

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

João Negrini Neto

**A NATUREZA JURÍDICA DOS *DISPUTE BOARDS*
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Doutorado em Direito Administrativo

São Paulo

2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

João Negrini Neto

**A NATUREZA JURÍDICA DOS *DISPUTE BOARDS*
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito sob a orientação do Professor Silvio Luis Ferreira da Rocha.

São Paulo

2024

João Negrini Neto

**A NATUREZA JURÍDICA DOS DISPUTE BOARDS
NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito sob a orientação do Professor Silvío Luis Ferreira da Rocha

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Silvío Luis Ferreira da Rocha (Orientador)
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Com todo o amor e gratidão, dedico esta tese:

Aos meus pais, João e Marília, por estarem sempre presentes e terem me ensinado a importância do conhecimento.

À minha esposa, Marcela, que sempre está ao meu lado com paciência e apoio incondicional. Nosso amor só cresce com o tempo!

Aos meus filhos, João e Dudu, cuja alegria e amor são minha maior inspiração.

Aos meus sócios Araldo, Augusto, Bia e Percival e colegas de trabalho, pelo incentivo e parceria que tornaram esta jornada possível.

Cada um de vocês faz parte deste caminho e deste sonho realizado.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR – Agravo Regimental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CDB – *Combined Dispute Board*

CPRACES – Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo

CPC – Código de Processo Civil

DBs – *Dispute Boards*

DDRR – *Digital Dispute Resolution Rules*

DRB – *Dispute Review Board*

DAB – *Dispute Adjudication Board*

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FIDIC – Federação Internacional de Engenheiros Consultores

IA – Inteligência artificial

ICC – *International Chamber of Commerce*

MASCs – Métodos Adequados de Solução de Conflitos

MESC – Método Extrajudicial de Solução de Conflitos

MS – Mandado de Segurança

PL – Projeto de Lei

PPI – Programa de Parcerias de Investimentos

PPP – Parceria Público-Privada

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

UKJT – *UK Jurisdiction Taskforce*

RESUMO

Este estudo aborda o papel dos *dispute boards* – comitês de prevenção e resolução de conflitos – como ferramenta inovadora e eficiente para a resolução de conflitos experimentados ao longo da execução dos contratos administrativos. A ausência de regulamentação federal específica para esses comitês não impede seu uso crescente, que é incentivado pela Lei Geral de Licitações e Contratos e reconhecido em modelos de contratação pública de longo prazo e alta complexidade. A análise inicia com um panorama histórico e doutrinário do instituto, apresentando sua origem, disseminação e regulamentação em legislações municipais, além das suas principais características e diferenças em relação a outros métodos alternativos de resolução de disputas.

O trabalho explora os principais aspectos distintivos dos *dispute boards* em comparação com a mediação e a autocomposição, destacando que os comitês, diferentemente dos outros métodos, possuem a capacidade de emitir recomendações ou decisões que, embora não vinculativas, como no caso da arbitragem, carregam a autoridade do texto contratual. Enquanto a arbitragem possui um caráter decisório definitivo – com força de coisa julgada –, os *dispute boards* fornecem decisões que podem ser posteriormente revisadas em instância judicial ou arbitral, oferecendo uma camada adicional de segurança e controle, especialmente relevante nos contratos públicos.

Além disso, o estudo examina a estrutura jurídica dos *dispute boards*, revelando como esses comitês desempenham funções administrativas delegadas pela Administração Pública, vinculando-se ao regime jurídico próprio dos atos administrativos. Essa característica permite que as decisões desses comitês sejam passíveis de revisitação judicial ou arbitral, sendo sua atuação inserida em um sistema de resolução de conflitos que inclui, de maneira sequencial, a autocomposição, mediação, arbitragem e, eventualmente, o julgamento judicial.

Por fim, o trabalho propõe a possibilidade de harmonização do regime jurídico dos *dispute boards* com o da arbitragem, considerando-se os pressupostos de adoção de cada um dos institutos e a jurisprudência que admite a arbitragem em contendas envolvendo a Administração Pública, desde que as decisões não afetem interesses públicos indisponíveis. O estudo conclui que, embora uma norma geral fosse desejável para assegurar maior previsibilidade e uniformidade, a regulamentação local e o incentivo pela Lei Geral de Licitações já representam um avanço significativo e permitem a sua utilização pela Administração Pública. Os *dispute boards*, ao lado da arbitragem, consolidam-se como alternativas viáveis e eficazes para resolver conflitos em contratos administrativos, refletindo a modernização da Administração Pública e a busca por maior eficiência nas contratações públicas.

Palavras-chave: *dispute boards*; comitês de prevenção e resolução de conflitos; contratos administrativos; Lei Geral de Licitações e Contratos; métodos alternativos de resolução de disputas; arbitragem; administração pública; mediação; autocomposição; decisões não vinculativas, regime jurídico dos atos administrativos, revisitação judicial ou arbitral, modernização da administração pública e eficiência nas contratações públicas.

ABSTRACT

This study addresses the role of dispute boards – conflict prevention and resolution committees – as an innovative and efficient tool for resolving disputes that arise during the execution of administrative contracts. The absence of specific federal regulation for these committees does not prevent their growing use, which is encouraged by the General Law of Public Procurement and Contracts and recognized in long-term and high-complexity public procurement models. The analysis begins with a historical and doctrinal overview of the institution, presenting its origin, dissemination, and regulation in municipal legislation, as well as its main characteristics and differences from other alternative dispute resolution methods.

