de três membros, cada parte escolherá um deles, e a escolha do terceiro ficará a cargo dos dois já eleitos (Regulamento do ICC, arts. 7, item 5, e 6, item 3). Dessa maneira, haverá isonomia entre as partes e imparcialidade por parte dos componentes do comitê.

¹⁴ MACHADO, Mateus de Oliveira. **A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (rdc)**. Disponível em: <[file:///C:/Users/rodri/Downloads/294-1576-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rodri/Downloads/294-1576-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

A escolha do terceiro membro independente é de fundamental importância, pois, em regra, este ocupará o cargo de Presidente do Comitê (Regulamento da ICC art. 7, item 5), também denominado Chairperson (Regulamento do CI Arb, art. 6, item 3), o qual possui a prerrogativa do voto de minerva (Regulamento do ICC, art. 15, itens 2 e 4).

Entre os deveres dos membros do comitê, destacam-se a independência, a imparcialidade, a celeridade e o dever de sigilo/confidencialidade.

Note-se que o autor acima mencionado motiva o seu entendimento, utilizando-se de Regulamentos de importantes câmaras de conciliação, dentre elas a *Chartered Institute of Arbitration*.

Nos contratos públicos os membros do comitê não serão titulares de cargo, sequer se há falar em comissionamento, muito menos em emprego público.

Ademais, preferencialmente, será constituído por uma forma mista, ou melhor dizendo híbrida, a fim de que melhor atenda aos interesses de ambas as partes, observando critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Nesse sentido, o art. 154 da nova lei de licitações, firma que “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.”

Inclusive, os membros escolhidos, se submetem aos mesmos deveres impostos aos magistrados, nos termos previstos na Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), sobretudo, quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; dentre outros.

O decreto paranaense que regulamenta a nova lei de licitações, Decreto Estadual nº 10.086/2022, no art. 722, assim como a Lei Municipal de São Paulo nº 16.873/2018, trazem os deveres de imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição que deverão ser observados por aqueles que compõem os *dispute boards*. Sendo que estarão impedidos de funcionar como membros do comitê as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades.

Adiante, em ambos os dispositivos, o §2º estabelece que as pessoas indicadas para funcionar como membro do comitê têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Relevante é a discussão sobre a necessidade ou não do edital a instituição responsável pela instituição especializada ou Comitê “*ad hoc*” para instauração e processamento do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas.

Sobre a necessidade ou não de observância desta premissa, aduz Carlos Henrique Soares ¹⁵, tratando analogicamente sobre o mesmo tema na arbitragem, que a “desnecessidade de licitação para escolha de câmara arbitral é o panorama que melhor atende ao interesse das partes, uma vez que consagra a autonomia da vontade, expressando, em última instância, o interesse público, por primar pela efetividade, agilidade e o menor ônus nas ações administrativas.”

A Justiça Federal, com o intuito de contribuir com esta discussão, entabulou na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios o enunciado nº 203 o qual prevê que “o processo de escolha, pela Administração Pública, daqueles que atuarão como terceiros facilitadores em métodos extrajudiciais de resolução de conflitos em que o Poder Público figurará como parte, prescinde de prévio procedimento licitatório, devendo a decisão ser motivada e ser observadas as disposições do artigo 154 da Lei nº 14.133/2021”. Na justificativa ao enunciado, pretendeu-se destacar que a escolha dos membros dos comitês, e, também, a escolha dos conciliadores e dos negociadores (...) não deve se submeter a um processo formal de licitação.

Tal dispositivo visa a expandir o plano de incidência do já aprovado enunciado nº 39, da I Jornada de Direito Administrativo, que determinou que “a indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes”. A revisão desse enunciado teve como principal fundamento o art. 153 da nova lei de licitações, que, expressamente, determinou, como já dito, que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados

¹⁵ SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de Toledo. **(Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral**. Disponível em: < <file:///C:/Users/rodri/Downloads/1578-Texto%20do%20artigo-4225-1-10-20130412.pdf> >. Acesso em: 14 nov. 2022.

arbitrais e os membros do comitê de resolução de disputas (*dispute boards*) observará critérios “isonômicos, técnicos e transparentes”.

Além da observância dos critérios elucidados, é certo que a escolha dos membros dos comitês, dos conciliadores e dos negociados, não deverá se submeter a um processo formal de licitação, também pela razão de que a contratação de árbitros, de conciliadores, de negociadores e de membros dos *dispute boards*, trata-se, em princípio, de hipótese de inexigibilidade de licitação, na forma do art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021.

No que tange à escolha da câmara arbitral, o Decreto Federal nº 10.025, de 2019, dispõe que o credenciamento das câmaras será feito pela Advocacia-Geral da União. Para tanto, o credenciamento dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos, quais sejam: deverão estar em funcionamento há, no mínimo, três anos; ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência; e possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. Os árbitros, por sua vez, serão escolhidos nos termos da convenção de Arbitragem. Para evitar situações de impedimento ou suspeição, os mesmos deverão ter plena capacidade civil, conhecimento compatível com a natureza do litígio e não manter relações com quaisquer das partes.

Importante mencionar que o art. 5º do referido decreto, possui previsão que os contratos poderão conter “cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias”, o que abre a possibilidade da instituição de cláusula prevendo o uso de um *dispute board*.

O mesmo raciocínio aplicado à escolha das câmaras arbitrais deverá ser aplicado às instituições incumbidas de realizar os *dispute boards* “ad hoc”.

No que diz respeito ao financiamento dos gastos despendidos com os honorários dos membros do comitê de resolução de conflitos, importantes lições são possíveis de se extrair do julgado da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2130958-11.2021.8.26.0000, realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 09.02.2022, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º da lei 12.235/2020, do município de Sorocaba/SP:

art. 4º Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção

do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

A ação foi procedente para que, no ponto em que "(...) enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato" é tratada a destinação de receita pública, matéria que, integra o orçamento anual e cuja lei respectiva é de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – motivo pelo qual, estaria caracterizada a ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Ademais, por ocasião do julgamento da mesma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, firmou-se o entendimento de que o pagamento dos honorários dos membros dos comitês que merece observação à necessidade, adequação e mesmo na proporcionalidade, ofende critérios para conferência da razoabilidade, “na medida em que não há garantia de que o método alcance resultados, porque depende do consenso constante entre os contratantes, além de encarecer sobremaneira a execução daqueles negócios jurídicos”.

No entanto, há de se perceber que o artigo impugnado é absolutamente idêntico ao disposto na lei municipal de São Paulo, que se encontra vigente. A diferença ao que parece reside no fato de que a lei de São Paulo aplica-se exclusivamente aos contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo, enquanto que a legislação de Sorocaba, incidirá nos contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Direta e Indireta do Município de Sorocaba – caracterizando, portanto, a ofensa à Separação de Poderes aduzida no julgado.

2.3 As vantagens na adoção dos *dispute boards* como meio alternativo de resolução de conflitos.

A utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos são altamente indicadas, em tempos de um Poder Judiciário absolutamente sufocado pela alta distribuição de demandas, que, segundo informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁶, só no ano de 2021, foi constatado um aumento do

¹⁶Sem autor. **Justiça em números 2022**. Extraída do site <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>, acessado em 15/10/2022.

estoque de processos, haja vista que foram baixados 26,9 (vinte e seis vírgula nove) milhões, enquanto aproximadamente 27,7 (vinte e sete vírgula sete) milhões foram protocolados, restando, assim, um passivo de 800 mil processos.

Ou seja, atualmente, são mais propostas novas demandas, dentro de um ano, do que a estrutura do Poder Judiciário é capaz de julgar.

Em contrapartida, mais de 3,1 (três vírgula um) milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, mostrando que grande parte dos processos distribuídos poderiam ser resolvidos numa fase pré-processual, ou seja, antes mesmo de se recorrer ao Poder Judiciário.¹⁷

Neste ínterim, os *dispute boards*, ou seja, os comitês de resolução de disputas, como ferramenta pré-processual tem se demonstrado efetiva, na prevenção e resolução de conflitos. Diversas pesquisas apontam que a adoção do *dispute boards* como meio alternativo de resolução de conflito atingem um percentual altamente relevante de solução das controvérsias a que são submetidos.

Estatísticas mundiais têm evidenciado que, em contratos acompanhados por um comitê de resolução de disputas, 97% (noventa e sete por cento) dos litígios surgidos durante a execução desses contratos e resolvidos pelo comitê não foram objeto de questionamento pelas partes envolvidas, nesse sentido as palavras de Júlio Bueno e Augusto Figueiredo:

as estatísticas da DRBF revelam que aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato que utilize Dispute Board são resolvidas no seu âmbito, evitando a necessidade de recurso à arbitragem ou ao Judiciário. A DRBF também aponta a identificação oficial de quase 2.340 projetos no mundo que já tenham utilizado Dispute Boards, com valor global estimado em mais de US\$ 166 bilhões. A linha amarela do Metrô de São Paulo é um desses projetos e considerado o modelo pioneiro da adoção de Dispute Boards no Brasil. Com esse importante precedente, imposto por força do Banco Mundial, um dos financiadores do projeto, outros exemplos se seguiram em vários estados do Brasil.¹⁸

Já informações trazidas pela Comissão de Prevenção e Resolução de Conflitos da Câmara de Comércio Brasil – Canadá, informam que a eficiência do *dispute boards*, tanto em termos de obtenção de soluções quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada. Dados da *Dispute Resolution Board*

¹⁷ Idem

¹⁸ BUENO, Júlio e FIGUEIREDO, Augusto. **Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. In: Cadernos FGV PROJETOS, Solução de Conflitos, Abril/Maio 2017, Ano 12, nº 30, p. 92.

Foundation “indicam que 99% dos conflitos que usam *dispute boards* são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo”.¹⁹

Ou seja, é muito clara a maior celeridade de um litígio submetido a um *dispute board* quando comparado com um procedimento judicial, nesse sentido são as palavras de Arnaldo Wald²⁰:

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.

A caracterização da maior celeridade de um *dispute board* diante da adoção da instauração de um litígio judicial, ficará mais evidente quando este trabalho tratar sobre o caso da Linha 4 Amarela, do Metrô de São Paulo – oportunidade em que será traçado um paralelo sobre os dois procedimentos.

Adiante, além da comprovada eficácia, os *dispute boards* constituem também um importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos. Dessa forma, o mecanismo acaba contribuindo para a reputação das partes envolvidas no meio corporativo, conferindo-lhes vantagens intangíveis no mercado.

Veja que um *dispute board* acontece simultaneamente à execução do contrato firmado, com a participação latente dos envolvidos.

Inclusive, os *dispute boards*, implicam, por consequência, em uma grande contribuição à diminuição do alto número de demandas que atualmente são submetidas ao Poder Judiciário, posto que evita, por muitas vezes, que as partes recorram a este método de resolução de conflitos na obtenção de uma solução ao conflito demandado.

¹⁹ Sem autor. **Comitê de resolução e prevenção de disputas**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acessado em: 10 mar. 2022.

²⁰ WALD, Arnaldo. **Dispute resolution boards: evolução recente**. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/mod_folder/content. Acessado em: 03 jan. 2023.

No Reino Unido, o Magistrado Coulson²¹, ao proceder apreciar o caso *Severfield v Duro*, destacou que as decisões proferidas num *dispute board*, “longe de ser uma punição”, tem sido geralmente considerada uma bênção pela indústria da construção. Segundo ele, apesar de alguns aspectos negativos existentes, os *dispute boards* cumprem seu objetivo principal de proteger o fluxo de caixa do qual dependem projetos e empreiteiros, sendo “há quase 20 (vinte) anos um processo de resolução de disputas eficaz e eficiente que agora está firmemente enraizado na indústria da construção no Reino Unido”.

No que se refere aos valores despendidos em um *dispute board*, geralmente, os custos dos dispute boards são menores em comparação com os custos da arbitragem internacional, pois o procedimento normalmente é menos sofisticado e muito mais rápido.

No entanto, os custos variam, de acordo, entre outros, do número de membros que formarão o comitê, os seus honorários e do tempo de serviço.

Além disso, ao menos que pactuado de uma forma diversa entre as partes, a regra padrão é que os custos do *dispute board* sejam divididos igualmente entre as partes. Se a parte contrária se recusar a pagar sua parte, normalmente acontece da outra parte cobrir todos os custos surgidos, permitindo o funcionamento do *dispute board* com, posteriormente, direito de solicitar o reembolso da parte devida pela outra parte.²²

Além disso, os *dispute boards* também apresentam procedimento mais informal, inclusive no que tange à apresentação de documentos, e, nos casos de construção, costumam se limitar àqueles normalmente produzidos no curso da obra e no eventual depoimento de testemunhas, sendo facilitada a comunicação aberta e a cooperação entre as partes no intuito de resolverem suas controvérsias de forma amigável, muitas vezes sem ter que recorrer ao próprio procedimento.

Ainda assim, é possível que alguém se questione: para que serve uma decisão de um *dispute board*, se sua execução depende, em última análise, da vontade da parte vencida em cumprir?

²¹ DAHS, Redeker Sellner. **Statutory adjudication of construction contracts in the UK**. Extraída do site <https://www.womblebondnickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk>, acessado em 15/11/2022.

²² PATTERSON, Lindy; HIGGS, Nicholas. **Dispute Boards**, in S. Brekoulakis and D. B. Thomas (eds.), *The Guide to Construction Arbitration* (3rd ed., 2019), p. 159.

A resposta é que, especialmente nos países de *common law*, uma decisão proferida por um *dispute board* fornece às partes uma solução “cumprir agora, discutir depois”, permitindo assim que a execução de seu contrato principal prossiga sem complicações indevidas, preservando os direitos das partes de buscar uma determinação final de suas disputas em um estágio posterior por meio de arbitragem (ou litígio).²³

Também poderá um *dispute board* servir de incentivo para resolver a disputa, trazendo uma visão objetiva das divergências ou disputas das partes e ajudando a preservar a sua relação comercial. Sendo assim, a controvérsia já estará, pelo menos até certo ponto, delineada, o que pode ter um impacto positivo em termos de tempo e custos de procedimentos arbitrais subsequentes.

Por último, mas não menos importante, embora os árbitros e magistrados dos mais diversos tribunais nacionais não estejam vinculados *stricto sensu* às decisões de um *dispute board*, eles são influenciados por elas e fazem inferências adversas quando a parte perdedora se recusa injustificadamente a cumpri-las voluntariamente²⁴.

2.4 Sobre a pesquisa realizada acerca dos benefícios e eficácia dos *dispute boards*

Visando a obtenção de dados concretos sobre os *dispute boards*, a fim de tomar ciência sobre a suas reais vantagens e possível eficácia, o Autor, utilizando-se do aplicativo de rede social profissional mundial *linkedin*, enviou seis questionamentos sobre o assunto, quais sejam: 1. Os *dispute boards* são um meio eficaz de resolução de conflitos? 2. Possui alguma experiência com *dispute boards* em contratos públicos? 3. Das experiências que teve, o que mais chamou a atenção nos *dispute boards*: celeridade do procedimento, expertise dos membros, valor gasto no procedimento ou outra característica? 4. Qual o tempo médio para completar um *dispute board*: até 90 dias, até 180 dias, ou mais de 180 dias? 5. As partes recorreram da decisão final do *dispute board*: sim, recorreu à arbitragem; sim, recorreu ao Judiciário; ou não recorreu. 6. Você usaria um *dispute board* novamente?

²³ Idem.

²⁴ CARLEVARIS, Andrea. **The 2015 ICC Dispute Boards Rules**, in D. Ly and P. Gélinas (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (2017), p. 70.

As respostas foram concedidas por profissionais das cidades de Londres, na Inglaterra, Berlim, na Alemanha, São Paulo e Rio de Janeiro, no Brasil.

Todos os profissionais confirmaram que os *dispute boards* são meio eficazes de resolução de conflito, de modo que as disputas tiveram um tempo médio de duração de até 90 (noventa) dias, bem como que nenhuma das suas decisões foram referendadas pelo Poder Judiciário, ou mesmo por um Tribunal Arbitral.

Interessante que, no que diz respeito ao questionamento sobre o que mais teria chamado a atenção dos profissionais num *dispute board* no qual teriam participado, as respostas apontaram para a maior celeridade do procedimento, bem como pela especialização dos julgadores, em relação aos procedimentos judicial e arbitral.

Apenas um dos julgadores que se submeteram a pesquisa afirmou não possuir experiência em *dispute boards* estabelecidos com o Poder Público figurando como parte.

Em conclusão, todos os participantes disseram recomendar os *dispute boards* como método alternativo de resolução de conflitos, diante das benesses auferidas no procedimento e perenidade das decisões.

Esclarecendo-se, que o uso da pesquisa se fez necessário em razão de que os *dispute boards* na sua essência, são procedimentos que primam pelo sigilo entre as partes, portanto, persistiu-se uma grande dificuldade na obtenção de maiores resultados acerca dos seus principais resultados.

2.5 O princípio da *pacta sunt servanda* e os *dispute boards*

A essência de um *dispute board* necessariamente observará os ditames do princípio da *pacta sunt servanda*, motivo pelo qual, essencialmente privilegiar-se-á a autonomia da vontade das partes.

A expressão *pacta sunt servanda* – do latim, “pactos devem ser respeitados” ou “acordos devem ser cumpridos” – é utilizada para designar um princípio clássico da teoria dos contratos, segundo o qual haveria obrigatoriedade em cumprir o que foi acordado em contrato. Por esse motivo, o *pacta sunt servanda* é conhecido também como “princípio da obrigatoriedade” ou “força obrigatória dos contratos”.

Em suma, o princípio da *pacta sunt servanda* afirma que aquilo que foi pactuado entre duas ou mais partes tem força de lei para elas. Por esta razão, na visão de Arnaldo Rizzardo a concepção filosófica da teoria clássica do brocardo *pacta sunt servanda*, consagrava que, as convenções legalmente formadas, constituem lei para aqueles que as celebram. Por isso, conforme a regra consolidada no direito canônico, um acordo de vontades é irredutível, um contrato deverá ser cumprido do mesmo modo que uma lei deverá ser obedecida.²⁵

Assim sendo, a jurisprudência do STJ é uníssona ao firmar que uma atividade empresarial é caracterizada pelo risco e regulada pela lógica da livre-concorrência, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio *pacta sunt servanda* ²⁶.

A autonomia da vontade das partes se refere a existência de flexibilidade existente em um *dispute board*, que por sua vez, se refere à possibilidade de alteração sobre o que elas deliberaram acerca das condições contratuais que envolvam as regras que serão observadas no procedimento. Acerca do assunto, dispõe Arnaldo Wald²⁷:

a flexibilidade nos dispute boards é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convém, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os dispute boards tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e parcerias público-privadas, em contratos de fornecimento a longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.

No entanto, não é possível deixar despercebido que a jurisprudência dos tribunais nacionais, é firme no sentido de que o princípio da *pacta sunt servanda* pode ser relativizado, visto que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva dos contratos²⁸.

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁶ STJ - REsp: 1644890 PR 2016/0330353-7, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 18/08/2020, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/08/2020.

²⁷ WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os Dispute Boards. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, p. 9-24, jul-set/2005.

²⁸ STJ - AgInt no AREsp n. 1.506.600/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/12/2019, DJe de 12/12/2019.

Conforme o enunciado n. 23 do Conselho Superior da Justiça Federal (CSJF)²⁹, observando o disposto no artigo 421 do Código Civil, firma que haverá diminuição do alcance do princípio da autonomia, em observância à função social do contrato, quando estiverem incluídos os interesses metaindividuais ou aqueles relativos à dignidade da pessoa humana.

Diante deste contexto, é possível concluir-se que “uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato, a avença se torna obrigatória entre as partes, que não se podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo”. Sendo que é justamente essa obrigatoriedade que “forma a base do direito contratual”, devendo o ordenamento conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar por perdas e danos.”

Ademais, se o contrato foi firmado livremente entre as partes prevalece a regra do “*pacta sunt servanda*”³⁰, devendo cada uma das partes envolvidas no litígio arcar com a responsabilidade assumida no acordo de vontades.

O contrato faz lei entre as partes, devendo, por isso, prevalecer sob pena de violação ao princípio do *pacta sunt servanda*. Entendimento contrário só serviria para provocar insegurança aos contratantes, acarretando inegável desequilíbrio à relação jurídica”. “A eficácia de imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada material se projeta para o futuro. Isto quer dizer que, produzida a coisa julgada material, as questões decididas, além de imutáveis, são indiscutíveis”³¹.

No Panamá, foi instaurada uma arbitragem, em razão de um litígio decorrente de cláusula contratual firmada no contrato que tratou da expansão do Canal do Panamá. Nesta ocasião, a Hidrelétrica San Lorenzo (FIDIC Silver Book), em razão de um imbróglio surgido logo no Projeto de Saneamento da Baía, que está sendo administrado através do FIDIC Gold Book, teve uma sentença arbitral proferida na data de 17 de novembro de 2014 pela Quarta Sala Comercial Geral da Corte Suprema de Justiça do Panamá³². A execução foi solicitada e pronunciada pela Corte

²⁹ A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

³⁰ (TJ-SP - AC: 10048270520218260292 SP 1004827-05.2021.8.26.0292, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 18/03/2022, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2022.

³¹ TJ-SP - APL: 10016124720178260070 SP 1001612-47.2017.8.26.0070, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 30/10/2018, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2018.

³² Corte Suprema de Justiça do Panamá. Quarto of General Business (17 de novembro de 2014), arquivo: 589-14. Magistrado Palestrante: Luis Ramón Fábrega Sánchez.

Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC) com sede na República do Panamá, sob procedimentos de arbitragem internacional executados de acordo com o Contrato Arbitragem constante da cláusula 20.6 do Contrato de Execução das Obras denominada Usina Hidrelétrica San Lorenzo, sob o Modelo FIDIC (*Federação International Consulting Engineers*) conhecido como *Silver Book*, assinado por Hidroeléctrica San Lorenzo S.A. e Saret Corporate Group of Panamá S.A., ambas empresas domiciliadas no Panamá. Nesta sentença arbitral, a empresa autora (Saret Corporate Group of Panamá S.A.), foi condenada a arcar com as custas da arbitragem, por ter apresentado o pedido de arbitragem prematuramente, sem antes ter disponibilizado o litígio à um *dispute board*, conforme indicado pelas condições estabelecidas na cláusula compromissória. Ou seja, a condenação se deu em razão de evidente desrespeito ao que as partes haviam pactuado anteriormente, de forma que caso surgisse algum imbróglio decorrente do contrato firmado, antes de submeter uma demanda a um tribunal arbitral o litígio deveria necessariamente ser apreciado por um comitê de resolução de conflitos.

Portanto, o tribunal arbitral declarou não ter competência para conhecer da controvérsia, prestigiando o princípio da *pacta sunt servanda*, pelo qual necessário antes da arbitragem, submeter à demanda ao *dispute board*, se assim foi firmado pela via contratual.

Assim, é de se perceber que o princípio da *pacta sunt servanda* merece especial atenção, aos *dispute boards*, em razão de que o que foi firmado por ocasião do contrato firmado entre as partes, desde que não se contraponha ao ordenamento jurídico pátrio, deverá ser observado de forma vinculativa aos pactuantes.

Por isso, a autonomia das partes é tão relevante, nesta ocasião, em razão que os próprios particulares interessados não somente poderão, mas sim terão a obrigação, de estipular as regras a serem imputados no caso do surgimento de um litígio decorrente de um contrato.

2.6 Os efeitos da decisão proferida pelos *dispute boards*

O objetivo dos *dispute boards* é resolver disputas em um estágio inicial, antes que elas se transformem em litígios demorados e caros. Em regra, os especialistas são nomeados para compor o comitê ainda no estágio inicial do projeto, passando a acompanhar o projeto durante toda a sua duração. Se surgirem disputas

entre as partes no decorrer do projeto, os especialistas podem proferir uma decisão provisória e vinculante em um período de tempo relativamente curto. Dessa forma, podem ser evitados atrasos à obras, devido ao surgimento de disputas que retardariam o andamento do projeto.

Quanto aos efeitos decorrentes de uma decisão proferida por um *dispute board*, conforme já delineado anteriormente, variará de acordo com a sua modalidade escolhida.

Segundo o Regulamento Relativo aos *dispute boards* do Centro Internacional de ADR, da Câmara de Comércio internacional, um *dispute board* poderá atuar de forma a encorajar as partes a resolvê-lo por conta própria. Se isso for impossível, ou o desacordo for tão entranhado, o *dispute board* poderá intervir prestando assistência informal para ajudar as partes a resolver a questão por acordo, ou mesmo se prestar a resolver o conflito através de uma recomendação ou uma decisão emitida após um procedimento de remissão formal.

Assim, em regra, três tipos de *dispute boards* podem ser identificados: *dispute adjudication boards* (comitês de adjudicação de controvérsias), que emitem decisões vinculantes que devem ser cumpridas imediatamente; *dispute review boards* (comitês de revisão de disputas), que emitem recomendações que não vinculam as partes; e *combined/hybrid dispute boards* (disputa combinada/híbrida) que, dependendo da discricção dada, podem emitir recomendações ou decisões vinculativas.

Um *dispute review board*, segundo o Regulamento Relativo aos *dispute boards* anteriormente mencionado, tem o intuito de auxiliar as partes na prevenção e resolução de imbróglios através de assistência informal e na emissão de conclusões relativas à litígios no caso de remissão formal, através de uma recomendação às partes. Após o recebimento de uma recomendação, as partes poderão cumpri-la voluntariamente, caso desejem. Decorrido o prazo acordado entre as partes, após o recebimento da recomendação, não havendo nenhuma das partes notificado a outra e nem mesmo o comitê, por escrito, sobre a sua insatisfação com a recomendação, esta então se tornará vinculativa para as partes. Os envolvidos deverão cumprir sem demora a referida recomendação, haja vista a concordância não contestarem da mesma, salvo se o acordo realizado confronte o ordenamento legal vigente. Se qualquer uma das partes não cumprir a recomendação quando obrigada a cumpri-la, a outra parte poderá submeter o descumprimento à arbitragem se os envolvidos assim

o tiverem convencionado, ou, na falta de convenção, a qualquer tribunal competente, sem necessidade de submetê-lo primeiro ao *dispute review board*.

Em contrapartida, um *dispute adjudication boards* poderá auxiliar os envolvidos na prevenção de litígios, com a emissão de uma decisão. Esta decisão passa a vincular as partes no momento de seu recebimento, motivo pelo qual deverão cumpri-la de pronto, independentemente de qualquer manifestação de insatisfação. As partes, geralmente, acordam que, se, dentro do prazo acordado, seguinte ao recebimento de uma decisão, nenhuma delas notificar a outra e o próprio comitê por escrito, de sua insatisfação com o decidido, a mesma permanecerá vinculativa e tornar-se-á final. Se qualquer uma dos envolvidos não cumprir a decisão emitida, a outra parte poderá, da mesma forma que em um *dispute review board*, submeter esse descumprimento, sem necessidade de submetê-lo primeiro ao *dispute adjudication boards*, à arbitragem, ou a qualquer tribunal competente.

Qualquer parte que não esteja satisfeita com uma decisão deverá notificar a outra parte e mesmo o comitê, por escrito, de sua insatisfação. Essa notificação deverá especificar os motivos da sua insatisfação. Se o comitê de resolução de disputas não emitir sua decisão no prazo acordado, ou se for dissolvido antes da emissão de uma decisão sobre um litígio, o conflito em questão será resolvido definitivamente por arbitragem, ou pelo tribunal competente. Importante mencionar que, até que o imbróglio seja definitivamente resolvido por arbitragem ou de outra forma, as partes permanecerão obrigadas a cumprir qualquer decisão emitida dentro do prazo previsto.

Já um *combined/hybrid dispute boards* (disputa combinada/híbrida) poderá emitir decisões e/ou recomendações. Se qualquer uma das partes solicitar uma decisão em relação a um determinado litígio, e a outra parte não discordar disso, o *combined dispute boards* deverá emitir uma decisão. Contudo, se um dos envolvidos solicitar uma decisão e outra parte discordar disso, o *combined dispute boards*, deliberará sobre a possibilidade de emitir uma recomendação ou decisão, considerando, dentre outros, os seguintes fatores: i) se, em razão da urgência da situação ou de outras considerações pertinentes, uma decisão facilitará a execução do contrato ou evitará uma perda ou prejuízo significativo por qualquer um dos envolvidos; ii) se a decisão prevenirá a ruptura do contrato; e ainda, iii) se a decisão é necessária para a preservação de provas.

Ressalte-se que a proposição de uma lei sobre uso dos *dispute boards* em contratos, sobretudo administrativos, ou mesmo que disponha sobre a sistematização de regras organizadas nos regulamentos ou institutos das câmaras competentes para realização deste procedimento, deverá apenas conter disposições mais gerais, uma vez que a flexibilidade na sua estruturação é uma de suas grandes virtudes. Nesse sentido, cita-se a lição de Bueno e Figueiredo:

é usual e bastante conveniente a referência a Dispute Boards como “criaturas do contrato”. É na vontade das partes que se encontram a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, servindo a sistematização de regras organizadas nos regulamentos disponibilizados por diversas instituições internacionais (preferencialmente referenciadas nas cláusulas contratuais) para dar maior previsibilidade e organização aos procedimentos. É por ter base na vontade das partes e não em regras estatais que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo adaptar-se aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.³³

Ademais, a execução das decisões proferidas pelos *dispute boards* ainda poderá se diferenciar em países de *civil law* e *common law*.

Os sistemas jurídicos são compostos por um conjunto de normas³⁴ e se subdividem em *common law* e *civil law*. O *common law* tem sua origem na discussão sobre o significado da função jurisdicional, tendo se desenvolvido a partir dos precedentes judiciais. Ademais, sua essência implica em espalhar os costumes gerais, apesar de contemplar também interesses particulares. Em contrapartida, o *civil law*, surge a partir dos preceitos da Revolução Francesa, se concretizando no dogma da escrita e da separação dos três poderes. A diferença substancial entre os dois sistemas é a de que o *common law*, ao contrário do *civil law*, admite que o juiz pode criar o direito.³⁵

Países de *common law*, tais como Estados Unidos e Reino Unido, possuem maior experiência com *dispute boards*, por serem melhores habituados a vincularem seus precedentes ao direito “dito” por um terceiro julgador e menos vinculados à legislação posta. Em razão disso, possuem um sistema legal mais bem preparado

³³ BUENO, Júlio e FIGUEIREDO, Augusto. **Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. São Paulo: Cadernos FGV PROJETOS, Solução de Conflitos, 2017, p. 96.

³⁴ BULYGIN, Eugenio; ALCHOURRÓN, Carlos E. **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 2.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Extraído do site: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>, acessado em 04/12/2022.

para a aceitação deste procedimento. Consequentemente, os tribunais, mais habituados com a matéria, proferem um maior número de decisões, com conteúdo mais progressistas.

Tanto é verdade que, a utilização, principalmente da modalidade *dispute adjudication boards*, acontece de uma forma muito comum no ramo da indústria da construção do Reino Unido. Nesta nação, bem como em outros países do *common law*, evoluíram sua jurisprudência de forma que eventual discussão sobre os efeitos da decisão proferida num *dispute board* somente ocorrerá após a efetivação do, por exemplo, pagamento da condenação. Por isso, segundo Redeker Sellner Dahs³⁶, um *dispute adjudication boards* (tradução nossa), “pode ser descrito como um mecanismo “pague agora, discuta depois” que visa manter o fluxo de caixa durante os projetos de construção, fornecendo um meio econômico e rápido de determinar disputas de forma vinculativa, mas não final. Na prática, uma sentença de adjudicação é muitas vezes a resolução final de uma disputa.”

No Reino Unido, existe uma lei de Construção, chamada de “*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*”. Mais especificamente na parte II, do Capítulo V, que trata especificamente sobre os “contratos de construção”, foi previsto, expressamente, o procedimento a ser seguido para a instauração de um painel de litígio (tradução nossa):

direito de encaminhar disputas para julgamento.

(1) Uma parte de um contrato de construção tem o direito de encaminhar uma disputa decorrente do contrato para adjudicação de acordo com um procedimento em conformidade com esta seção. Para este fim, “disputa” inclui qualquer diferença.

(2) O contrato deve:

(a) permitir que uma parte notifique a qualquer momento sua intenção de encaminhar uma disputa para julgamento;

(b) fornecer um cronograma com o objetivo de garantir a nomeação do adjudicatário e o encaminhamento da disputa a ele dentro de 7 dias de tal notificação;

(c) exigir que o adjudicador tome uma decisão no prazo de 28 dias após a remessa ou em período mais longo conforme acordado pelas partes após a disputa ter sido encaminhada;

(d) permitir que o julgador prorrogue o prazo de 28 dias por até 14 dias, com a anuência da parte por quem a disputa foi submetida;

(e) impor ao juiz o dever de agir com imparcialidade; e

(f) permitir que o juiz tome a iniciativa de apurar os fatos e a lei.

(3) O contrato deverá estabelecer que a decisão do adjudicador é vinculativa até que a disputa seja definitivamente determinada por processo legal, por

³⁶ DAHS, Redeker Sellner. **Statutory adjudication of construction contracts in the UK**. Extraído do site <https://www.womblebondnickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk>, acessado em 15/11/2022.

arbitragem (se o contrato prevê arbitragem ou as partes concordam com a arbitragem) ou por acordo. As partes podem concordar em aceitar a decisão do adjudicador como determinante final da disputa.

O contrato deve incluir uma disposição por escrito que permita ao adjudicador corrigir sua decisão de modo a remover um erro de escrita ou tipográfico decorrente de acidente ou omissão.

(4) O contrato também deverá estabelecer que o adjudicador não é responsável por nada feito ou omitido na demissão ou no suposto desempenho de suas funções como adjudicador, a menos que o ato ou omissão seja de má-fé, e que qualquer funcionário ou agente do adjudicador está igualmente protegido de responsabilidade.

(5) Se o contrato não cumprir os requisitos das subsecções (1) a (4), aplicam-se as disposições de adjudicação do Programa de Contratos de Construção.

(6) Para a Inglaterra e País de Gales, o Programa pode aplicar as disposições da Lei de Arbitragem M1 de 1996 com as adaptações e modificações que pareçam ao Ministro que torna o esquema apropriado. Para a Escócia, o Esquema pode incluir disposições que conferem poderes aos tribunais em relação para adjudicação e disposição relativa à execução da decisão do adjudicatário.

Na prática, firmado um litígio decorrente da Lei de Construção do Reino Unido, uma vez que o adjudicatário tenha tomado uma decisão, ela tem “finalidade temporária”, no sentido de que é vinculativa, a menos e até que seja derrubada por litígio (judicial), arbitragem ou acordo, a menos que o contrato disponha de outra forma. Isso fornece alguma certeza para as partes e um meio de resolução rápido e econômico. No entanto, uma consequência do cronograma apertado é que as partes podem ficar sem tempo suficiente para investigar completamente a disputa, com isso, sem tempo de fornecer todas as provas e argumentos que gostariam de apresentar ao adjudicador³⁷.

Esta lei tem sido alvo de severas críticas, em razão de que teria cedido ao *lobby* das grandes construtoras, de forma que uma grande gama de situações passíveis de surgirem no decorrer do contrato foram excluídas deste dispositivo legal, como por exemplo, a instalação de maquinários numa usina elétrica. Em contrapartida, a construção de fundações de concreto para essa usina elétrica é abarcada. Diante disso, dificuldades tem surgido quando um contrato diz respeito a um projeto que tem algumas obras que se enquadram no escopo da Lei da Construção e outras que não (conhecido como contrato híbrido). Tais dificuldades foram ilustradas no julgamento realizado em 24/11/2015, referente ao caso inglês Severfield (UK) Limited v Duro Felguera UK Limited, onde o Supremo Tribunal acabou por dividir os mecanismos de pagamento e resolução de litígios do contrato em duas partes

³⁷ DAHS, Redeker Sellner. **Statutory adjudication of construction contracts in the UK**. Extraída do site <https://www.womblebondnickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk>, acessado em 15/11/2022.

separadas, uma parte para as obras abrangidas pelo Contrato de Construção enquadrados na Lei e outra para as obras que se enquadravam na exclusão da Lei da Construção.³⁸

Em outra banda, nos países do *civil law*, ao que parece seguem os passos da Alemanha e mesmo do Brasil.

Na Alemanha, os órgãos alternativos de resolução de litígios chamam-se “Verbraucherschlichtungsstellen”. Neste país, o meio alternativo mais comum de resolução de disputas na Alemanha é a arbitragem, que é regulamentada pela lei de arbitragem alemã (que integra parte do Código de Processo Civil Alemão). Contudo, os *dispute boards* aos poucos vão ganhando mais espaço também naquele país. Ocorre que diversas são as dificuldades na implantação do referido procedimento: não há lei estatutária relativa à adjudicação, ou seja, depende exclusivamente do acordado entre as partes, os membros por serem nomeados contratualmente e não judicialmente as partes muitas vezes desconfiam da imparcialidade dos adjudicatários; as partes apreciam a previsibilidade do litígio perante os tribunais judiciais, em que a jurisprudência da Suprema Corte alemã será considerada na decisão.³⁹

Na Colômbia, outro país que adota o sistema *civil law*, embora ainda padeça de legislação própria tratando do tema *dispute board*, vêm utilizando o referido procedimento corriqueiramente. Neste íterim, é interessante destacar uma decisão importante proferida através de um Tribunal Arbitral, no Processo Arbitral instaurado pela Vías das Américas S.A. contra a Agência Nacional de Infraestrutura (ANI)⁴⁰, que entendeu pela invalidação de uma recomendação proferida por um *dispute board*, uma vez que excedeu o escopo acordado entre as partes, estendo sua interpretação a conceitos normativos legais, ou seja, indo além da restrição de manifestação apenas ao campo técnico:

³⁸ Sem Autor. Extraído do site: [http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1752/severfield_\(uk\)_limited_v_duro_felguera_uk_limited_%5B2015%5D_ewhc_3352_\(tcc\)](http://www.adjudication.co.uk/archive/view/case/1752/severfield_(uk)_limited_v_duro_felguera_uk_limited_%5B2015%5D_ewhc_3352_(tcc)), acessado em 16/11/2022.

³⁹ SUTHERLAND, Eversheds. Extraído do site: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d484157-dca4-497e-a243-d2a0c776b527>, acessado em 10/11/2022.