The study explores the main distinctive aspects of dispute boards compared to mediation and negotiation, highlighting that, unlike other methods, committees can issue recommendations or decisions that, although not binding as in arbitration, carry the authority of the contractual text. While arbitration has a definitive decision-making character – with the effect of *res judicata* – dispute boards provide decisions that can later be reviewed in judicial or arbitral instances, offering an additional layer of security and control, especially relevant in public contracts.

Additionally, the study examines the legal structure of dispute boards, revealing how these committees perform administrative functions delegated by the public administration, linking them to the specific legal regime of administrative acts. This characteristic allows these committees' decisions to be subject to judicial or arbitral review, with their actions embedded in a conflict resolution system that includes, sequentially, negotiation, mediation, arbitration, and, eventually, judicial review.

Finally, the study proposes the possibility of harmonizing the legal regime of dispute boards with that of arbitration, considering the adoption requirements of each institution and the case law that admits arbitration in disputes involving public administration, as long as the decisions do not affect the State's inalienable public interests. The study concludes that, although a general regulation would be desirable to ensure greater predictability and uniformity, local regulation and encouragement by the General Law of Public Procurement already represent significant progress and enable its use by public administration. Dispute boards, alongside arbitration, have established themselves as viable and effective alternatives for resolving conflicts in administrative contracts, reflecting the modernization of public administration and the pursuit of greater efficiency in public procurement.

Keywords: dispute boards; conflict prevention and resolution committees; administrative contracts; General Law on Bidding and Contracts; alternative dispute resolution methods; arbitration; public administration; mediation; amicable settlement; non-binding decisions; legal regime of

administrative acts; judicial or arbitral review; modernization of public administration; and efficiency in public procurement.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 1.1 Contextualização do tema..... | 12 |
| 1.1.1 Evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos na administração pública | 12 |
| 1.1.2 Cenário atual dos contratos administrativos no Brasil..... | 13 |
| 1.2 Problema de pesquisa..... | 16 |
| 1.3 Justificativa e Objetivos | 17 |
| 2 CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS <i>DISPUTE BOARDS</i>..... | 18 |
| 2.1 O papel desempenhado pelos <i>Dispute Boards</i> | 18 |
| 2.2 Origem e evolução do instituto dos <i>Dispute Boards</i> | 22 |
| 2.3 Tipos de <i>Dispute Boards</i>: <i>Dispute Review Board</i> (DRB), <i>Dispute Adjudication</i> <i>Board</i> (DAB) e <i>Combined Dispute Board</i> (CDB)..... | 25 |
| 2.4 As principais diferenças de atuação dos Comitês de Resolução de Conflitos em relação às outras formas de solução de conflitos não litigiosas..... | 29 |
| 3 CAPÍTULO 2. OS <i>DISPUTE BOARDS</i> E O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO | 33 |
| 3.1 A necessária conformação da atuação dos <i>Dispute Boards</i> ao regime jurídico de direito administrativo..... | 33 |
| 3.2 Os <i>dispute boards</i> e o princípio da legalidade: Fundamentos legais para a sua utilização nos contratos administrativos | 42 |
| 3.3 Natureza Jurídica das decisões proferidas pelos <i>dispute boards</i> | 55 |
| 4 CAPÍTULO 3. A ARBITRAGEM NO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO | 62 |
| 4.1 Arbitragem como método de solução dos conflitos contratuais da administração | 62 |
| 4.2 Marcas características da arbitragem nos conflitos contratuais da administração | 68 |
| 4.3 Efeitos das Decisões Arbitrais..... | 75 |
| 5 CAPÍTULO 4. <i>DISPUTE BOARDS</i> E ARBITRAGEM..... | 77 |
| 5.1 <i>Dispute boards</i> e arbitragem: paralelos e diferenças..... | 77 |
| 5.2 A revisitação das decisões arbitrais e dos <i>dispute boards</i>..... | 79 |
| 5.3 Os efeitos das decisões arbitrais e dos <i>dispute boards</i>..... | 82 |
| 5.4 Sistematização das distinções entre os institutos..... | 86 |
| 6 CAPÍTULO 5. PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO LEGISLATIVO E CONTRATUAL | 87 |

| | |
|--|----|
| 6.1 Reflexões sobre a integração dos <i>dispute boards</i> e da arbitragem nos contratos administrativos | 87 |
| 6.2 Sugestão de melhorias legislativas para a regulação dos <i>Dispute Boards</i> | 90 |
| 7 CONCLUSÃO..... | 95 |
| REFERÊNCIAS | 99 |

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização do tema

1.1.1 *Evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos na administração pública*

Os contratos administrativos tornaram-se cada vez mais complexos e de longa duração. A natureza dinâmica e a natural complexidade desses contratos, muitas vezes, resultam em desafios e conflitos que podem comprometer a consagração dos interesses públicos neles perquiridos. À medida que os contratos administrativos se tornam mais intrincados, guiando relações jurídicas e técnicas igualmente difíceis e de longa duração, a tendência natural é de que também aumentem, em volume e dificuldade, os conflitos erigidos ao longo da execução dessas contratações.

Mas, paradoxalmente, dado o alto volume de investimentos públicos e privados e, sobretudo, os interesses públicos envolvidos na correta execução das prestações contratuais, demanda-se, cada vez mais, uma resolução célere e eficiente dos potenciais conflitos.

A judicialização das contendas contratuais, apesar de ainda ser uma alternativa viável, nem sempre proverá as respostas necessárias com a agilidade e tecnicidade que se espera. Nesse cenário, ganham destaque os métodos alternativos de resolução desses conflitos (também chamados de métodos adequados), dentre eles, a submissão da contenda a um processo arbitral; o estabelecimento de um *dispute board* (igualmente chamados de Comitês de Resolução de Disputas) e a adoção de outros métodos, como a autocomposição e a mediação.

A Lei de Regência dos Processos Arbitrais (Lei Federal nº 9.307/96), sobretudo após as alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.129/15, assim como a jurisprudência consagrada nos principais Tribunais brasileiros, reafirmou a possibilidade da utilização do referido mecanismo às contendas envolvendo a administração pública. Muito embora parte da doutrina ainda seja resistente quanto a essa possibilidade, considerando a indisponibilidade dos interesses públicos, a sua utilização parece já estar sedimentada e não mais ser objeto de questionamentos.

Outros meios de solução de conflitos, como a autocomposição e a mediação, também receberam tratamento legal. Com o advento da Lei Federal nº 13.140/15, lançaram-se as normas gerais sobre os referidos procedimentos para os conflitos no âmbito da Administração Pública.

As normas de licitações e contratos administrativos da Lei Federal nº 14.133/21, também, em várias passagens, reafirmam a possibilidade de os contratos administrativos – futuros

e passados – estabelecerem mecanismos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resoluções de disputa e a arbitragem (art. 151). Confirmam, portanto, os postulados antes mencionados.

Em outras passagens, como se extrai da disposição contida no artigo 138, a norma proclama que a extinção contratual poderá se dar, não mais apenas por ato da Administração ou decisão judicial, mas, também pelos mesmos meios alternativos. Nesse sentido, verifica-se um aumento significativo da procura pelas partes do contrato da submissão de suas desavenças contratuais aos métodos mais expeditos de resolução de controvérsias.

Contudo, infere-se que a maior parte dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias contratuais tem inspiração em experiências estrangeiras de países cujas bases jurídico-constitucionais não necessariamente possuem a mesma estrutura da brasileira. Isso leva ao tratamento desses institutos, sobretudo o dos *dispute boards*, ou Comitês de Resolução de Conflitos – que será o objeto principal do presente trabalho – à luz de uma visão eminentemente privatística do Direito, sem se considerar o regime jurídico de direito público e suas inúmeras particularidades.

Nesse sentido, é preciso, inicialmente, desvendar a compatibilidade dos *dispute boards* às normas que regem o regime jurídico-administrativo, a fim de identificar a validade da opção administrativa pela sua adoção e, bem assim, identificar, a partir das fontes normativas existentes – admitindo-se a viabilidade de sua utilização – quais são as principais marcas características do instituto no sistema normativo brasileiro, eventuais limites e efeitos da sua atuação.

Para tanto, buscaremos identificar o papel desempenhado pelos referidos Comitês, a origem e a evolução do instituto conforme a experiência internacional e os tipos de sua atuação, diferenciando o instituto dos demais métodos alternativos de solução de conflitos existentes, a fim de identificar a sua possível conformação às nossas bases constitucionais.

Por possuir uma aparente similaridade com o instituto da arbitragem, buscaremos aprofundar os paralelos e as diferenças existentes entre eles para que, após, identifiquemos uma possível integração e harmonização. A partir de então passaremos a avaliar possíveis sugestões de melhoria do instituto dos *dispute boards*.

1.1.2 Cenário atual dos contratos administrativos no Brasil

Seguindo as tendências normativas acima mencionadas, os editais de licitação e minutas de contrato atuais e mais complexos como, principalmente, os de concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas preveem, na sua grande maioria, a utilização dos procedimentos alternativos para a solução de controvérsias.

Estudos do Governo Federal indicam, por exemplo, que a Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT já foi parte em dez procedimentos arbitrais envolvendo concessões de serviços rodoviários, sendo que, atualmente, integra o polo de oito procedimentos em curso¹.

Podemos mencionar, outrossim, o exemplo do Estado de São Paulo que já desde a década de 1990 insere, em seus contratos administrativos, a previsão de mecanismos alternativos de solução de divergência como os Comitês Técnicos de solução de conflitos². Atualmente, todos os contratos de grande envergadura são lançados com previsão de compromisso arbitral, mediação e autocomposição³. Outros vários, como os contratos do setor ferroviário, já apresentam a figura específica dos comitês de prevenção e resolução de divergências⁴.

Reforçando ainda mais a possibilidade de utilização do procedimento alternativo de solução de conflitos nos contratos envolvendo a Administração, outras normas, como a Lei Federal nº 13.448/17, preveem, independentemente de regra contratual, a faculdade de se submeter os conflitos contratuais a uma decisão arbitral ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, listando até mesmo para esses efeitos quais seriam as matérias passíveis de submissão. Caminham no mesmo sentido a Lei Estadual nº 16.933/19 do Estado de São Paulo e a Lei Municipal de São Paulo nº 17.731/22, dentre outras.

Especificamente em relação aos comitês de resolução de conflitos e sua utilização para dirimir conflitos contratuais da Administração Pública, diplomas normativos municipais e

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Arbitragem. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/web/guest/arbitragem>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

² Itens 50 e 51 dos contratos administrativos CR/001/1998 e CR/002/1998, respectivamente. Contratos de concessão. Disponíveis em <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>>. Neste caso, o Comitê Técnico de resolução de conflitos, diferentemente do papel que hoje desempenham os *dispute boards*, possuía a competência estipulada em contrato de resolver apenas as divergências de ordem técnica que pudessem ocorrer ao longo da execução dos contratos. Os *dispute boards*, todavia, consoante a experiência internacional e as previsões normativas relativas à matéria – que adiante serão objeto de maior enfrentamento – podem tratar de vários outros assuntos relativos aos interesses patrimoniais disponíveis do Estado.