⁴⁰ GONZÁLES – REVILLA, Miguel Angel Clare. **Los dispute boards en latinoamérica: más que una alternativa una necesidad.** Extraído do site: <https://www.drb.org/assets/docs/WebsiteDocs/Los%20Dispute%20Bords%20en%20Latinoamerica%20-%20Art%C3%ADculo%20-%20Miguel%20Angel%20Clare.pdf>, acessado em 04/12/2022.

em relação ao exposto e em decorrência de Sentença Arbitral datada de 24 de outubro de 2016 no âmbito do Processo Arbitral instaurado pela VÍAS DAS AMÉRICAS S.A.S. contra a AGÊNCIA NACIONAL DE INFRAESTRUTURA (ANI), este último argumentou que "o Painel de Peritos carece de competência para conhecer da matéria na medida em que, segundo ela, é uma questão legal e não técnica". Ele prossegue dizendo que, no contrato - objeto da divergência - é estabelecida clara e expressamente que as partes concordaram, por meio de suas cláusulas 15.01, ir a um "Painel de Especialistas", de acordo com o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional sobre Dispute Boards, no que dispôs, entre outros aspectos, que: "o Painel de Peritos resolverá as discordâncias derivadas deste Contrato expressamente indicadas. Para qualquer discordância, o Painel de Especialistas emitirá uma decisão de acordo com o Regulamento. Se uma das Partes não cumprir uma decisão exigida de acordo com o Regulamento, a outra Parte pode apresentar esta inadimplência à arbitragem nos termos da Cláusula 15.02. Tribunal de Arbitragem" e, que as "decisões do Painel de Peritos só podem recaer sobre aspectos técnicos".

Assim, com base no exposto, o Tribunal Arbitral declarou que as partes "validamente concordaram dentro da Cláusula 15.01 do referido contrato pelo que concordaram em ir ao "Painel de Peritos", nos termos estipulado no contrato"467 e, "em virtude do princípio *pacta sunt servanda* e o dever de agir de boa fé na execução do referido Contrato da Concessão, obrigam-se a cumprir a cláusula 15.01 do Contrato de Concessão nº 008 de 2010 e conseqüentemente ir para o mecanismo nele acordado, de acordo com os detalhes feitos na parte consideração desta decisão"; Portanto, o Tribunal Arbitral invalidou a recomendação dos Dispute Boards, uma vez que excederam o escopo acordado entre as partes, estendendo sua interpretação a conceitos normativos legal e não restrito apenas ao campo técnico. Assim temos que, torna-se "necessário regular na Legislação Colombiana Figuras como o Painel de Especialistas, que, embora não contrariem o que é previsto no quadro legal em vigor, a sua falta de normalização implica estar sujeito a parâmetros internacionais que não são necessariamente adaptáveis às condições locais".

Ademais, interessante também que a decisão acostada privilegia a boa-fé na execução do contrato e o princípio do *pacta sunt servanda*, no que diz respeito à necessidade de as partes submeterem-se ao método extrajudicial pactuado por conta de cláusula contratual.

No Brasil, recentemente tivemos a primeira legislação federal a tratar expressamente de *dispute boards*, a Lei Federal nº 13.441/2021. Antes dela, haviam diversos outros diplomas legais, como por exemplo a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre as concessões e permissões no âmbito público, que permitiam, de uma forma geral, o uso de "mecanismos privados para resolução de disputas".

Com o passar do tempo, algumas leis municipais e estaduais foram promulgadas, visando a dar maior eficácia ao disposto na nova lei de licitações. Como dito anteriormente, merece destaque a Lei Municipal nº 16.873 de 22 de fevereiro de

2018 do município de São Paulo, a primeira a tratar especificamente de *dispute boards*, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021.

Com isso, no Brasil a matéria atualmente encontra-se em processo de deliberação, sendo mais costumeiramente apreciada pelos tribunais pátrios.

2.7 Os contratos FIDIC e os *dispute boards*.

A Federação Internacional de Engenheiros Consultores-FIDIC, é o órgão representativo global das associações nacionais de engenheiros consultores, a qual representa mais de um milhão de profissionais de engenharia e 40.000 empresas em mais de 100 países em todo o mundo.

Segundo informações extraídas do seu sítio eletrônico⁴¹, a federação foi fundada em 1913, sendo encarregada de promover e implementar os objetivos estratégicos da indústria de engenharia consultiva em nome de suas Associações Membros e de disseminar informações e recursos de interesse de seus membros.

A FIDIC, foi criada para com o intuito de auxiliar os seus membros, bem como de firmar um padrão nas relações de engenharia mundias. Com isso, visando a dar cumprimento aos seus objetivos primordiais, costumeiramente tem publicado minutas de formulários padrão internacionais de contratos para obras e para clientes, consultores, subconsultores, *joint ventures* e representantes, juntamente com materiais relacionados, como formulários padrão de pré-qualificação, bem como documentos de práticas de negócios, como declarações de políticas, documentos de posição, diretrizes, e processos de negócios (seleção de consultores, seleção com base na qualidade, licitação, aquisição, seguro, responsabilidade, transferência de tecnologia, capacitação).

Ocorre que hoje em dia, no cenário mundial, as Condições de Contrato FIDIC estão sendo cada vez mais utilizadas pela Indústria da Construção internacional em todo o mundo. Os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento, incluindo o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Banco de Desenvolvimento do Caribe adotaram as Condições de Contrato FIDIC de 1999 para Construção com modificações conhecidas como Contrato Harmonizado de Construção.

⁴¹ Sem autor. **FIDIC – International Federation of Consulting Engineers**. About us. Extraído do site: <https://fidic.org/about-us>. Acesso em 10/11/2022.

Em respeito as particularidades de cada tipo de projeto a ser construído, a FIDIC elabora contratos padrões distintos, nos quais os riscos são alocados com base na parte que está em melhor posição para assumi-los diante das peculiaridades do projeto. Os diferentes tipos de contrato são⁴²:

- (i) Livro Vermelho (Condições Contratuais para Trabalhos de Construção – Recomendadas para Trabalhos de Construção e Engenharia Projetados pelo Dono da Obra): é o padrão mais utilizado, que prevê as condições de contrato quando o projeto é realizado pelo Dono da Obra;
- (ii) Livro Vermelho MDB (Banco Multilateral de Desenvolvimento): é essencialmente uma emenda ao Livro Vermelho, com condições específicas para projetos de desenvolvimento financiados por bancos multilaterais de desenvolvimento;
- (iii) Livro Amarelo (Condições Contratuais para Instalações e Concepção Construção – Recomendadas para Instalações Elétricas e Mecânicas e para Trabalhos de Construção e de Engenharia Projetados pelo Empreiteiro): estabelece as condições de contrato de trabalhos elétricos e mecânicos e para obras projetadas pelo Empreiteiro;
- (iv) Livro Prata (Condições Contratuais para Projetos EPC/Turnkey): adequado para os casos em que os riscos de desenvolvimento e execução do projeto são alocados para o Empreiteiro;
- (v) Livro Branco (Modelo de Contrato de Prestação de Serviços – Entre Cliente e Consultor): forma de contrato adequada para consultoria;
- (vi) Livro Azul – Verde (Modelo de Contrato FIDIC para Trabalhos de Dragagem e Recuperação de Solos): em geral, o Dono da Obra é responsável pelo projeto;
- (vii) Livro Verde (Modelo Curto de Contrato): recomendado para projetos de baixo valor (até U\$500,000.00). É mais adequado para trabalhos simples, repetitivos ou de curta duração. Em geral, o projeto é fornecido pelo Dono da Obra, mas este tipo de Contrato também pode ser utilizado quando o projeto é feito pelo Empreiteiro.

Importante mencionar, que os referidos modelos são elaborados a partir da experiência prática demandada, ou seja, os contratos FIDIC possuem previsões e soluções para as mais diversas situações que poderão eventualmente surgir ao longo da execução do projeto.

Na prática, isto traz resultados satisfatórios, em razão de que não só reduz os custos transacionais, como também evita o surgimento de conflitos durante o cumprimento do contrato.

No entanto, caso ainda assim surja uma disputa entre os pactuantes, o sistema de solução de conflitos previsto nos contratos FIDIC evita que o andamento da obra seja interrompido enquanto pendente uma solução para a controvérsia.

⁴² VIEIRA, Marjorie Lopes Coelho. **Contratos FIDIC e o financiamento de projetos de construção**. Extraído do site: <https://grandesconstrucoes.com.br/Noticias/Exibir/contratos-fidic-e-o-financiamento-de-projetos-de-construcao>. Acesso em 02/01/2023.

Nesse sentido, os modelos FIDIC estabelecem que as controvérsias que surgirem deverão ser levadas para o *dispute adjudication board* (comitê de adjudicação de disputas), que é um painel independente composto por três especialistas em construção, que devem proferir uma decisão vinculante.

Caso as partes não cumpram o que for decidido pelo Comitê, ou se o conflito persistir sem que as partes cheguem a um acordo, a disputa deverá ser decidida por arbitragem perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Essas características dos contratos FIDIC dão segurança jurídica a todos os envolvidos no projeto, de modo que a adoção desses modelos vem se tornando uma condição essencial para a obtenção de financiamento externo. Isso porque a FIDIC possui acordos com diversos bancos multilaterais de desenvolvimento – como o Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, entre outros – prevendo a utilização de seus contratos padrão nos projetos que esses bancos financiarem.

No final do mês de novembro de 2022, na Conferência Internacional de Usuários de Contratos FIDIC, que ocorreu na cidade de Londres, vários *cases* foram expostos. Destaque para o *Rail Baltica*, que se trata de um projeto *greenfield*⁴³ de infraestrutura de transporte ferroviário para integrar os Estados Bálticos na rede ferroviária europeia, envolvendo cinco países da União Europeia. Além dos três estados bálticos da Letônia, Estônia e Lituânia diretamente envolvidos no projeto, a Finlândia e a Polónia participaram do projeto que cobriu cerca de 20% do território da União Europeia⁴⁴.

Por ocasião da Conferência, houve o compartilhamento de informações, principalmente sobre as maiores dificuldades enfrentadas na elaboração do projeto, que se utilizou dos contratos FIDIC *Yellow e Red Book*.

Segundo Aiga Benfelde, gerente de compras do projeto *Rail Baltica*, lidar com cinco nações distintas foi um desafio significativo, no entanto, os modelos FIDIC servem como uma “bússola”, pois auxiliam a navegação para manter a unidade das

⁴³ **Projeto Greenfield:** termo aplicado quando o produto do projeto é realizado a partir do zero, em situações em que não se conta com instalações e facilidades pré-existentes que possam ser incorporadas ao produto do projeto. Geralmente refere-se a novos empreendimentos. A origem do termo remete à implantação física em lugares em que só havia anteriormente mato (*green*). Em alguns tipos de projeto este termo está também associado a *from scratch* (do princípio), para reforçar a inexistência de trabalhos anteriores. <https://www.nexor.com.br/artigos/greenfield.html>

⁴⁴ WALKER, Andy. **Megaprojects under the microscope at London contracts conference**. Extraído do site: <https://infra.global/megaprojects-under-the-microscope-at-contracts-conference/>. Acesso em 02/01/2023.

condições contratuais pactuadas, não apenas entre os diferentes tipos de contrato FIDIC, mas também refletindo as mudanças nas necessidades do projeto”.

O fato de cinco países estarem envolvidos em um projeto com entrega de projetos locais e horizontais, gerou uma série de discussões, como qual seria o modelo de financiamento a ser adotado, especialmente no que tange as áreas de compras públicas e na gestão de mudanças constantes envolvidas em um projeto com pressões de cronograma constantes. A guerra na Ucrânia também levantou questões inesperadas com as quais todas as partes interessadas tiveram que lidar.

Outros membros do painel da conferência, destacaram a questão de evitar disputas, mesmo judiciais, em megaprojetos. Em razão disso, o FIDIC se afastou decisivamente do modelo de conselho *ad-hoc* de adjudicação de disputas nos livros Amarelo e Prata de 1999, com a preferência agora sendo por um conselho permanente de prevenção e adjudicação de disputas em todos os contratos de 2017 e subsequentes publicações.

Nicholas Gould⁴⁵, que participou do projeto *Large Hadron Collider* no CERN na Suíça trouxe relevantes dados computados pela *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), no qual uma pesquisa de 1.300 projetos em todo o mundo com um valor total de construção de US\$ 95 bilhões revelou que o número médio de disputas por projeto foi de 1,3 e que 60% dos projetos com um *dispute board* não teve disputas. Significativamente, cerca de 99% dos projetos com recomendações do *dispute board* não tiveram arbitragem ou litígio subsequente.

Embora o litígio e a arbitragem sejam métodos que fornecem um resultado final e vinculante, deve-se enfatizar que o resultado da mediação ou conciliação pode alcançar melhores soluções práticas, através do firmamento de um acordo entre as partes, o qual, sem qualquer prejuízo, poderá posteriormente ser executado pelos tribunais no caso de inadimplência. O resultado de um processo judicial, ou mesmo de um processo arbitral, por outro lado, em razão da imposição da solução a ser adotada, poderá significar na insatisfação da parte derrotada, que por muitas vezes até busca a dissolução do contrato, ou mesmo na proposição de uma solução inviável de ser concretizada.

⁴⁵ WALKER, Andy. **Megaprojects under the microscope at London contracts conference**. Extraído do site: <https://infra.global/megaprojects-under-the-microscope-at-contracts-conference/> . Acesso em 02/01/2023.

Segundo a FIDIC, se todas as tentativas de evitar disputas falharem, o imbróglio estabelecido na resolução da disputa geralmente é contraproducente, especialmente quando é complexo, de forma que normalmente resulta em atrasos na execução de medidas corretivas, implica em aumentos dos custos legais, na criação de adversários e, com isso, no dispêndio de recursos desnecessários.

Contudo, há casos em que os métodos judiciais podem ser mais adequados do que os consensuais, como é o caso de um impasse jurídico (como por exemplo, a incidência ou não de determinado diploma legal) ou de engenharia.

Silva Neto e Salla⁴⁶ apontam a necessidade de o próprio contrato prever as consequências do eventual descumprimento da decisão do dispute board por uma das partes, a exemplo da imposição de multas ou até mesmo a rescisão contratual motivada. Interessante, ainda, o registro feito pelos autores sobre o precedente da Câmara de Comércio Internacional que admitiu a possibilidade de se executar decisão do comitê e outro da Corte de Apelação de Singapura, confira-se:

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

No Brasil, são exemplos de utilização de contratos FIDIC a construção da Linha Amarela do Metrô da Cidade de São Paulo, financiada pelo Banco Mundial através do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e as obras do BRT de Belém, financiada pela Agência de Cooperação Internacional do Japão (JICA).

Em conclusão, extrai-se que como lições contratuais aprendidas com estes super projetos, faz-se devido o uso efetivo de cláusulas escalonadas de resolução de disputas a fim de gerenciar mudanças, atrasos e custos adicionais, auxiliando na desmotivação de futuros conflitos.

⁴⁶ SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 74-75.

3 OS DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS

3.1 A emersão do Estado Eficiente

À época do Estado Liberal, século XIX, a administração pública burocrática demonstrava-se ser por si só uma boa solução ante à administração patrimonialista do Estado, pois o Estado era pequeno, cuja única função era garantir a propriedade e os contratos.

No entanto, com a transformação do Estado Liberal para o Social, diversas novas funções foram assumidas: educação, saúde, cultura, previdência e assistência social (direitos de segunda geração), além de papéis econômicos; oportunidade em que se pautou a necessidade de uma administração Gerencial. Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira:

aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) **controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos**; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de autorreferida.⁴⁷

Neste momento a eficiência estatal foi ressaltada, ao passo que em meados da década de 60, com a publicação do Decreto-Lei 200, priorizou-se no território brasileiro a descentralização administrativa, mediante a autonomia da administração indireta. Contudo, por possuir ainda raízes patrimonialistas (principalmente pela admissão de servidores públicos ausentes de submissão ao concurso público), a reforma proposta pelo referido Decreto-Lei não alcançou o resultado pretendido.

Nesse contexto de descentralizações, buscou-se a eficiência administrativa frente às regras burocráticas que ainda persistiam no regramento administrativo nacional, observando-se a todo momento que a desburocratização não se trata de

⁴⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Servidor Público.** Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> . Acessado em 25/05/2021.

uma opção autônoma ou voluntária, mas decorre da tutela constitucional dos direitos fundamentais dos indivíduos⁴⁸.

Contudo, conforme ressaltado por Emerson Gabardo, a burocracia possui propósitos de ideais de justiça e moralidade, os quais exigem a atuação procedimental da Administração, com um pilar da segurança jurídica ínsita ao Estado de Direito⁴⁹, o legitimando, assim, como instrumento necessário para a realização da justiça e da democracia estatal. Ou seja, a superação da burocracia visando a sua substituição por um sistema diverso, era algo que não poderia ocorrer do dia para noite, muito menos utilizando-se de bruscas rupturas.

Assim, no final do século XX, mais propriamente a partir da emenda constitucional 05/1995, aproveitando-se o ensejo de uma onda que atingia a Grã-Bretanha e a Europa, o Brasil propôs diversas alterações do seu texto constitucional, especialmente no que diz respeito à ordem econômica e político-administrativa estatal, oriunda da confluência de três conceitos básicos: liberalização, privatização e desregulação (ou neorregulação, que tem implicado antes mais do que menos regras)⁵⁰.

Por exemplo, a referida emenda constitucional anteriormente mencionada, alterou o § 2º do art. 25 da Constituição Federal, prevendo que caberá "aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação."

Já a Emenda Constitucional nº 06/1995, regulamentou que brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, poderão utilizar-se de pesquisa e lavra de recursos minerais, mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional.

Como se vê, houve um processo gradual de descentralização de atividades que antes eram exclusivas da União aos Estados e Municípios, os quais, inclusive, poderiam, agora, utilizarem-se de particulares brasileiros para o exercício delas.

Portanto, nota-se que havia uma vontade do Executivo, bem como da própria população como um todo, de que se processasse com a alteração de fundamentos legais da administração pública brasileira, instituindo regras que, em seu conjunto

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.120.

⁴⁹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri, SP: Manole, 2003. p.107.

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

almejavam instituir um aparato normativo mais flexível, que outorgariam ao dia a dia estatal uma feição mais dinâmica e menos “burocrática”.

Em razão disso, ainda mesmo no final da década de 90, o panorama político já era favorável à promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu o princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública. Segundo Alexandre de Moraes, princípio da eficiência é:

o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.⁵¹

Quanto à eficiência na Reforma Administrativa, Arnoldo Wald⁵² preconiza que a mudança de mentalidade era fundamental para o sucesso da Reforma Administrativa, até porque não tratava “de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe mais eficiência nos campos em que pode e deve atuar e excluí-lo da área em que restringe a liberdade individual e interfere indevidamente em setores que melhor são atendidos pela iniciativa privada.”⁵³

Desta feita, infere-se claramente que a eficiência foi constantemente utilizada para justificar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), além por óbvio de sua inserção no *caput* do artigo 37 da Constituição.