³ A título exemplificativo, *vide* a cláusula 56 do contrato nº 0521/ARTESP/2023 e 55 e 56 do contrato nº 0540/ARTESP/2024 disponíveis no mesmo link.

⁴ SÃO PAULO. Secretaria de Parcerias em Investimentos. Trem Intercidades Eixo Norte: Contrato de Concessão Patrocinada Nº 002/2024, cláusula 82. Disponível em: <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

estaduais, como a Lei Estadual nº 15.812/22, do Rio Grande do Sul; a Lei Municipal da Cidade de São Paulo nº 16.973/18; a Lei de Belo Horizonte nº 11.241/20 e a Lei de Porto Alegre nº 12810/21, dispõem assertivamente sobre a possibilidade de sua utilização e a tramitação desses procedimentos.

No mesmo sentido, órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, dedicam-se à promoção de soluções consensuais e à prevenção de conflitos oriundos de contratos administrativos refletindo preocupação com a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica das partes contratantes, como demonstra a Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, que instituiu procedimentos de solução consensual de controvérsias e prevenção de conflitos afetos aos órgãos e entidades da Administração Pública federal.

Contudo, não tardou para que a iniciativa fosse objeto de contestação nos autos da ADPF nº 1.183, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, em que se pleiteia a declaração de sua inconstitucionalidade⁵.

Portanto, embora a adoção das medidas alternativas de solução de conflitos seja cada vez mais contemplada nos diplomas normativos e nos instrumentos contratuais envolvendo a Administração Pública, o tema – sobretudo pelo viés da constitucionalidade da medida –

⁵ O Partido Novo ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, contra a Instrução Normativa nº 91, de 22.12.2022, do Tribunal de Contas da União, que instituiu procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal e criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos – SecexConsenso.

A petição inicial fala em violação do postulado republicano e dos princípios da separação dos Poderes, da legalidade e da moralidade administrativa, bem como do regime constitucional de atribuições do Tribunal de Contas da União (arts. 1º, *caput*, 2º, 37, *caput*, e 71 da Constituição). Argumenta que a instrução normativa, ao criar órgão interno (SecexConsenso) para que autoridades públicas, particulares e o próprio TCU dialoguem a respeito da resolução de certo conflito, compromete a tomada de decisões por parte do Poder Executivo e estabelece modalidade de controle prévio da atividade administrativa pelo tribunal. Argui que à Corte de Contas competiria apenas o controle e a fiscalização concomitante ou posterior ao exercício da atividade administrativa, não havendo previsão constitucional que a autorize a participar ativamente do processo de tomada de decisão, ainda que no âmbito de soluções consensuais. Diz que houve extrapolção do poder regulamentar do TCU, que estaria limitado a expedir instruções normativas sobre matérias de sua atribuição, não alcançando a instituição de órgão de solução consensual de controvérsias que envolvam órgãos e entidades da Administração Pública federal, ante a falta de amparo constitucional ou legal específico. Rejeita que o Presidente do TCU disponha de poder de negociação política, o que seria contrário ao ideal republicano, no suposto de que a abertura de processo de solução consensual tenderia a favorecer os interesses do governo da ocasião, e não necessariamente o interesse público. Solicita, com base na fungibilidade das ações de controle abstrato de constitucionalidade, caso se entenda não ser adequada a via eleita, que a arguição seja recebida como ação direta de inconstitucionalidade.

Foram formulados pedidos cautelares de suspensão dos efeitos da instrução normativa e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade com a extinção do referido órgão.

continua sendo objeto de grande discussão no cenário jurídico, particularmente em consideração ao regime jurídico aplicável aos atos da Administração.

Ao longo do presente estudo, buscaremos, portanto, perquirir a constitucionalidade da adoção dos Comitês de Resolução de Conflitos nos contratos envolvendo a Administração Pública e a possibilidade de uma análise conforme o regime jurídico de direito público inclusive a partir das discussões e dos precedentes já consubstanciados em relação aos processos arbitrais, conforme já relatado anteriormente.

1.2 Problema de pesquisa

Diante do cenário acima relatado, o questionamento central que pretendemos enfrentar no presente trabalho é como compatibilizar a figura dos *dispute boards* na Administração Pública brasileira com as peculiaridades do regime jurídico administrativo e a ausência de norma geral dispondo a respeito da matéria. Também serão abordadas questões secundárias sobre a viabilidade da utilização do instituto, sua eficácia e eventuais limites jurídicos incidentes.

Buscaremos, também, enfrentar a utilidade e a constitucionalidade da utilização do instituto no decorrer da execução de contratos administrativos que estão sujeitos a um regime jurídico peculiar de Direito Público. No caso de sua serventia, então, identificar a existência de limites da sua utilização pelo Estado, bem como quais seriam as características do instituto que o diferenciariam das demais formas alternativas de solução de conflitos a partir da análise da função exercida pelos aludidos Comitês no bojo das contratações administrativas.

Abordaremos as principais distinções e semelhanças das funções exercidas pelos *dispute boards* quando comparados com os demais métodos alternativos de resolução das contendas contratuais, merecendo maior destaque a avaliação comparada do instituto com os procedimentos arbitrais, dada a existência de uma aparente similaridade entre eles e os trabalhos desenvolvidos pelos Comitês.

Feito isso, buscaremos traçar as principais distinções e semelhanças existentes entre o procedimento arbitral e a atuação dos *dispute boards*, indicando a função precípua de cada um deles, a possibilidade de sua revisitação judicial e os efeitos das suas decisões.

Delimitadas as distinções e semelhanças, passaremos a avaliar a integração dos *dispute boards* no sistema jurídico-administrativo brasileiro e proporemos algumas reflexões e sugestões para a regulação do instituto em âmbito nacional.

Também enfrentaremos a possível compatibilização e harmonização do regime dos *dispute boards* com o regime da arbitragem. Ao final, apresentaremos a síntese dos resultados apresentados com o presente estudo e as contribuições para a doutrina e prática do Direito Administrativo indicando as perspectivas futuras da utilização do instituto nos contratos entretidos pela Administração.

O problema de pesquisa centra-se na viabilidade e efetividade da implementação dos *dispute boards* na Administração Pública brasileira, considerando as peculiaridades do regime jurídico-administrativo e a ausência de norma geral que regule o instituto. Busca-se analisar a utilidade e constitucionalidade dos *dispute boards* na execução de contratos administrativos, avaliando seus limites jurídicos e características que os diferenciam de outros métodos alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem. Além disso, o estudo pretende identificar formas de integração dos *dispute boards* ao sistema jurídico-administrativo brasileiro, propondo reflexões sobre sua regulação e harmonização com o regime da arbitragem, contribuindo para o desenvolvimento teórico e prático do Direito Administrativo.

1.3 Justificativa e Objetivos

As recentes alterações legislativas mencionadas revelam a relevância teórica e prática do tema em questão. A partir das inovações introduzidas pela Lei Federal nº 14.133/21, dispondo a respeito da possibilidade de utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos e controvérsias nos contratos administrativos com previsão expressa de que os referidos comitês poderão tratar de assuntos do mais elevado interesse público como o encerramento do contrato (art. 138, II), impõe-se o aprofundamento do assunto.

O enfrentamento do tema, que foi importado a partir da experiência contratual estrangeira, deve ser feito à luz do regime jurídico de Direito Público, o que é fundamental para identificar assuntos da mais elevada importância como a existência dos limites de sua atuação, as responsabilidades de seus membros componentes, os efeitos de suas decisões, dentre outros.

A inexistência de um diploma legal de caráter geral prevendo as bases de funcionamento e de atuação dos referidos órgãos, a despeito de iniciativas legais locais de sua regulamentação, também nos permite refletir a respeito de eventuais melhorias para a efetivação do procedimento –, dado que o funcionamento dos referidos comitês como instrumento de gestão contratual pode representar significativo avanço na gestão dos interesses contratuais das partes e, assim, minimizar o impacto econômico-financeiro das disputas contratuais que podem implicar

sensível comprometimento do interesse público envolvido na realização das respectivas prestações contratuais.

Nessa trilha, o objetivo geral do presente trabalho será avaliar a viabilidade e os requisitos para a implementação dos *dispute boards* nos contratos administrativos, abrangendo, como objetivos específicos, o mapeamento da legislação aplicável à matéria, os desafios da consubstanciação do instituto para, então, propor soluções práticas para o aperfeiçoamento da matéria.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS *DISPUTE BOARDS*

2.1 O papel desempenhado pelos *Dispute Boards*

Os *Dispute Boards* (DBs), ou “Comitês de Resolução de Conflitos”, surgiram na experiência estrangeira como uma ferramenta inovadora e eficaz de preservar as relações contratuais e, por vezes, solucionar as disputas das partes no decorrer da execução de contratos de longa duração e alta complexidade, assim como são os contratos administrativos no Brasil.

Sua origem remonta à década de 1970, no setor da construção civil norte-americano, mas sua aplicação, nos últimos anos, tem se expandido para outros diversos setores, especialmente para aqueles que envolvem os mais variados contratos firmados pela Administração Pública com grande volume de investimentos.

Por mais que ao longo dos anos se tenha avançado de forma bastante efetiva com o aperfeiçoamento das regras dos contratos administrativos, e por mais que se tente adequar as matrizes de risco desses contratos a padrões crescentemente objetivos, conforme processos contínuos de aperfeiçoamento, fato é que os instrumentos contratuais nem sempre apresentarão os mecanismos necessários para o encaminhamento das relações e dos interesses das partes.

Como consequência disso, sobretudo nos contratos de maior complexidade, com altos níveis de investimentos e caracterizados por longa duração, a certeza é que surgirão desavenças entre o entendimento das partes e que, para o bem da preservação dos seus interesses e conclusão das prestações contratuais, precisarão passar por contínuas revisões.