No que se refere à palavra eficiência e sua extensão, esta não possui um significado estanque e unívoco para qualquer uso e em qualquer área.⁵⁴ A dificuldade em conceituar eficiência se deve ao seu uso em diversas ciências. Por exemplo, as ciências da Sociologia, Economia, Administração e, mais recentemente, o Direito utilizam a “eficiência”,⁵⁵ no entanto como relata Emerson Gabardo não há um

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

⁵² Wald, Arnoldo. A Arbitragem Contratual e os *Dispute Boards*; Revista de Arbitragem e Mediação.: RArb, v. 2. n.6, jul./set 2005.

⁵³ WALD, Arnoldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 33.

⁵⁴ Para maior aprofundamento sobre o tema, vide REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189 e seguintes.

⁵⁵ Sobre o assunto, vide: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 27, Revista dos Tribunais, abril/jun, 1999. p. 209-212.

“conceito unívoco e concreto para a expressão.”⁵⁶ Essa polissemia sobre a eficiência, eficácia e efetividade recebe novos contornos agora com a nova lei de licitações, já que o artigo 5º apregoa expressamente a eficiência e a eficácia, assim como a efetividade é mencionada no artigo 169, § 1º, além de outras oportunidades.

Imperioso destacar que, de acordo com Ana Luísa Coutinho⁵⁷, o êxito na busca por melhores resultados no âmbito da administração pública deverá necessariamente contemplar, sobretudo, três aspectos: a gestão é de suma importância para coordenar o dispêndio do dinheiro público – aspecto de ordem administrativa; os dispositivos legais desatualizados com a realidade da época, impedem a obtenção de resultados positivos – aspectos legais; a ineficiência pode decorrer pura e simplesmente da preguiça e da leniência, a despeito do oferecimento de todos os meios para a realização de uma atividade proveitosa – aspecto comportamental.

De todo modo, a Administração Pública, na estrita observância do princípio da eficiência, repisa-se, primará pela melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.⁵⁸ Não se perderá, deste modo, o fim maior do Estado, qual seja, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Certo é que, atualmente há um clamor de toda a sociedade pelo Estado eficiente, que realoque os recursos orçamentários de acordo com os verdadeiros anseios da população, buscando a redução de dispêndios de gastos públicos, a produção de políticas públicas que incentivem o bem-estar, a preservação do meio ambiente, a redução da máquina pública - ou seja, o que se quer, é que não apenas se diminua, mas que se expurgue o desperdício de verbas públicas.

É nesse ínterim, que os métodos alternativos de resolução de conflitos, notadamente os *dispute boards*, surgem como importante ferramenta à primazia do

⁵⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

⁵⁷ COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor Público: Reforma Administrativa, Estabilidade, Empregado Público e Direito Adquirido**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 101.

⁵⁸ A eficácia está mais atrelada a existência do máximo resultado útil possível, enquanto a efetividade no impacto do máximo resultado para a sociedade.

interesse público a partir de um *value for money*⁵⁹ sob o viés da economicidade e celeridade.

3.2 O Direito Administrativo, a descentralização administrativa e o diálogo para a Administração Pública como fatores de legitimação e eficiência

Conforme já apurado, nas últimas décadas, notadamente a partir de 1990,⁶⁰ verifica-se que o Direito Administrativo demanda uma nova concepção, para acompanhar, mormente, a implementação da eficiência como pilar essencial do Estado de Direito, superando-se o processo burocrático que permeou por anos no sistema brasileiro.

Segundo Odete Medauar⁶¹, um conjunto de fatores propiciou esse novo modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista; a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade; o desenvolvimento ao lado dos mecanismos democráticos clássicos; a crise da lei formal como ordenadora de interesses; o processo de *desregulation*; a emersão de interesses metaindividuais; a exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa; e a necessidade de maior eficiência e produtividade.

Nesta linha de argumentação, Almiro Couto e Silva⁶², chama atenção para essa nova realidade, permeada por traços característicos de uma administração com anseios consensuais, também conhecida como *soft administration*, administração concertada ou administração participativa. Aqui, ao invés de o Estado proceder por meios unilaterais, impondo desde logo sua decisão, ele chama os interessados, ouve-os e obtém seu consentimento para as medidas que irá tomar. “Por vezes essa administração consensual assume formas institucionalizadas, como acontece especialmente no direito francês, alemão e italiano. Outras vezes, porém, o consenso

⁵⁹ Trata-se de metodologia que utiliza critérios objetivos e técnicos, propiciando à administração pública condições de decidir adequadamente se vale a pena desenvolver um projeto por meio de parceria. Disponível em <https://blog.houer.com.br/value-for-money/>. Acessado em 06/11/2022.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

⁶² SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo** – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 271-292; p. 283.

é obtido por contatos informais a que se segue o ato administrativo. No plano jurídico, o que entra e o que aparece é apenas o ato administrativo.”

Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti⁶³, também comentam essa mudança de concepção no Direito Administrativo, de uma visão unilateral para uma posição de diálogo, de negociação, de acordos, de coordenação, de descentralização, de cooperação e de colaboração. Mediante adoção dessa nova postura, segundo eles, o Estado busca, por intermédio de novas atividades, “atuar mais eficientemente e com menores custos, em relações de coordenação, valendo-se da sinergia com acordantes associativos, públicas e privados, do que o faria nas clássicas relações de subordinação. Em outras palavras, para o superior atendimento de políticas públicas é mais eficiente a parceria que a coerção”.

Em consonância com os entendimentos acostados, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ⁶⁴, acrescenta que “embora, ao lado do consenso, coexista o fenômeno antípoda da pura imposição da força, assim como de qualquer outra modalidade coercitiva, que poderia ser até uma simples ameaça ou mero temor reverencial – o que também dela faz uma fonte de agregação e de organização – a essencial distinção social entre ambos (o consenso e a coerção) está em que as relações fundadas apenas ou predominantemente na coerção jamais serão tão duradouras quanto as que se lastreiem no consenso.”

Examinando a problemática, Juarez Freitas ⁶⁵, sustenta que dois paradigmas estão em conflito na vivência do Direito Administrativo: de um lado o autoritarismo, o irracionalismo ou o emotivismo decisionista; doutro, a “racionalidade dialógica, pluralista e democrática, com plasticidade adaptativa acoplada às exigências de fundamentação consistente e endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição.”

Ao comentar sobre o Estado Pós-Moderno, Jacques Chevallier ⁶⁶, descreve o impacto da flexibilização e da consensualidade, pontuando que “o direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático, sustentado por uma vontade de ação sobre

⁶³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de administração consensual na gestão pública do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 11.

⁶⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização** *in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55-56.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse Público**, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14.

⁶⁶ Idem, p.160-163.

o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade; à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade.”⁶⁷ E mais, destacando o procedimento contratual nas sociedades contemporâneas que tem um grande crescimento, a ponto de aparecer como emblemático na pós-modernidade, o autor explicita que:

(....) é acompanhado de uma alteração, mesmo de uma desnaturação, da concepção tradicional do contrato: as fronteiras entre contrato e ato unilateral, de uma parte, e entre contrato e procedimento mais flexíveis e mais informais de cooperação e de regulação, de outra patê, tornam-se fluidas; veem-se proliferar, sob denominações diversas (cartas, convenções, pactos, quase-contratos....) engajamentos recíprocos, que têm pouco a ver com o contrato clássico. O termo ‘contrato’ remete menos a uma realidade jurídica exata do que invoca um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade. (...) A contratualização da ação pública implica o reconhecimento do espaço de autonomia de que dispõem os diversos atores sociais com os quais o Estado é obrigado a negociar, na ausência de poder impor a sua vontade. “A função de ‘regulador’ doravante atribuída ao Estado na economia lhe impõe especialmente privilegiar a contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar: o Estado não busca mais a impor a sua vontade pela coerção; ele discute com as empresas e se esforça em obter a sua colaboração, que não é jamais adquirida antecipadamente. (...) rompendo com a lógica tradicional de setorialização, as políticas públicas são cada vez mais caracterizadas por uma exigência de transversalidade: a sua implantação supõe a intervenção de um conjunto de atores públicos, cuja cooperação será formalizada em um dispositivo contratual. (....) Essas diferentes facetas da contratualização são indissociáveis: a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperarem atores diversos, situações tanto no seio como fora do Estado e portadores de racionalidades divergentes. (....) Como tal, a contratualização aparece emblemática dessas novas técnicas de ‘governança’, que são chamadas a tomar o lugar dos antigos métodos de ‘governo’, de tipo unilateral e coercitivo: a ação pública torna-se o produto de interações entre atores múltiplos, públicos e privados, quanto aos quais se procura conciliar as estratégias e harmonizar os interesses; o contrato é o meio de formalizar essa cooperação.

Neste rumo, verifica-se que antes do final do século XX, a coordenação da Administração Pública era considerada com suspicácia pelos defensores da competência, os quais sustentavam que face à indisponibilidade do interesse público não seria possível a uma entidade ou a um órgão que a titularizasse negociar um pacto cooperativo para seu emprego, porque estaria renunciando ao seu próprio exercício.

⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 160.

Entretanto, resguardado nas ideias de que a titularidade de competência não implica em monopólio do interesse público e que a delegabilidade não importa em alienação, mas sim em partilha de responsabilidade, fica então desobstruída a via da coordenação de atividades e de esforços dos setores público e privado. Continuando, o mesmo autor explicita que no âmbito interno tais instrumentos foram sendo concretizadas para a feitura da gestão associada de serviços públicos, “para superar os avelhentados, mas renitentes emperramentos da hierarquia burocratizada”,⁶⁸ e que no âmbito externo (da Administração Pública) “desenvolveu-se o conceito de colaboração para a estimulação de gestão em parceria de serviços públicos.”⁶⁹

Por conseguinte, a proximidade da Administração Pública para com os cidadãos e seus colaboradores é essencial para o sucesso de qualquer parceria (independentemente de natureza jurídica contratual, convenial ou legal), seja do ponto de vista de legitimação ou de eficiência da sua atuação.

Neste diapasão, surge espaço para a criação de métodos alternativos de resoluções de conflitos, que vão além de mera imposição de vontade do ente administrativo, ou mesmo do próprio Estado, através do Poder Público – métodos estes que serão mais bem tratados no decorrer deste trabalho.

3.3 A transigência de direitos disponíveis da Administração Pública Brasileira e o avanço legislativo

Os *dispute boards*, bem como outros métodos alternativos de resolução de conflitos como a conciliação, mediação e a arbitragem, exigem a transigência de direitos para a sua concretização. Sem isso, impossível a adoção de qualquer outra forma de se resolver um dissídio, senão pela via do Poder Judiciário.

Portanto, com o passar dos tempos, com o surgimento de instrumentos legislativos, os quais outorgaram às partes a adoção de outros meios que não o judicial para a resolução de conflitos, exigiu-se uma discussão: especificamente no que diz respeito à Administração Pública, é possível ela transigir seus direitos, sobretudo aqueles dotados de caráter patrimonial disponível?

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 30-31.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 30-31.

Para início de conversa, necessário dizer quais são esses direitos que possuem o referido caráter patrimonial disponível. Segundo Carlos Alberto Carmona, nos depararemos com um direito patrimonial disponível “quando ele puder ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.”⁷⁰

Portanto, é possível se perceber que haverá um direito patrimonial de cunho disponível, quando o seu titular, no caso a Administração Pública, puder exercer de forma desembaraçada a sua titularidade, podendo, inclusive dele dispor, sem que isso seja objeto de futura nulidade ou anulabilidade.

Em análise isolada da indisponibilidade, sob o viés do interesse público, mediante a ótica de princípio a constatação é que não existe direito patrimonial público disponível. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por serem inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever — na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”.⁷¹

Pois bem, um aspecto relevante é analisar, a característica da indisponibilidade dos direitos tutelados pela administração pública. Necessário mencionar que indisponível é o interesse público, que não se confunde com o interesse de determinado órgão ou entidade administrativa. Interesse público é o da coletividade como um todo.

Todavia, a indisponibilidade do interesse público não veda o reconhecimento de direitos legítimos, nem a renúncia a determinadas posições jurídicas, quando se revelem prejudiciais a este interesse. A coletividade tem interesse em atender aos justos pleitos de seus membros em face do Estado com a brevidade que um acordo, em alguns casos, pode proporcionar.⁷²

⁷⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

⁷² VAZ, Paulo Afonso Brum. Resolução alternativa de conflitos com entes públicos na Justiça Federal. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.70.04.pdf> Acesso em: 06 de janeiro 2022.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho, a Administração Pública existe e só tem sentido se houver uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais, sendo que suas numerosas tarefas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.⁷³

Ainda, conforme bem aduz Luciano Elias Reis, “seguindo o raciocínio na ideia de bem comum e coisa de todos, afirma-se que o exercício das prerrogativas e de qualquer função pública deverá refletir a vontade do povo”.⁷⁴ Ou seja, a vontade popular é o que legitima o interesse público.

Partindo destas considerações, faz-se necessário a análise do patrimônio público acerca de sua disponibilidade ou não para atender o disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem⁷⁵, ou seja, a amplitude da limitação imposta pelos ditames do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido destacam-se as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

o vocábulo “patrimônio”, no Direito Administrativo, tem sentido bastante amplo, abrangendo o patrimônio econômico, o moral, o cultural, o histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico, dentre outros. Mas, para fins de interpretação da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, o que interessa é o aspecto econômico. Na definição de Clóvis Beviláqua, patrimônio é o “complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”.

No âmbito do Direito Público, também existem direitos que admitem valoração econômica e outros que não a admitem. Por exemplo: é possível dizer que determinadas atividades exercidas pelo Estado são passíveis de valoração econômica (são as atividades econômicas por ele exercidas direta ou indiretamente). Outras não admitem essa valoração, como determinados serviços sociais do Estado, que correspondem aos direitos sociais do homem, considerados como direitos fundamentais.⁷⁶

Ainda, o art. 841 do Código Civil brasileiro tipifica que somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Nesse aspecto, o

⁷³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

⁷⁴ REIS, Luciano Elias. **O direito de Acesso às Licitações Públicas e aos Contratos Administrativos**. Revista Síntese: licitações, Contratos e Convênios, São Paulo, Vol. 04, jan. 2011.

⁷⁵ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de Arbitragem em contratos administrativos**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 29 dez. 2019.

objeto da transação é delimitado aos direitos com expressão patrimonial. Por outro lado, os direitos de conteúdo indisponível são insuscetíveis de serem tutelados por meio de transação, uma que vez que não integram a categoria dos direitos patrimoniais.

Neste diapasão, faz-se necessário explicitar que o referido princípio da administração pública (da indisponibilidade do interesse público), que é um dos pilares do regime jurídico-administrativo e dele derivam todas as restrições impostas à atividade administrativa:

segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, não se acham os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para revelar a prescrição e para tantas outras atividades a cargos dos órgãos e agentes da Administração Pública.⁷⁷

Segundo Adriana Schier⁷⁸, não é possível que seja feita uma análise isolada do princípio do interesse público, apenas partindo de uma concepção de Estado Social e Democrático que tem por fim primeiro e último a concretização dos direitos fundamentais como exigência da proteção da dignidade de todos.

A Lei Geral do Processo Administrativo nº 9.784/99 prevê no seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II⁷⁹, a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública, que veda a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo mediante autorização legal.

Como se vê, por vezes, o princípio da indisponibilidade do interesse público encontra-se em estreita relação com a legalidade. Tal relação advém em razão de que a atuação administrativa exige observância ao firmado em lei, e por isso, de prévia manifestação do Poder Legislativo, que é o único poder capaz de determinar o que é de interesse público, até porque, como visto, a lei é a manifestação legítima do povo,

⁷⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11º ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 18.

⁷⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo: O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve dos servidores públicos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder(coords.). **Direito Administrativo e interesse público** – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377 - 405, p. 387.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 9.784/99, Art. 2º, parágrafo único, inciso II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 16 fev. 2020.

proprietário da coisa pública. Dessa maneira, se o administrador atua desviando-se da lei, pretendendo impor o seu conceito pessoal de interesse público, é passível da acusação de desvio de finalidade. Por isso, afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que a Administração Pública “deve, simplesmente, dar fiel cumprimento à lei, gerindo a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor de coisa que não é sua, mas do povo”⁸⁰.

Com isso, não podem ser objeto de transação os direitos de personalidade, o direito de família, as normas de ordem pública, os direitos difusos e coletivos, bem como os interesses públicos.

Aliás, há de se destacar que os bens da Administração Pública, embora de natureza patrimonial, são gravados de inalienabilidade, por força do regime jurídico administrativo ao qual se inserem.⁸¹ A indisponibilidade dos bens e dos interesses públicos se justifica, na medida em que eles não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, que é a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.⁸²

Segundo Luzardo Faria, ocorrerão hipóteses em que entrarão em conflitos interesses públicos indisponíveis da Administração, então, deverá o Administrador bem observar aquele que melhor se coaduna à finalidade máxima protegida pela indisponibilidade do interesse público consoante o que dispõe o texto constitucional:

é interessante observar que nem mesmo em casos de conflitos de interesses públicos a Administração poderá dispor da finalidade legal. Em um primeiro momento, isso poderia parecer impossível nos casos em que duas normas com finalidades opostas se chocam em um determinado caso concreto. No entanto, deve-se lembrar que a finalidade máxima protegida pela indisponibilidade do interesse público é aquela das normas constitucionais, interpretadas e aplicadas sistematicamente, como um corpo homogêneo de diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública. Assim, quando, diante de uma situação específica, a Administração se vir obrigada a deixar de concretizar a finalidade pretendida por determinada norma legal, é imprescindível que isso seja feito apenas na medida em que for adequado, necessário e proporcional à realização do interesse público “maior” – isto é, aquele extraível do texto constitucional.⁸³

⁸⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo Descomplicado**, 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 187.

⁸¹ CAMBI, Eduardo. **A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.05.pdf> Acesso em: 28 dez. 2019.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36

⁸³ FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Disponível em: <

Portanto, nos parece superada os posicionamentos contrários que não admitiriam a transigência de direitos pela Administração Pública, por suposta afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, o que se percebe é que os *dispute boards*, em última análise, desde que devidamente respeitado o princípio da legalidade, não afrontam o princípio da indisponibilidade do interesse público, nem mesmo a isonomia quando praticada em relação ao objeto, seja pela sua identidade, seja pela sua quantidade, garantia e, até mesmo, em aspectos relacionados ao vínculo jurídico. É justamente por isso que se afirma ser possível a composição em relação ao valor, à forma de satisfação, ao vencimento e ao modo de cumprimento⁸⁴. Sendo necessário, contudo, que haja autorização legislativa para tanto.

Inclusive, conforme menciona Gussoli, “*no paradigma da convencionalidade não há mais espaço para a atividade administrativa autoritária, desinteressada e voltada de costas ao cidadão.*”⁸⁵ Portanto, hoje é pacífico que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se dos métodos alternativos de resolução de conflitos para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.⁸⁶

Inclusive, a própria Lei Federal nº 13.129, de 26.5.15, ao alterar a lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.96), sedimentou tal entendimento, prevendo no parágrafo 1º do artigo 1º, que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Antes disso, algumas leis já previam o uso de mecanismos privados de resolução de disputas, suprimindo a omissão da Lei 8.666/93. É o caso do artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95, do artigo 11, III, Lei Federal nº 11.079/04, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica, dentre outras.

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 dez. 2019.

⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Comentários ao enunciado 135. Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civil**. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 199.

⁸⁵ GUSSOLI, Felipe Klein. Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, p. 46-70, 2019.