Nesse sentido, Cyril Chern propõe que os *Dispute Boards* podem suprir essa lacuna contratual, exercendo, em um primeiro plano, um papel importante de preservação das boas relações havidas entre as partes. Referidos comitês, contudo, poderão desempenhar funções

distintas, por vezes opinando ou decidindo a respeito da situação a ele submetida, ou, simplesmente, buscando evitar a ocorrência de um litígio:

Contracts do not always provide the necessary mechanisms to determine entitlements with certainty. Many disputes concern “non-absolute” matters and, in such cases, the dispute board can devise solutions which avoid “win-lose” situations while keeping within the contractual boundaries. Dispute boards can also give opinions on issues when asked even before a dispute “crystallises”, many times preventing a dispute from occurring, and thus working relationships are less injured and site-level partnering can continue.⁶

Ruy Pereira Camilo Junior e Geovane Mendes Martins classificam os *dispute boards* como órgãos de governança contratual. Em complemento, também aduzem que a composição dos referidos órgãos se dá, geralmente, por três profissionais escolhidos pelas partes do contrato, devendo esses serem independentes e imparciais:

Dispute Boards são órgãos de governança contratual, típicos em contratos de construção de grandes infraestruturas ou de concessão, compostos em geral por três profissionais escolhidos por sua *expertise*, por serem independentes e imparciais, sendo que um deles será o presidente.⁷

Referidos comitês, geralmente, são constituídos desde o início da relação contratual e têm como função precípua auxiliar as partes a não incidirem em conflitos. Nesse sentido, espera-se que os referidos técnicos que o compõem ajam de forma preventiva, concomitantemente com a evolução do contrato, de maneira que possuam condições de agir em tempo real, evitando a ocorrência de litígios.

Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia, destacando a vocação precípua dos referidos Comitês, no sentido de evitar a ocorrência de contendas, acresce que:

Espera-se que tais técnicos realizem visitas, revisem a documentação da obra, com acompanhamento concomitante do que está sendo executado, e se reúnam periodicamente. Enfim, devem manter uma postura ativa desde o início do contrato. Isso permite que o comitê apresente condições mais favoráveis para a compreensão de todas as etapas de execução do objeto e, conseqüentemente, na própria percepção, avaliação e resolução dos conflitos que dele decorram.

[...]

⁶ CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards**. Practice and Procedure. 3. ed. Informa Law from Routledge, 2015. p. 6.

⁷ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; MARTINS, Geovane Mendes; SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e et al. **Dispute board**: prevenção e resolução de conflitos de alta complexidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 13.

O monitoramento concomitante da execução da obra por profissionais altamente qualificados e imparciais é, portanto, o diferencial do *dispute board*, permitindo que o comitê atue em tempo real, evitando a ocorrência do litígio. Razoável classificar o *dispute board* como um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação e ante do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática.⁸

Ricardo Ranzolin também destaca a natureza precipuamente preventiva dos *dispute boards*, cuja missão institucional é exatamente buscar impedir a ocorrência de litígios contratuais que possam implicar comprometimento do objeto da contratação:

Há quem os classifique, não sem razão, como formas de prevenir ou evitar conflitos. Mais especificamente, os *Dispute Boards* se destinam a prevenir que o objeto de uma contratação reste prejudicado em face de desentendimentos que afetem ou possam se avolumar até paralisar sua execução, com atrasos e prejuízos a todos os envolvidos. A técnica visa investigar, identificar e provocar a discussão das desavenças para sua solução em seu estágio inicial, através da designação pelas partes, desde o início da contratação, de um especialista imparcial (neutral, ou *single-person DB*) ou, alternativamente, de três especialistas imparciais que passarão a compor o “*Board*”. De regra, o *Board* (ou o *single-person DB*) irá acompanhar toda a execução do contrato para o qual foi indicado.⁹

Gustavo Silva Gusmão dos Santos esclarece, ainda, que “o comitê de resolução de disputas ou *dispute board* consiste em um painel de membros imparciais, dotados de experiência e reconhecimento em suas áreas de atuação, que se forma antes do início da execução do contrato e atuam durante todo o seu curso”.¹⁰

Os *Dispute Boards* ou Comitês de Resolução de Conflitos têm poderes conferidos pela regra do contrato, para agir em prol do interesse das partes, evitando a ocorrência, ou prevenindo o surgimento de conflitos. Todavia, caso não logrem impedir a ocorrência do litígio, eles poderão ser instados a expedir recomendação às partes ou determinar a adoção de providências sobre esses conflitos.

Os *dispute boards*, portanto, podem ser conceituados como órgãos vocacionados, em um primeiro plano, à preservação da boa execução do contrato e do relacionamento existente entre as partes, compostos por profissionais com *expertise* e vocação para o direcionamento dos

⁸ GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Boards e os Contratos de Concessão*. In: CUÉLLAR, Leila et al. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: Arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 162.

⁹ RANZOLIN, Ricardo. A Eficácia dos *Dispute Boards* no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 52/2017, p. 197-219, jan./mar. 2017. p. 2.

¹⁰ SANTOS, Gustavo Silva Gusmão dos. **Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board)**: Procedimento, prática e resultados. Londrina: Thoth, 2024. p. 40.

interesses das partes, e também podem ser chamados a decidir uma controvérsia contratual pontual quando ela for instaurada.

Da mesma forma, além de evitar a interrupção dos serviços públicos ou obras em andamento, os *dispute boards* podem garantir maior segurança jurídica para ambas as partes – tanto para a Administração Pública, quanto para o contratado. O monitoramento contínuo do contrato permite, em tese, que os comitês ofereçam soluções em tempo real, propiciando a manutenção da eficiência e o cumprimento tempestivo das obrigações sem o prejuízo causado pela judicialização ou arbitragem que cada vez têm apresentado resultados lentos e custosos.

Nesse sentido, E. R. Yescombe sugere que os procedimentos de resolução de disputas nos contratos devem priorizar a solução de questões no nível operacional durante a gestão cotidiana e, somente caso esse procedimento não seja suficiente, as discussões devem ser escaladas, sendo a demanda contenciosa utilizada apenas como última alternativa:

The dispute-resolution procedures (DRP) in the PPP contract should encourage issues first to be resolved at the day-to-day management level, and then if necessary through consultation between senior management at the contracting authority and the project company within a specified period of time. Only if an issue cannot be resolved through consultation, would it then go to an expert or a board appointed from a panel of experts whose members have been jointly agreed by the two parties. Arbitration and ultimately court proceedings should be used as a last resort. Multiple contact points between the contracting authority and the project company can also help prevent problems turning into conflicts. One of the objectives is to avoid the resolution of the dispute itself irreparably damaging the relationship between the two parties wherever possible.¹¹

Além de garantir uma sensação de maior estabilidade às partes, a adoção dos *Dispute Boards* na gestão pública brasileira também pode fortalecer a boa-fé das relações contratuais e confiança na relação da Administração e de seus contratados, promovendo uma cultura de maior transparência e cooperação. Isso é particularmente importante para a preservação do interesse público, para atrair investimentos privados no setor público e garantir a continuidade das atividades essenciais do Estado.

Os *dispute boards* têm sido amplamente previstos na realidade contratual administrativa brasileira. Hoje podemos identificá-los na grande maioria dos contratos de concessão de

¹¹YESCOMBE, E. R. **Public-Private Partnerships for Infrastructure**: Principles of Policy And Finance. 2ª Oxford: Elsevier, 2007. p. 269.

serviços públicos como, por exemplo, naqueles inseridos sob a regulação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e nos contratos de parcerias firmados pelo Estado de São Paulo.

2.2 Origem e evolução do instituto dos *Dispute Boards*

No cenário internacional, conforme adiantado em parte anteriormente, a origem do instituto pode ser atribuída à cultura norte-americana, que, em um movimento de reação face à ocorrência de uma série de dificuldades experimentadas ao longo de contratos complexos de grandes obras civis de engenharia, passou a prever certas atribuições a um comitê composto por pessoas técnicas e experimentadas no assunto do objeto do contrato, na tentativa de melhorar gerir as situações conflituosas.

Peter H. J. Chapman relata que os *dispute boards* evoluíram inicialmente para atender às necessidades da indústria da construção civil de uma resolução de disputas, rápida, informal, econômica e imparcial. É utilizado nos Estados Unidos há mais de trinta anos como um meio de evitar e resolver disputas em obras de engenharia, de maneira bastante satisfatória:

DRB's first evolved to meet the need in the construction industry for prompt, informal, cost-effective and impartial dispute resolution. The DRB concept originated in the USA where it has been used for over 30 years as a means of avoiding and resolving disputes in civil engineering works, particularly dams, water management projects and contracts for underground construction. The earliest reported use was on Boundary Dam in Washington in the 1960's, where the technical 'Joint Consulting Board' was asked to continue its operation and make decisions regarding conflicts, etc. The idea worked well and the die was cast.¹²

Karin Hlavnicka Skitnevsky também relata o surgimento dos comitês de resolução de conflitos aos termos contratuais que regiam a implementação e construção da represa Boundary, em Washington:

Os dispute boards vêm sendo utilizados nos Estados Unidos desde os anos sessenta do século passado, quando esse meio alternativo de solução de controvérsias foi implementado na construção da represa Boundary, em Washington, no qual uma junta consultiva formada por técnicos foi instituída para resolver os conflitos decorrentes da obra.¹³

¹² CHAPMAN, Peter H.J. **Dispute Boards**. FIDIC. p. 2. Disponível em: <<https://www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

¹³ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards: Meio de prevenção de controvérsias**. Belo Horizonte: Ar-raes Editores, 2016. p. 11.

Ruy Pereira Camilo Junior e Geovane Mendes Martins atribuem a sua criação como um movimento de reação frente à experiência amarga vivenciada ao longo da construção de um túnel nas Montanhas Rochosas do Colorado. Na construção de um segundo túnel, paralelo, em 1979, previram, então, pela primeira vez, a figura de um *dispute board* como forma de resolução dos conflitos.

O sistema interestadual de estradas dos Estados Unidos começou a ser implantado em 1956, durante o Governo Eisenhower. Durante a construção de um túnel nas Montanhas Rochosas, no Colorado, a partir de 1975, houve uma série de dificuldades, gerando atrasos significativos, custos adicionais e posteriores litígios judiciais. O contrato de construção de um segundo túnel paralelo, adjudicado em 1979, previu pela primeira vez um *dispute board*, baseando-se em ideia defendida pelo comitê presidido pelo engenheiro Al Matthews, e exposta no relatório *Better Contracting for Underground Construction*, publicado em 1974.¹⁴

Daniel Freitas Resende também atribui o surgimento dos *dispute boards* à construção da barragem da usina Boundary Dam, mas destaca que o instituto foi aperfeiçoado no ano de 1972, em razão de recomendações emanadas pelo Comitê Nacional de Tecnologia de Túneis dos Estados Unidos, tendo sido, então, pela primeira vez, utilizado com a incorporação de melhorias em 1975:

O Dispute Boards surgiu nos Estados Unidos no final da década de 1960, na construção da barragem de uma das principais usinas geradoras de energia convencional, a Boundary Dam, localizada no estado de Washington e finalizada no ano de 1967. Em razão do surgimento de problemas relacionados com a execução do projeto, gerando conflitos, foi criado o Joint Consulting Board (Conselho Consultivo Conjunto) para que, juntos – Estado de Washington e licitantes – chegassem a soluções dos problemas encontrados naquela obra. No ano de 1972 o Comitê Nacional de Tecnologia de Túneis dos Estados Unidos conduziu um estudo e fez recomendações para melhorar os métodos contratuais utilizados pelo país mediante o uso do Dispute Boards. Logo após a publicação dos estudos, a primeira vez que o instituto foi utilizado oficialmente com esse nome foi pelo Departamento de Estradas do Colorado, em 1975, na construção de um Túnel nesse Estado.