⁸⁶ Discorrendo criticamente sobre o império da força à consensualidade: contornos da mudança de paradigmas do Direito Administrativo, vide REIS, Luciano Elias; FERREIRA, Daniel. Termo de ajustamento de gestão como um avanço rumo à consensualidade junto ao Tribunal de Contas do Paraná. In: MACEI, Demetrius; OLIVEIRA, Eloete Camilli. (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Waldyr Grisard Filho**. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017, v. 1, p. 217-238.

Precisamente Selma M. Ferreira Lemes já defendia há tempos a possibilidade da arbitragem nos contratos de concessão pública, em relação a tudo que tenha reflexo patrimonial. Por este motivo, entendeu-se que, por consequência, discussões acerca da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre concessionário e concedente, será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou mesmo à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais).

Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal.⁸⁷

Por conseguinte, o mesmo raciocínio aplicado à arbitragem deverá coincidir com a incidência de *dispute boards* nos contratos administrativos. Ambos os institutos poderão ser instituídos sobre cláusulas contratuais, em concessão pública, que se relacionem necessariamente com o equilíbrio patrimonial e possuam algum reflexo patrimonial.

Inclusive, já existiam editais licitatórios, como por exemplo, o edital 01/2016 – Processo administrativo nº 22/2016 - para a prestação dos serviços de transporte público no Município de Itapoá, no estado de Santa Catarina, que mesmo antes da própria “nova” lei de licitações (Lei 14.133/2021), possuíam previsão da utilização dos *dispute boards* (comitê técnico) como forma de solucionar conflitos decorrentes do contrato:

CAPÍTULO X - RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

37. Mecanismos de solução de controvérsias

37.1. Controvérsias oriundas do presente CONTRATO e de sua execução poderão ser dirimidas:

(i) **Por meio do COMITÊ TÉCNICO;**

(ii) Por Arbitragem; e

(iii) Judicialmente, quando não passíveis de resolução arbitral, na forma da lei e deste CONTRATO.

37.2. Divergências Técnicas. Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica, será constituído por ato do CONCEDENTE e mantido durante a vigência deste CONTRATO, **COMITÊ TÉCNICO, composto por 3 (três) membros efetivos e 3 (três) membros suplentes, que substituirão os membros efetivos em suas ausências ou impedimentos.**

37.2.1. O COMITÊ TÉCNICO será competente para emitir pareceres sobre procedimento para fiscalização e sobre as demais questões técnicas que lhe forem submetidas pelo CONCEDENTE ou pela CONCESSIONÁRIA, relativamente a divergências que venham a surgir

⁸⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?** Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf> Acesso em: 04 jan. 2022.

quanto aos aspectos técnicos correspondentes à prestação dos SERVIÇOS desta CONCESSÃO.

37.2.2. Quando demandado, ou em caso de inércia do CONCEDENTE, o COMITÊ TÉCNICO decidirá também a respeito de eventuais controvérsias relativas a revisões e reajustes tarifários.

37.3. Os membros do COMITÊ TÉCNICO serão designados da seguinte forma:

- (i) Um membro efetivo, que será o Presidente do COMITÊ TÉCNICO, e o respectivo suplente, indicados pelo CONCEDENTE;
- (ii) Um membro efetivo, e o respectivo suplente, indicados pela CONCESSIONÁRIA; e
- (iii) Um membro efetivo, e o respectivo suplente, indicados pela CONCESSIONÁRIA e pelo CONCEDENTE de comum acordo, dentre profissionais independentes, de ilibada reputação e notório conhecimento técnico.

Veja-se que a utilização dos *dispute boards* em contratos de concessão, visará flexibilizar a relação contratual, priorizando o equilíbrio de interesses das partes, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos, permitindo a busca de solução de controvérsias mais rápidas e eficazes para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que circulam em torno das cláusulas econômicas e financeiras (equilíbrio econômico-financeiro). Especificamente, naquela contratação realizada pelo município de Itapoá, controvérsias sobre o valor da tarifa do ônibus, por ocasião da pandemia covid-19, foram exaustivamente tratadas mediante as disposições acostadas, quando por diversas ocasiões o Poder Judiciário foi poupado dessas discussões.

Ademais, na estrita observância do disposto no art. 23, inciso XV da Lei nº 8.987/95, é possível extrair-se que dentre as cláusulas essenciais dos contratos de concessão, deverão constar “*o modo amigável de solução das divergências contratuais*”, que certamente foi arrolado como tal, mediante a realização de uma interpretação em conformidade com o princípio constitucional da eficiência e da economicidade. Logo, os contratos de concessão de serviços públicos possuem, além de uma mera possibilidade, um dever de buscar e prever em seus editais, cláusulas essenciais sobre a negociação, *dispute boards*, conciliação, mediação e arbitragem, visando à solução de controvérsias pela via extrajudicial.

Ainda, mais contemporânea é a Lei Federal nº 13.867/19, quando também permitiu-se o uso de outras técnicas de se resolver um conflito diversamente ao Poder Judiciário, para definir os valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública. O legislador determinou que tão logo seja emitido o decreto expropriatório, o Estado deverá comunicar o particular do valor que pretende indenizá-lo diante de tal

prejuízo. Assim, caberá ao particular proprietário do imóvel aceitar a proposta e receber o dinheiro; ficar inerte ou rejeitar a oferta, opções em que a indenização será discutida judicialmente; ou, finalmente, optar pela mediação ou pela via arbitral, para abrir um canal de negociação. Informa-se que caso opte pela mediação ou arbitragem, o particular poderá indicar um dos órgãos ou instituições especializadas previamente cadastradas pelo órgão responsável pela desapropriação.

O atual Código de Processo Civil também incentiva o uso desses procedimentos, ao prever, em seu artigo 3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Novamente, percebemos que existe uma obrigação e não mera possibilidade de os membros do Poder Judiciário encorajar as partes para adotarem, por exemplo, os *dispute boards*, visando pôr fim a um litígio pré-processual.

Nessa linha, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "a solução consensual tornou-se "dever do Estado - logo o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação. Evidentemente, o juiz, como órgão do Estado, também deve estar atento para a ênfase que deve ser dada à solução consensual, colocando-a em pauta sempre que acreditar necessário."⁸⁸

Se antes era questionável a necessidade de autorização normativa prévia para a autocomposição pelos entes públicos, ou mesmo a heterocomposição que não decorresse de intervenção judicial, decorrente do princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988), hoje essa exigência é totalmente suprida pelas diversas fontes normativas dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro.⁸⁹

No entanto, em que pese a existência de amparo legislativo, recomenda-se que os órgãos e entidades da Administração Pública regulamentem como deverá ser o procedimento e os limites para o uso dos meios extrajudiciais, a fim de conferir segurança jurídica e tranquilidade aos seus agentes.

⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202.

⁸⁹ Tanto é assim que antes existiam leis como autorizações genéricas, tais como o parágrafo único do artigo 10 da Lei 10.259/2001 e o artigo 8º da Lei 12.153/2009.

3.4 *Dispute boards* e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Inicialmente, a Lei Federal nº 12.462/2011, sancionada em 04/08/2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, sendo aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; e da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014; de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais; das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Atualmente, o referido dispositivo legal é aplicável às licitações e contratos de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; das ações no âmbito da segurança pública; das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; dos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração; das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Ademais, um dos pilares que sustentaram a criação do RDC, foi a ampliação da eficiência nas contratações públicas, nos termos do § 1º, do art. 10 da referida lei federal, sobretudo, para a concretização daqueles eventos que estavam por vir: Copa do Mundo de Futebol e Olimpíadas.

Por este motivo, o art. 44-A da lei de RDC passou a admitir o emprego dos “mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem”, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos das leis da arbitragem e mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.

Como se vê, não há expressamente uma autorização neste diploma legal sobre a utilização do *dispute board* como um método alternativo de resolução de conflitos. No entanto, a previsão da utilização de “mecanismos privados de resolução de disputas”, possibilita o entendimento de que um *dispute board* poderá servir para a busca de uma solução quando firmado um litígio entre os contratantes.

Assim, possível o entendimento de que o instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e seu objeto são compatíveis com os *dispute boards*, pois se trata de procedimento orientado pelo princípio constitucional da eficiência direcionado, na sua maioria, a litígios decorrentes de obras vultosas de infraestrutura. Nesse sentido⁹⁰:

em relação aos demais instrumentos de contratação pública, foi ressaltada a necessidade de, ao menos, analisar a viabilidade de formação de um Dispute Board e sugerido, com base nas mesmas diretrizes propostas pelo Banco Mundial (PEREIRA, 2015, p. 14), que, em contratos de obras e serviços de engenharia com valor entre 10 e 50 milhões de reais, seja obrigatória a presença de um Dispute Review Expert (Dispute Board formado por uma pessoa) ou de um Dispute Board formado por três integrantes; já em relação a obras acima de 50 milhões de reais, seja obrigatória a formação de um Dispute Board composto por, ao menos, três integrantes.

Tanto é verdade que, na Copa do Mundo e Olimpíadas, teve-se notícia do uso dos *dispute boards*, sobretudo, em razão dos altos financiamentos patrocinados pelo Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, num cenário em que, segundo Arnoldo Wald, o investimento estrangeiro no Brasil saltou de U\$ 3,2 (três vírgula dois) bilhões para U\$ 48 (quarenta e oito) bilhões, num acréscimo de cerca de 1.500%, com altas cifras que chegariam pelos grandes eventos relatados.

3.5 Os *dispute boards* como método de resolução de conflitos na nova Lei de Licitações

Claramente, atento a esta tendência de se estimular a heterocomposição entre as partes, o legislador na elaboração da nova lei de licitações (Lei Federal nº 14.133/2021), previu a possibilidade de a Administração Pública fazer uso dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, como o comitê de resolução de disputas (*dispute boards*), a conciliação, a mediação, e a arbitragem. Para tanto, destacou um capítulo próprio para tal matéria, qual seja, o Capítulo XII, nomeado como “meios alternativos de resolução de controvérsias”.

Reforçando o que foi já havia sido firmado anteriormente na lei da arbitragem, a nova lei de licitações prevê que o uso destes métodos de heterocomposição

⁹⁰ MACHADO, Mateus Oliveira. **A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**. Extraído do site: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294>. Acessado em 04/01/2023.

somente será possível quando se caracterizarem controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

Adiante, o *caput* do art. 151 da lei 14.133/2021, traz um rol exemplificativo dos meios alternativos de resolução de controvérsias que servirão à Administração Pública. Seguindo o mesmo raciocínio, o parágrafo único do referido dispositivo legal, é possível identifica-se que o legislador elenca, apenas exemplificativamente, as causas ensejadoras das controvérsias: as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Certamente, os referidos procedimentos se propõem a solucionar um número infindável de outros litígios.

Destaca-se que, se houver cláusula contratual, mesmo decorrente de edital licitatório, somente por meio de ato expresso de vontade de ambas as partes é que será possível a abdicação da instalação do uso daquele método.

Caso uma das partes, por exemplo, busque o Poder Judiciário, ignorando uma cláusula compromissória do uso de um *dispute board*, a outra parte litigante, como matéria de defesa indireta, analogicamente, poderá alegar tal constatação, o que possivelmente implicará na extinção do processo judicial liminarmente, consoante disposição do art. 337, X do Código de Processo Civil⁹¹, em respeito à autonomia da vontade das partes.

Não é necessário que o edital ou mesmo o contrato preveja originalmente a opção pela tomada dos meios alternativos de resolução de conflitos. É perfeitamente possível que as partes envolvidas pactuem, posteriormente ao surgimento do conflito, para recorrerem a arbitragem, aos comitês de resolução de disputa dentre outros, consoante disposição do art. 153 da nova lei de licitações que firma que “os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.

Veja que a escolha deve ser feita de acordo com a expertise e confiança depositada no árbitro, o que variará de acordo com a espécie do conflito surgido. Se a demanda diz respeito à uma concessão de um certo serviço público, será exigido que do árbitro, conciliador, mediador, ou membros dos *dispute boards* conhecimento técnico acerca do tema, que por muitas vezes não será somente de direito, mas

⁹¹ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:
X - convenção de arbitragem;

envolverá diferentes matérias, como, por exemplo, as contábeis ou de engenharia, no caso de auxílio num litígio que envolva pedido de reequilíbrio-econômico.

3.6 A intervenção judicial brasileira no *dispute board*.

Buscando estabelecer firmes diretrizes, visando dar maior eficácia à autonomia das partes, inclusive recomendando o uso de cláusulas contratuais com disposições vinculativas aos *dispute boards*, a Justiça Federal foi pioneira ao entabular enunciados sobre o tema.

Logo na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, o enunciado de número 49⁹² reconheceu o *dispute board* como método legítimo de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Portanto, sobretudo, através do trabalho feito sob coordenaria do Ministro Luís Felipe Salomão em meados do ano de 2016, ou seja, passados mais de seis anos, o Poder Judiciário já se inclinava a reconhecer a utilização do *dispute board*, como método alternativo de solução de conflitos.

Destaca-se que, contudo, na época já havia permissivos legislativos para o uso do referido instrumento, tais como: Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95, art. 23-A⁹³); Lei de Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/04, art. 11, III⁹⁴); Lei do Regime

⁹² 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.

⁹³ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁹⁴ § 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

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

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

Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/12, art. 44-A⁹⁵); Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16, art. 12, parágrafo único⁹⁶).

Mais adiante, discorrendo sobre os efeitos das decisões proferidas por um *dispute board*, quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, o enunciado número 76⁹⁷ determina o cumprimento destas decisões vinculativas às partes até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, desde que os contratantes tenham acordado pela sua adoção obrigatória.

Referido posicionamento é importante, pois, mais do que dizer que serão competentes o Poder Judiciário e o juízo arbitral para revisar as decisões proferidas por um *dispute board*, firma-se o posicionamento que as partes deverão cumprir o que foi determinado no âmbito dos comitês, tão logo tenha sido emitido tal comando.

Desta forma, insta perceber que uma decisão proferida em um *dispute board* terá eficácia de imediato, não demandando qualquer outra complementação.

Além de reconhecer como método alternativo de solução de conflitos, a Justiça Federal passou a recomendar a utilização dos *dispute boards*, 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, na forma do enunciado 80⁹⁸.

O próprio Superior Tribunal de Justiça no esclarecedor julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422 - RJ (2015/0177694-9) entendeu que caberá às partes estabelecerem no instrumento contratual, com fundamento no princípio da autonomia de vontades, dispor sobre o caráter de tal decisão, se meramente

⁹⁵ Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.

⁹⁶ Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

(...) Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

⁹⁷ Enunciado CJP nº 76: "As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada."

⁹⁸ 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.

consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública:

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

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. (...) ⁹⁹

Chama a atenção também, que a decisão proferida pelo STJ, menciona que a flexibilidade nos *dispute boards* é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convém, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os *dispute boards* tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e parcerias público-privadas, em contratos de fornecimento a longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.

Mais recentemente, na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Federal, em 07/08/2022, reconhecendo a possibilidade, através de aditivo contratual, da utilização do *dispute board* em contratos administrativos que já estivessem em vigência, foi aprovado o seguinte enunciado:

em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a

⁹⁹ STJ, Recurso Especial nº 1.569.422 - RJ (2015/0177694-9). Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. DJ: 20/05/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/340041748/andamento-do-processo-n-2015-0177694-9-recurso-especial-20-05-2016-do-stj> Acesso em: 14 mar.2022.

cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.

Necessário expor que o referido enunciado, bem na verdade, nada mais fez do que reproduzir o art. 153 da nova lei de licitações, que menciona o seguinte “Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.”

Portanto, o que se percebe é que os *dispute boards* ou Comitês de Resolução de Disputas nada mais são que instrumentos contratuais para prevenção e solução consensual de conflitos, alternativos ao Poder Judiciário e Arbitral. Constituem um corpo de profissionais independentes e com conhecimento técnico sobre o objeto contratual, que funciona de forma permanente desde o início do contrato, acompanhando a sua execução, com o objetivo de solucionar de maneira célere e técnica os litígios que porventura ocorram.

Também recentes são os enunciados 131, 137 e 203, aprovados na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários, vinculado ao Conselho da Justiça Federal, no âmbito da Comissão Desjudicialização que tratam do assunto.

O Enunciado nº 131¹⁰⁰, em complementação ao Enunciado nº 76, reafirma a necessidade de que as decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputas devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral. A justificativa apresentada para este dispositivo, foi a de que a sua criação visa formalizar e dar força às decisões produzidas no *dispute board*, especialmente aquelas que tenham natureza vinculante, para que produzam efeitos imediatos após a sua prolação, considerando a delegação, por meio do *pacta sunt servanda*, da solução de eventual impasse, bem como da participação das partes em todo o procedimento, respeitadas naturalmente as regras estabelecidas no *dispute board* e também as garantias constitucionais e legais das partes.

Por sua vez, o Enunciado nº 137 determina que "na utilização do comitê de resolução de disputas (*dispute board*) como meio alternativo de prevenção e

¹⁰⁰ As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputa (Dispute Boards) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (artigo 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões", por se entender que a "modalidade combinada atende com plenitude ao interesse público envolvido na solução de controvérsias". Como justificativa, discorreu-se que para que seja emitida decisão pelo comitê na modalidade combinada, deverá haver provocação por uma das partes nesse sentido, sem que haja objeção pela outra. Caso haja objeção, o comitê poderá emitir a decisão, levando em consideração as peculiaridades do caso, notadamente, da manutenção do contrato e da prevenção de perdas. Com efeito, a adoção do comitê de resolução de disputas preferencialmente sob a modalidade combinada atende com plenitude ao interesse público envolvido na solução de controvérsias, na medida em que abrange tanto a expedição de recomendações sem efeito vinculante, quanto de decisões com efeito vinculante.

A jurisprudência nacional tem-se manifestado, majoritariamente, no sentido de que, sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do *dispute board*; mas a interferência judicial deve dar-se com “moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado.”¹⁰¹. No mesmo sentido: AREsp: 1512201 SP 2019/0150527-0 (Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Publicação: DJ 25/09/2020).

Relevante também, o reconhecimento da jurisprudência no sentido de que o *dispute board* é um mecanismo célere e eficaz: “trata-se inclusive de contratos de execução complexa e de longo prazo, referentes a construção civil, sendo que demandas desta natureza são comumente resolvidas por arbitragem ou por *dispute boards* em vista de sua adequação para solucionar estas disputas de forma rápida e definitiva”¹⁰².

¹⁰¹ TJ-SP 20961273920188260000 SP 2096127-39.2018.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 30/07/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2018.

¹⁰² TJ-SP 10093002520178260114 SP 1009300-25.2017.8.26.0114, Relator: Daniela Menegatti Milano, Data de Julgamento: 13/03/2018, 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2018

No que diz respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰³, firmou que a garantia de inafastabilidade não consubstancia um dever de o jurisdicionado submeter-se à jurisdição e, sim, uma faculdade. E a intervenção judicial, também, "não é obrigatória, quando houver consenso entre as partes do conflito quanto a resolvê-lo de outro modo", tanto que "os modos autocompositivos de solução do litígio são normalmente legítimos. Isso já é reconhecido de há muito pelo STF e está também explicitado no art. 3.º do CPC/2015", cujos §§ 2.º e 3º impõem ao Juiz e aos demais operadores do direito o dever de fomentar a utilização daqueles modos consensuais.

Em razão disso, o Estado "ao incentivar a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, não está de forma alguma afrontando o dispositivo que comento (art. 5.º, XXXV da CF). A negociação, a mediação, a conciliação, os *dispute boards* e a arbitragem, entre outros tantos mecanismos extrajudiciais de solução de litígios, não conflitam com a garantia de acesso ao Poder Judiciário, já que todos têm fundamento no livre exercício da vontade de contratantes".

Desta forma, a utilização dos meios consensuais, tocam ao próprio impositivo de averiguação judicial acerca do interesse de agir (CPC, arts. 17 e 485, inc. VI) e a exigência de sua presença, ligando o exercício do direito de ação ao preenchimento de alguns requisitos, não significa tolher da parte o livre exercício do direito de ação.

De todo modo, certo é que, inclusive conforme entendimento externado em vários julgados do STJ, propõe-se uma interpretação aberta aos diversos métodos de heterocomposição dos conflitos de interesses, sempre com adstrição, necessariamente, ao princípio da autonomia da vontade."¹⁰⁴.

Como se vê, o Poder Judiciário é absolutamente favorável a utilização dos *dispute boards* como método alternativo de resoluções de conflitos, seja através da entabulação de diversos enunciados, ou mesmo diante de posicionamentos jurisprudenciais que estimulam o seu uso em determinadas situações, inclusive por se tratar de um mecanismo reconhecidamente célere, sendo que a sua intervenção exclusivamente decorrerá do apontamento de "casos que fujam à normalidade".

¹⁰³ TJ-MG - COR: 10000191560697000 MG, Relator: Mônica Libânio, Data de Julgamento: 04/05/2020, Data de Publicação: 21/08/2020.

¹⁰⁴ STJ - REsp: 1781302 RO 2018/0305055-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 02/06/2020.

3.7 Análise caso Linha Amarela metrô de São Paulo

No que se refere à construção da Linha Amarela do Metrô da Cidade de São Paulo, ela se iniciou através da licitação das obras da segunda fase (que incluiu as estações Fradique Coutinho, Higienópolis, Oscar Freire, Morumbi e Vila Sônia) que ocorreu em 2011 e foi vencida por um consórcio, formado pelas empresas Corsan-Corvian, Isolux Espanha e Isolux Brasil - e a Engevix.

No entanto, no mês de julho de 2015, houve a rescisão do primeiro contrato firmado, sendo que realizado no ano posterior um novo processo licitatório vencido, agora, pelo consórcio composto pelas construtoras Tiisa e Comsa.

A equipe que compôs o *dispute board* foi acionada 04 (quatro) vezes desde o início desse segundo contrato. Em duas oportunidades as manifestações foram favoráveis ao Metrô e nas outras duas contra. Em uma destas manifestações em que o Metrô teve uma decisão desfavorável a questão foi levada à apreciação do Judiciário.

Este *dispute board*, que teve a decisão contestada na via judicial, tratou de um imbróglio decorrente da discordância do Metrô com a operação escolhida pelas construtoras, no que se referia a retirada de material contaminado do solo, que poderia ocorrer, segundo o contrato firmado, através de três operações distintas, as quais, por evidente, possuíam custos diferentes.

3.8 Considerações acerca do *dispute board* instaurado

Segundo informações extraídas dos autos do *dispute board* instaurado, acostado aos autos do processo judicial cadastrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob nº 1014265-98.2018.8.26.0053, o comitê de resolução de disputas foi constituído conforme “Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas” (Termo de Acordo) firmado pelas Partes e pelos membros do CRD em 24/07/2017.

A nomeação dos membros se deu nos termos das cláusulas 20.2 e seguintes das Condições Gerais do Contrato nº 4107521301, firmado entre as Partes na data de 12/07/2016 para execução da Obra Civil, Obra Bruta e Acabamentos, contemplando Obras Remanescentes, para conclusão da Fase 2 da Linha 4 Amarela da Companhia do Metropolitano de São Paulo, que estabelecia a composição do comitê por 03 (três) membros que seriam escolhidos pela Câmara Internacional de

Comercio (ICC), caso não houvesse acordo entre as partes sobre a escolha dos membros.

De acordo com referidos dispositivos contratuais, as Partes conferiram ao comitê de resolução de disputas o poder de efetivamente decidir (e não apenas emitir recomendações) sobre as questões que lhe forem postas, sendo tais decisões válidas “para ambas as Partes, que deverão prontamente executá-las” (cláusula 20.4), ao menos¹⁰⁵ até que a mesma seja revisada em um acordo amigável ou sentença arbitral.

O Termo de Acordo, em suas cláusulas 7.10.2 e 7.10.4, ratificou a vinculação imediata das decisões tomadas no *dispute board*:

7.10.2 A decisão proferida pelo Conselho será válida para ambas as Partes, que não poderão se escusar de prontamente cumpri-la, ressalvado o disposto nos subitens 20.4. a 20.7 das Condições Gerais do Contrato.

7.10.4 A decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for modificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial, nos termos dos subitens 20.4 a 20.7 das Condições Gerais do Contrato e das Condições Especiais do Contrato. 5. Determinados, portanto, pelas Partes, os limites e a extensão das decisões do CRD, passa-se agora à análise do tema que lhe foi submetido.

Feitos tais esclarecimentos sobre os poderes outorgados ao comitê formador do *dispute board*, passaremos a discorrer mais propriamente sobre o histórico da disputa.

O imbróglio discorrido no *dispute board* em análise, denominado Destinação de Resíduos Classe I provenientes da escavação do VCA Vila Sônia, foi trazido à tona pelo Consórcio para discussão na Primeira Reunião Ordinária do comitê de resolução de disputas, ocorrida na data de 04/10/2017.

Após a realização de ampla discussão acerca do tema, as Partes não lograram êxito no firmamento de um acordo consensual para a solução do impasse. Por isso, concordaram, então, que disponibilizariam ao comitê de resolução de disputas no dia 09/10/2017, todos os documentos que entendessem necessários para a compreensão verdadeira do problema submetido, com data a ser designada, posteriormente, para a realização de reunião com as equipes técnicas das Partes.

¹⁰⁵ 1 A decisão do contrato diz “a menos” em vez de “ao menos”, o que claramente é um defeito de tradução, o que se pode detectar não só pelo sentido do restante da frase, mas também pela leitura do texto original em idioma inglês, do modelo FIDIC adotado pelas Partes.

E desta forma ocorreu. Disponibilizados os documentos na data aprazada, foi designada reunião com as equipes técnicas das Partes para o dia 06/11/2017.

Realizada a reunião, foram ouvidos os representantes técnicos de ambas as partes e, em seguida, foi designado, com a concordância das Partes, prazo para apresentação dos memoriais específicos sobre o tema em discussão, até o dia 24/11/2017.

As Partes apresentaram seus argumentos na data combinada, porém o Consórcio, em manifestação encaminhada por e-mail ao CRD em 27/11/2017, registrou protesto pelo fato de que o METRÔ teria trazido grande quantidade de documentos e informações que não haviam sido abordados na reunião de 6/11/2017, quando deveria ter se limitado a apresentar um “pró-memória” da reunião.

Diante disso, o comitê de resolução de conflitos, entendendo pela procedência da manifestação realizada pelo Consórcio, emitiu mensagem às partes, em 01/12/2017, concedendo o prazo para que o Consórcio se manifestasse destes novos documentos e informações acostadas pelo Metrô, até a data de 13/12/2017.

Ato contínuo, na reunião ordinária ocorrida em 07/12/2017, pelo Metrô foi registrada a ressalva de seu direito de, eventualmente, apresentar manifestação sobre a futura manifestação do Consórcio.

Em razão disso, o comitê julgador formalmente respondeu que, se o Metrô, após receber a manifestação do Consórcio, permanecesse com o mesmo entendimento - de que seria o caso de apresentar nova impugnação; poderia então, naquele momento, solicitar a concessão de prazo, direcionada ao comitê. Nesta ocasião, o comitê ainda ressaltou que, contudo, a eventual nova manifestação do Metrô deveria se limitar a responder exclusivamente os novos pontos e argumentos que o Consórcio eventualmente abordasse em sua manifestação de 13/12/2017.

No entanto, apresentada a manifestação pelo Consórcio na data determinada, não houve, por parte do Metrô, solicitação de prazo para responder.

Ao final, após a realização da instrução anteriormente mencionada, após a apresentação de documentos, oitiva dos representantes técnicos das empresas, o comitê de resolução de disputas proferiu decisão pela procedência do pedido do Consórcio, em 29/01/2018.

Desta forma, declarou-se a existência de obrigação do Metrô em pagar ao Consórcio a remuneração decorrente da efetiva prestação dos serviços de disposição de solo contaminado (Classe I), proveniente do VCA Vila Sônia.

3.9 Considerações acerca da demanda judicial instaurada

Em razão da decisão proferida no *dispute board* ser desfavorável aos seus interesses, a Companhia do Metrô Metropolitano de São Paulo – ingressou com um pedido judicial de Medida Cautelar em Caráter Antecedente contra o Consórcio TC – Linha Amarela, em 21/03/2018, através da demanda cadastrada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob n. 1014265-98.2018.8.26.0053, distribuída na 12ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

A demanda, contudo, foi recebida como ação de conhecimento, sem conteúdo cautelar, pois a tutela pretendida era de mérito, haja vista que, segundo o Magistrado de Primeiro Grau, o que se buscou foi a suspensão de decisão do Comitê de Resolução de Litígios, que, com isso, se presume a intenção de anular ou revisar a decisão tomada na demanda principal (artigo 308, CPC). Ato contínuo, foi concedida a liminar pleiteada, que acabou sendo revogada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018, que tramitou na 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, publicada em 08/10/2018. Desta decisão outros recursos judiciais foram demandados.

Um fator que chama a atenção é que, em razão da decisão que concedeu os efeitos da tutela – suspendendo os efeitos ou a eficácia da decisão do Conselho de Resolução de Disputas, que obrigara o autor a pagar pelos serviços de retirada e disposição de solo contaminado, supostamente prestados pelo Consórcio nos quantitativos e custos por este indicado – foi proferida em 06/04/2018, sendo revogada através do acórdão, publicado em 08/10/2018. Portanto, desde o ingresso da demanda judicial (21/03/2018) até o julgamento pelo TJSP apenas do pedido liminar, decorreram aproximadamente 07 (sete) meses, isso sem contar o tempo de julgamento dos demais recursos decorrentes desta decisão.

Ademais, até a presente data (05/01/2023) sequer restou encerrada a fase instrutória processual (encontra-se em vias da ocorrência de prova pericial). Ou seja, a demanda tramita já no Poder Judiciário há quase 05 (cinco) anos e, ao que parece, ainda está longe de possuir uma sentença, quiçá uma decisão judicial transitada em julgada.

3.10 Considerações comparativas entre a celeridade do trâmite do litígio na via do *dispute board* e do processo judicial

Nos termos relatados anteriormente, extrai-se que o *dispute board* teve um prazo de duração de aproximadamente 03 (três) meses, mais propriamente, de 51 (cinquenta e um) dias corridos, entre a data que efetivamente o comitê de resolução de conflitos teve ciência da submissão do conflito constituído (em 09/10/2017) até a data em que foi proferida a decisão final que julgou o litígio (em 29/01/2018).

Em contrapartida, no que se refere o processo judicial submetido à apreciação do TJSP, desde a data da sua distribuição (em 21/03/2018) até a data de hoje (05/01/2023), ou seja, passado já aproximadamente 05 (cinco) anos, a demanda sequer teve ainda uma sentença – a bem da verdade, sequer nem mesmo ainda foi produzida a prova pericial almejada pelas partes.

Portanto, possível a conclusão que no *dispute board* a solução ao caso concreto foi declarada em menos de 02 (dois meses), enquanto no processo judicial, passados já mais de 58 (cinquenta e oito) meses até a presente data, estamos longe de obter uma solução ao impasse.

Como se vê, a maior celeridade de um *dispute board* em relação a um processo judicial, parece muito clara.

4 BRASIL: UM CENÁRIO FÉRTIL PARA PROPAGAÇÃO DA CONSENSUALIDADE

4.1 O alto dispêndio de gastos públicos com obras paralisadas

Quem nunca se deparou com uma obra pública parada por um longo período de tempo, ou mesmo abandonada? E o que dizer sobre paralisações de serviços públicos continuados (que são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração, sendo a sua contratação estendida para além de apenas um exercício financeiro)?

Verdadeiramente, um dos grandes sentimentos de fracasso do papel exercido pelo Estado, que suplica eficiência, ocorre quando nos deparamos com obras públicas inacabadas, sobretudo, aquelas que já foram em grande parte executadas.

Segundo dados extraídos do *Diagnóstico sobre Obras Paralisadas* elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁶, em levantamento realizado pela Secretaria de Infraestrutura Urbana (Seinfral urbana)) do Tribunal de Contas da União (TCU), somente no âmbito federal, foi apontado que o Brasil possui atualmente mais de 14 mil obras públicas paralisadas, somando um investimento público de R\$144 bilhões de reais, com R\$10 bilhões já aplicados. Destaca-se que desse montante, 3% (três por cento)) teriam como motivação questões relacionadas ao Poder Judiciário. O Ministério do Planejamento também lançou relatório informando o levantamento de 4.669 (quatro mil e seiscentos e sessenta e nove) obras paralisadas apenas do Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC), dessas, 48,3% (quarenta e oito vírgula três por cento)) são obras com valor superior a 1.000.000 (um milhão), sendo que 58 (cinquenta e oito), o que corresponde a 1,2% (um vírgula dois por cento)) têm como motivo de sua paralisação, problemas judiciais.

A referida pesquisa abrangeu aproximadamente 11 (onze) milhões de processos judiciais os quais estimou-se estarem distribuídos em mais de 2.900 (duas mil e novecentos) unidades cartorárias no âmbito de suas competências. Esta estimativa foi realizada com base em processos que tramitavam nas varas cíveis, criminais, empresariais, agrárias, ambientais, de fazenda pública, no entanto, ainda

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-paradas/> . Acessado em 26/05/2021.

não englobaram a totalidade de processos em tramitação no Poder Judiciário, que podem chegar a espantosos 78.700.000 (setenta e oito milhões e setecentos mil) processos, segundo o relatório “Justiça em números 2019”.¹⁰⁷

Veja que os prejuízos decorrentes da interrupção de uma obra compreendem, além dos valores já aplicados em sua execução, outros que são de difícil mensuração. Uma obra não concluída no tempo certo consome os recursos nela aplicados sem gerar retorno para a sociedade. Além de limitar o crescimento econômico do País, por interromper a movimentação da economia local com a restrição de empregos diretos e indiretos gerados.

Há ainda o custo associado ao desgaste das obras que permanecem por muito tempo sem execução, com suas estruturas sob a ação de intempéries. Em alguns casos, a obra não pode ser retomada sem intervenções para recuperar os estragos decorrentes do abandono, e tais medidas envolvem custos adicionais incorporados ao valor total da obra¹⁰⁸.

Em estudo intitulado Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas,¹⁰⁹ Cláudio R. Frischtak reuniu as obras paralisadas nos bancos de dados da Caixa, FNDE e DNIT. Após isso, considerou R\$ 76,7 bilhões como o valor total para a conclusão das obras. Tal cifra, de acordo com o autor, se refere ao informado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para retomar 7.439 (sete mil e quatrocentos e trinta e nove) obras que se encontravam paralisadas e completá-las até o fim de 2018.

O número dentro de cada Estado representa o percentual de obras paralisadas em relação ao total de obras no Estado¹¹⁰:

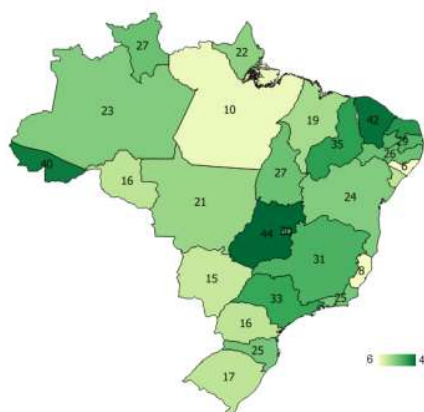
¹⁰⁷ Quantidade estimada, com base em seleção de possíveis varas, realizada no painel do módulo de produtividade mensal, disponível no link: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincipal. Acesso em 12 nov. 2019.

¹⁰⁸ Plenário TCU 011.196/2018-1 [Apenso: TC 039.816/2018-4]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>. Acessado em 26/05/2021.

¹⁰⁹ Extraído do site: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf. Acessado em 26/05/2021.

¹¹⁰ Idem.

Figura 1 - Percentual de obras paralisadas



Fonte:

Como se vê são imensuráveis os prejuízos impostos pela paralisação de obras públicas, isso sem contar os prejuízos sociais, privando a população do benefício principal da política pública que viria a gerar e mantendo a situação atual de não atendimento adequado de parte da população nos hospitais públicos, de falta de creches para crianças, de falta de esgotamento sanitário para população dentre outros.

A título ilustrativo, em 2021, o Tribunal de Contas da União a partir do Acórdão nº 1228/2021 – Plenário questionou a metodologia e a base de cálculo para avaliação dos números de obras paralisadas, já que houve uma diminuição abrupta entre 2018 e 2021, o que pode ter acontecido em razão de falhas na alimentação do Cadastro Integrados de Projetos de Investimentos – CIPI.¹¹¹

Certamente, muitos destes problemas, ensejadores das paralisações mencionadas, decorrem de conflitos que poderiam ser resolvidos antes mesmo de se tornarem litígios judiciais.

¹¹¹ Em 2018, o Tribunal de Contas da União apontava 38 mil contratos de obras atrasadas, já, em 2021, 27 mil. Como se percebe, o número é super expressivo e não pode ser considerado normal e digerível. Sobre o tema, vide <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/informacoes-sobre-obras-paralisadas-estao-incompletas-alerta-tcu.htm>. Acessado em 01/11/2021.

4.2 Os *dispute boards* e os contratos de média e longa duração.

No que diz respeito ao atual estágio de evolução dos *dispute boards* nos contratos administrativos, a autonomia da vontade e a conformação do objeto possível de ser disputado (envolvendo apenas direitos patrimoniais disponíveis), permitem a conclusão da sua utilização na modalidade de adjudicação, com decisões vinculantes, sobretudo, em contratos de longa e média duração. Neste sentido:

(...) defendemos ao longo deste trabalho a possibilidade de submissão de contratos de concessão tradicional, PPPs e contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 ao mecanismo dos *dispute boards* em todas as suas espécies – tanto aqueles que emitem recomendações quanto os que proferem decisões – independentemente de lei autorizativa expressa, desde que o DB esteja previsto no edital da licitação e no contrato, reservando-se ao Poder Judiciário apenas a prerrogativa do uso do poder coercitivo para o cumprimento da solução dada pela junta técnica do DB.

Veja que, embora os diplomas legais que aduzem acerca dos casos das concessões comuns, prevista no art. 23-A da Lei nº 8.997/199749, bem como das Parcerias Público Privadas, no art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, tratem apenas de forma genérica a possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de conflitos, será possível a adoção de um *dispute board*. Portanto, contratos de PPPs e concessão em geral, poderão prever a utilização de *dispute boards*, mesmo independentemente de lei autorizativa expressa, desde que o mesmo esteja previsto no edital da licitação e no contrato, inclusive por se tratar de contratos de média a longa duração. Reservando-se ao Poder Judiciário apenas a prerrogativa do uso do poder coercitivo para o cumprimento da solução dada pela junta técnica do referido método alternativo de resolução de conflito.

Especialmente, no que se refere aos contratos de concessão rodoviária, a prática mostra que envolvem longos prazos, os quais variam em torno de vinte a vinte e cinco anos. A duração de tais contratos decorre não apenas da necessidade de conceder ao concessionário tempo suficiente para executar as suas obrigações, mas também dos vultuosos custos envolvidos nas obras e serviços relacionados com o objeto de tais contratos.

Segundo Luís Roberto Barroso, o longo prazo, portanto, é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pelos usuários, mantendo a modicidade das tarifas, pois “com efeito, se o custo e o lucro devidos ao concessionário tivessem

de ser pagos pelos usuários, por meio de tarifas, em um curto espaço de tempo, a operação seria inviável. A opção seria o pagamento direto ao concessionário pelo poder concedente, hipótese frequentemente descartada pelas autoridades públicas”¹¹².

Assim, um *dispute board* seria de grande valia em contratos de longa duração, seja na sua implementação permitindo a prevenção de litígios, com a discussão prévia de possíveis soluções a litígios que se demonstram na iminência de acontecer; seja no combate à litígios postos, através da emissão de uma recomendação ou de uma decisão vinculativa às partes.

4.3 Os *dispute boards* na recuperação judicial

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, desde 2019, têm inovado, através de diversos julgados, sobretudo proferidos pelo juízo cível de Petrolina, em que um *dispute board*, concretizado através da via negocial eletrônica (ODR) é reconhecidamente o método mais adequado para o gerenciamento e tratamento de disputas decorrentes de recuperações judiciais, haja vista a natureza eminentemente negocial deste procedimento.

Os referidos julgados têm mencionado que a utilização dos *dispute boards* se caracteriza como a melhor das vias, “por permitir não só a gestão compartilhada, transparente e dialógica do processo, mas também a solução integral, efetiva, em tempo razoável (arts. 4º e 6º, CPC) e com o máximo de economia para ambas as partes”¹¹³, considerando a ausência da constituição de um Comitê de Credores numa recuperação judicial.

Ademais, a possibilidade da criação de um *dispute board* como método alternativo de resolução de conflitos (Enunciados 45 e 49 da I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios"); firma-se no dever de transparência, a relevância

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2012.

¹¹³ TJPE. FALÊNCIA DE EMPRESÁRIOS, SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. Recuperação judicial e Falência. Autos n. 0006572-50.2017.8.17.3130. Órgão julgador 1ª Vara Cível da Comarca de Petrolina do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

das informações e da participação de todos interessados para fins de tomada de decisão neste procedimento, os quais são potencializados pelo referido painel de disputa.

considerando a proximidade do término da prorrogação do *stay period*, bem como da realização da Assembleia Geral de Credores, a qual, em sendo adotado o meio eletrônico por convenção processual, permitirá um plano de votação e a busca pela composição por etapas em momentos diversos; Considerando, por fim, que a solução consensual do conflito pode e deve ser intentada a qualquer tempo (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º, c/c art. 139, inciso V - poder/dever para o Estado-Juiz), e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses institucionalizada pela Resolução do CNJ nº 125/2010;

Reputo o processo negocial eletrônico (ODR) como método mais adequado para o gerenciamento/tratamento da presente disputa, por permitir não só a gestão compartilhada, transparente e dialógica do processo, mas também a solução integral, efetiva, em tempo razoável (arts. 4º e 6º, CPC) e com o máximo de economia para ambas as partes.

Diante de tais considerações, observado o dever de cooperação entre as partes, o Magistrado competente tem procedido com uma consulta a empresa recuperanda e credores sobre um potencial interesse na conveniência na participação do grupo criado exclusivamente para este processo, via aplicativo "*whatsapp*", integrado inicialmente pelo Administrador Judicial e pelo próprio Juízo, o qual, havendo interesse manifestado de credores, será administrado por dois mediadores. Em caso positivo, os interessados manifestam o respectivo interesse e contato com registro no aplicativo ao administrador judicial. No entanto, há de se esclarecer que eventual adoção do processo negocial eletrônico (PNe) não implicará na suspensão do andamento do processo jurisdicional via PJe (método heterocompositivo adjudicatório), servindo como canal permanente e paralelo de comunicação entre as partes e o juízo em prol da resolução negociada da disputa, favorecendo o Sistema Multiportas de Acesso à Justiça. Em verdade reproduzem o art. 365 5, IV e VI do CPC/1973, regras incluídas respectivamente pelas Leis 11.382/06 e 11.419/06, ambas posteriores à previsão do art. 9º, parágrafo único da Lei Federal nº 11.101/2005.

Segundo Fredie Didier Jr¹¹⁴, "é possível, ainda, conceber o processo negocial, método de criação de normas jurídicas pelo exercício da autonomia privada", razão pela qual um *Online Dispute Resolution* (ODR) é uma espécie de

¹¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida* (2016, Ed. Juspodium, 3ª edição. pág. 79.

método alternativo para prevenção/gerenciamento e resolução de disputas (ADR) que se utiliza das tecnologias de informação e comunicação por meio de plataformas digitais.

Na prática, a adoção do sistema serve inicialmente como um painel de disputa criado pelos credores para acompanhar o procedimento recuperacional, vislumbrando-se não apenas o processo jurisdicional, mas outros métodos procedimentais utilizados para resolução do conflito, “ora adjudicada, ora negociada”.

Atributos que cumulativamente alcançados correspondem, segundo Candido Dinamarco¹¹⁵, o acesso à ordem jurídica justa, que é justamente, antes de tudo, a busca de um processo civil de resultados com a entrega de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere.

Nesse ínterim, denota-se que o modelo de Justiça Multiportas (*Multidoor Courthouse System*) obteve contornos notórios no Brasil com a institucionalização da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses - Resolução do CNJ nº 125/2010 - acompanhada da Resolução do CNMP nº 118/2014, Lei da Mediação nº 13.140/2015, e do “Novo” Código de Processo Civil (art. 3º, §§ 2º e 3º).¹¹⁶

4.4 O órgão de solução de controvérsias na OMC

A Organização Mundial do Comércio – OMC¹¹⁷, organização internacional com sede na cidade de Genebra na Suíça, criada em 1995, durante a Rodada Uruguai do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, conta com 164 (cento e sessenta e quatro) membros, representando um total de 98% (noventa e oito por cento) do comércio mundial, sendo gerenciado por 3 órgãos principais: o Conselho-Geral, o Órgão de Solução de Controvérsias e o Órgão de Revisão de Política Comercial.

¹¹⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, 2a edição, 2002, pág. 107-116, itens 40-43.

¹¹⁶ ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Justiça Multiportas, 1º ed., 2017, Editora Juspodium, pg. 5-9.

¹¹⁷ **Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc> . Acesso em: 09 de ago. de 2022.

Esta importante organização cuida das normas aplicáveis às relações globais que regem o comércio entre as nações. Sua principal função é garantir que o comércio seja realizado da forma mais fluida, previsível e livre possível.

Ao tratar da heterogeneidade em causa, Rezek¹¹⁸ ensina que as organizações internacionais propriamente ditas, são justamente aquelas criadas e integradas por Estados, e por eles dotadas de personalidade jurídica própria em direito das gentes.

Paul Reuter¹¹⁹ ressalta que a personalidade jurídica de direito das gentes não é a fonte da competência da organização, mas sim o seu resultado, assim serão entendidas como organizações internacionais aquelas, que, em virtude do seu estatuto jurídico, têm capacidade de concluir acordos internacionais no exercício de suas funções.

Em geral, os acordos da OMC, abrangem propriedade intelectual, bens e serviços, observando os seguintes princípios que formam a base do sistema multilateral de comércio: da não discriminação, abertura comercial, previsibilidade e transparência, competição justa, apoio a países menos desenvolvidos, proteção ambiental, inclusão, diálogos com as associações e de respeito ao comércio digital.

Corriqueiramente, incluem os compromissos assumidos por países individuais para reduzir as tarifas alfandegárias e outras barreiras ao comércio e para abrir e manter os mercados de serviços abertos¹²⁰, estabelecendo procedimentos para solução de controvérsias no caso de seu descumprimento. Os Acordos da OMC obrigam os governos a garantir a transparência de suas políticas comerciais, notificando à OMC as leis vigentes e as medidas adotadas.

Por isso, dentro de um próprio ordenamento jurídico seu, faz-se necessário que a OMC detenha certo poder coercitivo entre os seus membros, servindo-se do uso legítimo da força, a fim de que sejam respeitados os acordos firmados em seu âmbito e, por seguinte, sejam observadas sanções aplicadas em razão do seu descumprimento.

Neste íterim, surge o órgão de solução de controvérsias, cujas características foram delineadas na Rodada Uruguai, através da criação do

¹¹⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 294.

¹¹⁹ REUTER, Paul. *Droit international public*. Paris, 1963, p. 126.

¹²⁰ Sem Autor. **Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#dsb. Acessado em: 03 de ago. de 2022.

Entendimento sobre as Regras e Procedimentos que Governam a Solução de Controvérsias, através de alteração dos artigos XXII e XXIII do GATT. Inclusive, o art. 3.2 do ESC ressalta o sistema de controvérsias da OMC, como sendo “elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio”. Ademais, “os membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos membros dentro dos parâmetros dos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público”¹²¹.

Portanto, há de se perceber que o referido órgão é vital para a observância das regras e, conseqüentemente, para garantir a fluidez do comércio, sendo desta forma, uma das principais atividades da OMC.

O órgão de solução de controvérsias será acionado quando ocorrer uma disputa, que surge quando um governo-membro considera que outro governo-membro está violando um acordo ou compromisso assumido. A observância dos prazos, a possibilidade de um “sinal verde” para impor sanções, em caso de violação, o duplo grau de jurisdição existente, a transparência e acompanhamento de interessados, dão a OMC e a seu Órgão de Solução de Controvérsias uma força a ser considerada¹²²

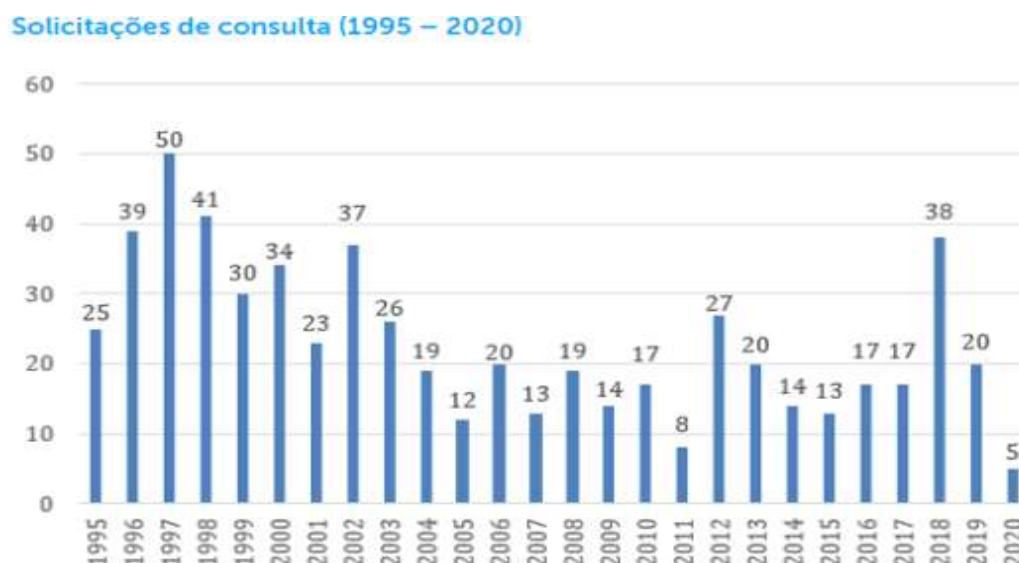
De acordo com o site da OMC, demonstrando a relevância do seu mecanismo de solução de controvérsias, extrai-se que desde o ano de 1995, um montante de 613 (seiscentos e treze) controvérsias foram levadas à referida organização internacional, sendo mais de 350 (trezentos e cinquenta) decisões publicadas”.¹²³ Ademais, conforme possível de se perceber do infográfico adiante acostado, até o final de 2020, foram apresentadas 598 (quinhentos e noventa e oito) solicitações de consultas, a primeira etapa do processo de solução de controvérsias:

¹²¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 185.

¹²² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 185

¹²³ **Organização Mundial do Comércio**. Disponível em: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm . Acesso em: 03 de ago. de 2022.

Figura 2 - Solicitações de consultas



Fonte:

Embora em todos os casos, o resultado preferível é uma solução mutuamente acordada, inclusive pela utilização das consultas no âmbito do procedimento de solução de controvérsias, nem sempre é possível este desfecho.

Somente o Brasil, que é um dos membros mais ativos da OMC, possui um total de 34 (trinta e quatro) ações em que figura como demandante, sendo demandado na metade do número daquelas ações. Além disso, o Brasil é parte interessada em 147 (cento e quarenta e sete) processos.

Lembrando que somente poderão participar do ORC os Membros da OMC – isto é, Estados, territórios aduaneiros autônomos e determinadas organizações internacionais (no caso, a União Europeia) – sendo o recurso vedado a outros atores, como empresas, pessoas físicas e organizações não governamentais.

No entanto, ocorre que é de conhecimento público que a Organização Mundial do Comércio – OMC, atravessa um momento de tensão, para não dizer crise, conforme adiante discorrido.

4.5 A Lei Federal nº 14.353, de 26 de maio de 2022 e a crise na OMC frente ao esvaziamento de julgadores no tribunal de apelação: oportunidade de utilização dos *dispute boards*

É notório que a OMC atravessa certamente o momento mais delicado desde a sua existência, em razão de sucessivos boicotes norte-americanos que resultaram no esvaziamento dos julgadores do tribunal de apelação. Importante lembrar que órgão de apelação normalmente possui uma equipe de sete juízes, sendo necessário um mínimo de três para decidir sobre um recurso.

Desde 2017 o governo norte-americano, na época capitaneado pelo seu presidente Donald Trump, vem bloqueando a formação do consenso necessário para a nomeação dos sete juízes do tribunal recursal.

Tanto é verdade que nos dias de hoje não existe mais nenhum juiz nomeado para exercer atividade alguma naquele tribunal, tornando-o inoperante há alguns anos.

Em razão disso, alguns países derrotados em demandas nas quais foram instalados painéis no órgão de solução de controvérsias (que se trata de uma primeira instância de julgamento) tem apresentado apelações ao tribunal de apelação, que, por não possuir nem mesmo o quórum exigido de 03 (três) juízes, ficam pendentes de julgamento – tornando inócua aquela demanda. Esse recurso tem sido chamado de “apelação vazia”.

Destaca-se que o órgão Permanente de Apelação, que receberá as apelações das decisões dos grupos especiais será composto por sete pessoas, três das quais atuarão em cada caso. Os integrantes do órgão de Apelação atuarão em alternância. Tal alternância deverá ser determinada pelos procedimentos do órgão de Apelação, nos termos do art. 17 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias.

Visando contornar essa situação, alguns dos países membros da OMC passam a prever a arbitragem interina provisória, feito fora da OMC (MPIA – *Multi-Party Interim Appeal Arrangement*) como forma de obtenção de um segundo grau de decisão, ainda que fora da OMC.

A propósito, nos termos do art. 25 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias, que trata da arbitragem, extrai-se que esse é um meio alternativo de solução de controvérsias que pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes, sendo que o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes, os quais acordarão quanto ao procedimento a ser

seguido. Os acordos de recurso a arbitragem deverão ser notificados a todos os Membros com suficiente antecedência ao efetivo início do processo de arbitragem.

Segundo Celso D. de Albuquerque de Mello¹²⁴, poderão serem árbitros os chefes de Estado, juristas etc., sendo que a respeito da arbitragem por chefe de Estado, é de assinalar que não se escolhe normalmente o indivíduo que ocupa o cargo.

Até que uma solução permanente seja alcançada, é provável que as disputas comerciais sejam resolvidas por meio de arbitragem. Os membros da OMC ainda poderão registrar queixas, mas os países insatisfeitos com qualquer decisão podem simplesmente atrasar sua execução ao recorrer a um tribunal que está fora de atividade¹²⁵.

Diante desse cenário de insegurança jurídica as decisões tomadas em sede de painel, o Estado Brasileiro, através da Medida Provisória nº 1.098, de 26 de janeiro de 2022, convertida na Lei Federal nº 14.353, de 26 de maio de 2022, **passou a dispor** sobre procedimentos de suspensão de concessões ou de outras obrigações na hipótese de descumprimento de obrigações multilaterais por membro da Organização Mundial do Comércio (OMC); trazendo consideráveis alterações na Lei nº 12.270, de 24 de junho de 2010. Diante de sua relevância, justificando a adoção destas severas medidas, trazemos à baila trecho da exposição de motivos da referida lei:

3. Desde dezembro de 2019, o Órgão de Apelação da OMC está paralisado, em função da impossibilidade de nomear novos integrantes. Em casos em que um Grupo Especial tenha proferido decisão favorável a alegações brasileiras, portanto, a parte perdedora pode optar por eximir-se das consequências da condenação, simplesmente mediante a apresentação de apelação, por tempo indeterminado e em prejuízo dos direitos estabelecidos nos acordos da OMC e dos interesses comerciais do Brasil. As regras multilaterais vigentes, contidas no Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), não preveem quaisquer mecanismos para remediar tais situações.

4. Para preservar esses interesses brasileiros na atual circunstância excepcionalíssima de crise do sistema de solução de controvérsias da OMC, sem perspectiva realista de solução a curto ou médio prazos, faz-se necessário dotar a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX de competência explícita para suspender concessões e outras obrigações em retaliação a membros da OMC que se utilizem de apelações dirigidas a um Órgão de

¹²⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1445.

¹²⁵ MARTIN, Nik. **Sete pontos para entender a paralisia que ameaça a OMC**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/sete-pontos-para-entender-a-paralisia-que-amea%C3%A7a-a-omc/a-51608781> . Acesso em: 09 de ago. de 2022.

Apelação paralisado como manobra legal para impedir a resolução de um contencioso.

Portanto, a República Federativa do Brasil poderá, através da Câmara de Comércio Exterior (Camex), nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 14.353, de 26 de maio de 2022, suspender concessões ou outras obrigações do País, nas seguintes hipóteses de descumprimento de obrigações multilaterais por membro da OMC: I - quando a República Federativa do Brasil for autorizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações para o referido membro previstas em acordos da OMC; ou II - quando o relatório de grupo especial da OMC confirmar, no todo ou em parte, as alegações apresentadas pela República Federativa do Brasil, na condição de parte demandante, desde que: a) exista apelação pelo membro da OMC, na condição de parte demandada, nos termos do Artigo 17 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, constante do Anexo 2 da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994; b) não possa a apelação ser apreciada pelo Órgão de Apelação ou não possa o relatório deste último ser aprovado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC; e c) tenha decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias após notificação da República Federativa do Brasil ao membro da OMC demandado sobre a intenção de suspensão de concessões ou de outras obrigações.

Desta feita, este instrumento legislativo possibilitará que nosso país retalie contra outros estados soberanos, dentre eles a Indonésia (disputa do frango) e Índia (disputa do açúcar), servindo como elemento de pressão para que se postem em conformidade à decisão da OMC de primeira instância (painel), em que pese esse meio de se proceder através da retaliação não tenha sido legitimada por autorização do Órgão de Solução de Controvérsias.

No entanto, outras possibilidades poderão ser utilizadas pelo Estado Brasileiro, surgindo, então, o *dispute boards* como instrumento alternativo que viabilize a resolução de contenciosos comerciais de interesse do país.

Ocorre que desafios surgirão na adoção dos *disputes boards* no âmbito da OMC.

Conforme discorrido anteriormente, é possível se perceber que o instituto do *dispute boards* possui uma natureza contratual, no qual prevalecerá a autonomia das

vontades, que poderão estabelecer regras de solução de controvérsias para os direitos disponíveis oportunamente pactuados entre si.

Por isso, nada impedirá que um acordo internacional firmado entre membros da OMC estipule que, no caso de ocorrência de algum conflito entre as partes - seja sobre interpretações de cláusulas contratuais, ou mesmo sobre a execução do referido instrumento pactual – o método utilizado para a solução da controvérsia seja o *dispute boards*.

Repisa-se que, firme na autonomia da vontade, os acordantes poderão discorrer sobre a quantidade de membros do comitê de resolução de disputas (que, contudo, será sempre em número ímpar), sendo permitido que cada uma das partes façam as suas indicações, sendo ao menos um membro escolhido de comum acordo.

Chama atenção o índice extremamente elevado de satisfação na resolução do conflito com a utilização dos *dispute boards*, sendo que não foram questionadas as decisões tomadas em 97% (noventa e sete por cento) dos litígios surgidos durante a execução desses contratos. Isso em grande parte ocorre em razão da confiança depositada nos membros do comitê de resolução de conflitos, os quais são detentores de um alto conhecimento técnico sobre o assunto demandado.

Evidentemente que, no entanto, caso o litígio não seja resolvido no âmbito do *dispute boards*, serão aplicadas as regras e procedimentos dispostos no Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias do OSC¹²⁶.

Disposta a cláusula competente no acordo firmado entre as partes, há quem ainda pense na criação de uma Convenção Internacional sobre determinação dos especialistas (ED) e mesmo regras do *dispute boards* (DBs) que exigiria que seus

¹²⁶ 2. As regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam sem prejuízo das regras e procedimentos especiais ou adicionais sobre solução de controvérsias contidos nos acordos abrangidos, conforme identificadas no Apêndice 2 do presente Entendimento. Havendo discrepância entre as regras e procedimentos do presente Entendimento e as regras e procedimentos especiais ou adicionais constantes do Apêndice 2, prevalecerão as regras e procedimentos especiais ou adicionais constantes do Apêndice 2. Nas controvérsias relativas a normas e procedimentos de mais de um acordo abrangido, caso haja conflito entre as regras e procedimentos especiais ou adicionais dos acordos em questão, e se as partes em controvérsia não chegarem a acordo sobre as normas e procedimentos dentro dos 20 dias seguintes ao estabelecimento do grupo especial, o Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias previstos no parágrafo 1 do Artigo 2 (denominado no presente Entendimento "OSC"), em consulta com as partes envolvidas na controvérsia, determinará, no prazo de 10 dias contados da solicitação de um dos Membros, as normas e os procedimentos a serem aplicados. O Presidente seguirá o princípio de que normas e procedimentos especiais ou adicionais devem ser aplicados quando possível, e de que normas e procedimentos definidos neste Entendimento devem ser aplicados na medida necessária para evitar conflito de normas.

Estados Contratantes reconhecessem acordos sobre ED/DBs e fizessem cumprir as suas decisões.

Nesse sentido, visando estabelecer maior segurança jurídica ao instituto, Djakhongir Saidov¹²⁷ alerta sobre possíveis imbróglis futuros acerca dos distintos ordenamentos jurídicos das partes acordantes, quando envolverem lei de jurisdição que possam invalidar todo o processo.

Contudo, há os que defendem que a Convenção Internacional sobre o tema *dispute boards*, firmando direitos e deveres aos contratantes, haverá um esfacelamento da autonomia das partes, que é justamente o grande diferencial deste instituto em relação aos outros métodos alternativos de solução de conflitos.

Independentemente disso, fato é que realmente chegou-se a hora de se discutir o tema, se imperioso ou não a criação da Convenção Internacional, tornando possível a utilização do *dispute boards* também nos acordos internacionais firmados entre membros da OMC.

127 SAIDOV, Djakhongir. **An international convention on expert determination and dispute boards?** International and Comparative Law Quarterly, 71(3), 697-726. Extraído do site: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/an-international-convention-on-expert-determination-and-dispute-boards/0AF142DB7C2B692F04F8D069582A459C> . Acesso em 10/08/2022.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise do presente trabalho de conclusão de Mestrado, é possível perceber-se a abordagem do autor de ir além daqueles resultados ótimos acerca da eficiência dos *dispute boards* apontados pelas renomadas instituições internacionais, dentre outras, a *Dispute Resolution Board Foundation* e *International Federation of Consulting Engineers - FIDIC*.

Fato é que, realmente os dados obtidos apontam em diversos pontos favoráveis aos *dispute boards* em relação a outros métodos alternativos de resolução de conflitos, notadamente, o Poder Judiciário.

Por meio das informações obtidas pelo Autor em pesquisa realizada com profissionais do ramo, demonstrou-se que todas as respostas deles confirmaram que os *dispute boards* são meio eficazes de resolução de conflito, de modo que as disputas tiveram um tempo médio de duração de até 90 (noventa) dias, bem como que nenhuma das suas decisões foram referendadas pelo Poder Judiciário, ou mesmo por um Tribunal Arbitral.

Outro ponto que chamou atenção foi em relação ao questionamento sobre o que mais merecia destaque dos profissionais na realização de um *dispute board* no qual teriam participado, haja vista que as respostas apontaram para a maior celeridade do procedimento, bem como pela especialização dos julgadores, em relação aos procedimentos judicial e arbitral.

Como se apurou, os *dispute boards* são absolutamente céleres, de modo que são concluídos, em regra, num período de tempo de até 90 (noventa) dias, após a instauração do litígio.

Ademais, a especialidade dos membros que compõe um comitê de resolução de disputas é outro fator que mereceu especial destaque. Essa característica, no entanto, ao que parece, não foi surpresa alguma, posto que geralmente dos 03 (três) membros que normalmente compõe o comitê, ao menos 02 (dois) deles possuem vasto conhecimento técnico acerca do tema debatido – razão pela qual foram escolhidos para ali estarem.

Em contrapartida, não seria nem mesmo razoável exigir que um Magistrado fosse especialista, ou mesmo possuísse conhecimento técnico prévio dos temas que lhe são demandados, pois, em regra, são poucas as matérias que demandam varas especializadas.

Por isso tudo, é que os *dispute boards* precisam cada vez mais serem adotados nos litígios que surgem, principalmente, em contratos de longa e média duração.

Conforme exposto, é notório que o Poder Judiciário se encontra absolutamente sufocado pela alta distribuição de demandas. Segundo informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹²⁸, só no ano de 2021, foi constatado um aumento do estoque de processos, haja vista que foram baixados 26,9 (vinte e seis vírgula nove) milhões, enquanto aproximadamente 27,7 (vinte e sete vírgula sete) milhões foram protocolados, restando, assim, um passivo de 800 mil processos.

Ou seja, atualmente, são mais propostas novas demandas, dentro de um ano, do que a estrutura do Poder Judiciário é capaz de julgar.

Em outra banda, de acordo com dados extraídos do *Diagnóstico sobre Obras Paralisadas* elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça¹²⁹, em levantamento realizado pela Secretaria de Infraestrutura Urbana- Seinfra, do Tribunal de Contas da União (TCU), somente no âmbito federal, foi apontado que o Brasil possui atualmente mais de 14 mil obras públicas paralisadas, somando um investimento público de R\$144 bilhões de reais, com R\$10 bilhões já aplicados.

Destaca-se que desse montante, 3% (três por cento) teriam como motivação questões relacionadas ao Poder Judiciário. O Ministério do Planejamento também lançou relatório informando o levantamento de 4.669 (quatro mil e seiscentos e sessenta e nove) obras paralisadas apenas do Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC), dessas, 48,3% (quarenta e oito vírgula três por cento) são obras com valor superior a 1.000.000 (um milhão), sendo que 58 (cinquenta e oito), o que corresponde a 1,2% (um vírgula dois por cento)) têm como motivo de sua paralisação, problemas judiciais.

Ou seja, diante deste caótico quadro, parece muito claro o papel que os *dispute boards* poderão exercer para a contribuição destes litígios.

Tal entendimento encontra-se corroborado pelo princípio da eficiência, que foi introduzido no rol dos princípios constitucionais que devem nortear a administração

¹²⁸Sem autor. **Justiça em números 2022**. Extraída do site <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>, acessado em 15/10/2022.

¹²⁹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-paradas/>. Acessado em 26/05/2021.

pública, através da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, ainda no final da década de 90.

Instituições que possuem atuação mundial já perceberam os benefícios dos *dispute boards*, tanto é verdade que incentivam de forma muito incisiva a sua utilização, sobretudo em contratos de altos valores.

Por fim, evidenciou-se também que o referido instituto de resolução de conflitos poderá trazer ótimos resultados nos acordos internacionais firmados entre membros da OMC, inclusive, diante do esvaziamento do seu Tribunal de Apelação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. Direito Administrativo Descomplicado, 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág. 187.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 185.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Enunciado nº 49. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912>. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. Enunciado nº 76. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/937>. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. Enunciado nº 80. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/938>. Acesso em: 15/01/2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.784/99, Art. 2º, parágrafo único, inciso II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Plenário TCU 011.196/2018-1 [Apenso: TC 039.816/2018-4]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019> . Acessado em 26/05/2021.

BRASIL. STJ - AgInt no AREsp n. 1.506.600/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/12/2019, DJe de 12/12/2019.

BRASIL. STJ - REsp: 1569422 RJ 2015/0177694-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2016

BRASIL. STJ - REsp: 1644890 PR 2016/0330353-7, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 18/08/2020, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/08/2020.

BRASIL. STJ - REsp: 1781302 RO 2018/0305055-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 02/06/2020.

BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 1.569.422 - RJ (2015/0177694-9). Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. DJ: 20/05/2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/340041748/andamento-do-processo-n-2015-0177694-9-recurso-especial-20-05-2016-do-stj>> Acesso em: 14 mar.2022.

BRASIL. TJ-MG - COR: 10000191560697000 MG, Relator: Mônica Libânio, Data de Julgamento: 04/05/2020, Data de Publicação: 21/08/2020.

BRASIL. TJPE. FALÊNCIA DE EMPRESÁRIOS, SOCIEDADES EMPRESÁRIAS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. Recuperação judicial e Falência. Autos n. 0006572-50.2017.8.17.3130. Órgão julgador 1ª Vara Cível da Comarca de Petrolina do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

BRASIL. TJ-SP - AC: 10048270520218260292 SP 1004827-05.2021.8.26.0292, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 18/03/2022, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2022.

BRASIL. TJ-SP - APL: 10016124720178260070 SP 1001612-47.2017.8.26.0070, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 30/10/2018, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2018.

BRASIL. TJ-SP - RI: 10015691220208260004 SP 1001569-12.2020.8.26.0004, Relator: Rodrigo de Castro Carvalho, Data de Julgamento: 24/02/2021, 3ª Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 03/03/2021.

BRASIL. TJ-SP 10093002520178260114 SP 1009300-25.2017.8.26.0114, Relator: Daniela Menegatti Milano, Data de Julgamento: 13/03/2018, 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2018

BRASIL. TJ-SP 20961273920188260000 SP 2096127-39.2018.8.26.0000, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 30/07/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2018.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios. [S. l.], 1 jul. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BUENO, Júlio e FIGUEIREDO, Augusto. Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. In: Cadernos FGV PROJETOS, Solução de Conflitos, abril/maio 2017, Ano 12, nº 30, p. 92.

BUENO, Júlio e FIGUEIREDO, Augusto. Os Dispute Boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. São Paulo: Cadernos FGV PROJETOS, Solução de Conflitos, 2017, p. 96.

BULYGIN, Eugenio; ALCHOURRÓN, Carlos E. Análisis lógico y Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 2.

CAIRNS, David.; MADALENA, Ignácio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 180, 2006.

CAMBI, Eduardo. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.05.pdf> Acesso em: 28 dez. 2019.

CARLEVARIS, Andrea. The 2015 ICC Dispute Boards Rules, in D. Ly and P. Gélinas (eds.), Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards (2017), p. 70.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36

CHEVALLIER, Jacques. O estado pós-moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 160.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. Servidor Público: Reforma Administrativa, Estabilidade, Empregado Público e Direito Adquirido. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 101.

CURSO de Dispute Boards. Disponível em: <<https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>> Acesso em: 18, dez. 2020.

DAHS, Redeker Sellner. Statutory adjudication of construction contracts in the UK . Extraída do site <https://www.womblebondnickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk> , acessado em 15/11/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de Arbitragem em contratos administrativos. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 29 dez. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida (2016, Ed. Juspodium , 3º edição. pág. 79.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, 2a edição, 2002, pág. 107-116, itens 40-43.

FARIA, Luzardo. O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 28 dez. 2019.

FERRARI, Onevair. Greenfield, Brownfield ou Greyfield? **Disponível em:** <<https://www.nexor.com.br/artigos/greenfield.html>> Acesso em: 15/01/2023

FERRAZ, Luciano. Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/conteudo-palestras/dispute-boards/o-que-e-dispute-board.pdf>> Acesso em: 19, out. 2021.

FIDIC – International Federation of Consulting Engineers. About us. Extraído do site: <https://fidic.org/about-us>. Acesso em 10/11/2022.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. Interesse Público, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14.

GABARDO, Emerson. Eficiência e legitimidade do Estado. Barueri, SP: Manole, 2003. p.107.

GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 7, n. 27, Revista dos Tribunais, abri/jun, 1999. p. 209-212.

GALVÃO, Alyne de Matteo Vaz. Os dispute review boards e o sistema jurídico brasileiro. Revista de arbitragem e mediação. Referência: v. 9, n. 32, p. 191–204, jan./mar., 2012, p. 198.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11º ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 18.

GONZÁLES – REVILLA, Miguel Angel Clare. Los dispute boards en latinoamérica: más que una alternativa una necesidad. Extraído do site: <https://www.drb.org/assets/docs/WebsiteDocs/Los%20Dispute%20Bords%20en%20Latinoamerica%20-%20Art%C3%ADculo%20-%20Miguel%20Angel%20Clare.pdf> , acessado em 04/12/2022.

GUSSOLI, Felipe Klein. Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 6, p. 46-70, 2019. <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>. Acessado em: 10 mar. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.120.

JUSTIÇA em números 2022. Extraída do site <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf> , acessado em 15/10/2022.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf> Acesso em: 04 jan. 2022.

MACHADO, Mateus de Oliveira. A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (rdc). Disponível em: <[file:///C:/Users/rodri/Downloads/294-1576-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rodri/Downloads/294-1576-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

MACHADO, Mateus Oliveira. A aplicabilidade dos dispute boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC). Extraído do site: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294>. Acesso em 04/01/2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil. Extraído do site: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031> , acessado em 04/12/2022.

MARTIN, Nik. Sete pontos para entender a paralisia que ameaça a OMC. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/sete-pontos-para-entender-a-paralisia-que-amea%C3%A7a-a-omc/a-51608781> . Acesso em: 09 de ago. de 2022.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 131.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1445.

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 30-31.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55-56.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Comentários ao enunciado 135. Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civil. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 199.

ORGANIZAÇÃO Mundial do Comércio. Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/omc> . Acesso em: 09 de ago. de 2022.

ORGANIZAÇÃO Mundial do Comércio. Disponível em: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm . Acesso em: 03 de ago. de 2022.

ORGANIZAÇÃO Mundial do Comércio. Disponível em: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#dsb . Acessado em: 03 de ago. de 2022.

PANAMÁ. Corte Suprema de Justiça do Panamá. Quarto of General Business (17 de novembro de 2014), arquivo: 589-14. Magistrado Palestrante: Luis Ramón Fábrega Sánchez.

PATTERSON, Lindy; HIGGS, Nicholas. Dispute Boards, in S. Brekoulakis and D. B. Thomas (eds.), The Guide to Construction Arbitration (3rd ed., 2019),p. 159.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. Convênios e outros instrumento de administração consensual na gestão pública do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 11.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Servidor Público. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> . Acessado em 25/05/2021.

REIS, Luciano Elias. Convênio Administrativo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189 e seguintes.

REIS, Luciano Elias. O direito de Acesso às Licitações Públicas e aos Contratos Administrativos. Revista Síntese: licitações, Contratos e Convênios, São Paulo, Vol. 04, jan. 2011.

REIS, Luciano Elias; FERREIRA, Daniel. Termo de ajustamento de gestão como um avanço rumo à consensualidade junto ao Tribunal de Contas do Paraná. In: MACEI,

DEMETRIUS; Oliveira, Eloete Camilli. (Org.). Estudos em homenagem ao Professor Waldyr Grisard Filho. 1ed.Curitiba: Instituto Memória, 2017, v. 1, p. 217-238.

REUTER, Paul. Droit international public. Paris, 1963, p. 126.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional público: curso elementar. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 294.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAIDOV, Djakhongir. An international convention on expert determination and dispute boards? *International and Comparative Law Quarterly*, 71(3), 697-726. Extraído do site: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/an-international-convention-on-expert-determination-and-dispute-boards/0AF142DB7C2B692F04F8D069582A459C> . Acesso em 10/08/2022.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo: O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve dos servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder(coords.). *Direito Administrativo e interesse público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377 - 405, p. 387.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo; SALLA, Ricardo Medina. *Manual de Dispute Boards: Teoria Prática, e Provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 74-75.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). *Direito administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 271-292; p. 283.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de Toledo. (Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral. Disponível em: < file:///C:/Users/rodri/Downloads/1578-Texto%20do%20artigo-4225-1-10-20130412.pdf >. Acesso em: 14 nov. 2022.

SUTHERLAND, Eversheds. Extraído do site: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d484157-dca4-497e-a243-d2a0c776b527> , acessado em 10/11/2022.

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*, v. 10, n. 38, p. 131.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Resolução alternativa de conflitos com entes públicos na Justiça Federal. Disponível em:

VIEIRA, Marjorie Lopes Coelho. Contratos FIDIC e o financiamento de projetos de construção. Extraído do site: <https://grandesconstrucoes.com.br/Noticias/Exibir/contratos-fidic-e-o-financiamento-de-projetos-de-construcao>. Acesso em 02/01/2023.

WALD, Arnaldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards; Revista de Arbitragem e Mediação.: RArb, v. 2. n.6, jul/set2005

WALD, Arnaldo. Dispute resolution boards: evolução recente. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br › mod_folder › content. Acessado em: 03 jan. 2023.

WALD, Arnaldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a nova lei de concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 33.

WALKER, Andy. Megaprojects under the microscope at London contracts conference. Extraído do site: <https://infra.global/megaprojects-under-the-microscope-at-contracts-conference/> . Acesso em 02/01/2023.

ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Justiça Multiportas, 1ª ed., 2017, Editora Juspodium, pg. 5-9.