Assim, percebendo que poderia ser utilizado para evitar litígios, muitas empresas começaram a empregar o Dispute Boards para prevenir novos problemas após a assinatura dos contratos.

Desde então, o Dispute Boards vem sendo utilizado nos Estados Unidos e Europa, geralmente na construção de grandes obras de infraestrutura. Cabe citar algumas obras nas quais foram empregados os Comitês de Resolução de

¹⁴ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; MARTINS, Geovane Mendes; SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e et al. op. cit., p. 15.

Disputas: o Canal da Mancha, no Reino Unido; o Túnel Chambers Creek, no estado de Washington, nos EUA, e o aeroporto de Hong Kong, na China.¹⁵

Após terem sido criados com a finalidade precípua de preservar as relações contratuais de maneira rápida e eficiente, respondendo à necessidade de se evitar disputas ocorridas durante a execução de projetos complexos em prejuízo dos custos e da eficiência e da celeridade contratual, ante a morosidade da judicialização dessas contendas, as várias instituições de mercado vocacionadas aos negócios da engenharia, como a *International Chamber of Commerce* (ICC) e a *Federação Internacional de Engenheiros Consultores* (FIDIC), consolidaram esse mecanismo como um verdadeiro meio alternativo à arbitragem e ao litígio tradicional.

Atualmente, além dessas entidades, outras tantas, como a *Dispute Resolution Board Foundation*¹⁶ e os regulamentos das principais Câmaras Arbitrais, nacionais e estrangeiras, como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá¹⁷; a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp¹⁸; e a *International Chamber of Commerce*¹⁹, ostentam estrutura e regulamentos próprios – seguindo as bases internacionais que serviram de inspiração para a criação e estruturação do instituto – para a condução de trabalhos dessa natureza.

Dessa forma, a partir das experiências internacionais, podemos destacar as principais características dos *dispute boards* da seguinte forma: (i) trata-se de um comitê de especialistas indicados pelas partes para atuar de forma preventiva, desde o início da formação do contrato e durante toda a sua execução, com a finalidade precípua de evitar a ocorrência de litígios; (ii) a sua composição deve ser feita por profissionais independentes e isentos, que têm como missão institucional acompanhar o desenvolvimento do projeto desde o seu início de maneira pró-ativa e propositiva, a fim de buscar soluções para as desavenças contratuais, antes da escalada dos desentendimentos; e (iii) o comitê pode ser chamado a intervir com a expedição de

¹⁵ RESENDE, Daniel Freitas. **A Legalização do Dispute Boards no Brasil**: O que é o comitê de resolução de disputas, suas características e seu avanço na legislação brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2022. p. 11-12.

¹⁶ THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Disponível em: <<https://www.drbb.org/dispute-board-manual>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

¹⁷ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Disponível em: <<https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/dispute-boards/rules/>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

¹⁸ CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/atos-normativos/regulamento-dispute-boards.html>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

¹⁹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Disponível em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/experts/administration-of-experts-proceedings/rules-for-the-administration-of-expert-proceedings/>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

recomendações ou resoluções quando surgirem impasses contratuais não evitáveis pela sua própria atuação.

Como veremos adiante, as decisões emanadas por esses Comitês poderão ter caráter vinculante ou meramente orientativo, a depender da escolha das partes e dos termos da disposição contratual. Para o momento, contudo, extrai-se que os referidos comitês têm como objetivo principal prevenir a ocorrência de disputas que possam prejudicar o bom andamento do contrato e, ademais, quando necessário, poderão ser instados a resolver as desavenças de forma naturalmente mais célere e eficiente, dado o conhecimento apropriado pelos seus membros no decorrer da condução do contrato.

2.3 Tipos de *Dispute Boards*: *Dispute Review Board* (DRB), *Dispute Adjudication Board* (DAB) e *Combined Dispute Board* (CDB)

Como vimos, os *dispute boards* já foram incorporados aos usos e costumes contratuais brasileiros, tendo em vista uma série de exemplos internacionais bem-sucedidos. Isso justifica, em partes, o fato de adotarmos algumas expressões em idioma estrangeiro para melhor contextualizar a prática importada para o Direito brasileiro.

Consoante a doutrina – aderida por uma série de normas regentes da matéria –, existem três principais tipos de *Dispute Boards*, cada um com características e funções específicas que se adaptam às necessidades do contrato. São eles: (i) os *Dispute Review Board* (DRB); (ii) o *Dispute Adjudication Board* (DAB) e o *Combined Dispute Board* (CDB).

Em primeiro lugar, o *Dispute Review Board* (DRB) exerce uma função consultiva e atua emitindo recomendações não vinculantes às partes. Elas podem optar por segui-las ou não, de modo que a função precípua desse tipo de Comitê é orientar com relação aos assuntos que possam propiciar algum grau de divergência e minimizar, assim, as chances de escalada do conflito.

Gustavo Silva Gusmão dos Santos destaca que esse tipo de comitê tem por função precípua auxiliar as partes a obter uma solução consensual: “O *dispute review board* ou comitê de revisão tem como objetivo principal auxiliar as partes à solução da controvérsia, mediante o consenso. Desta feita, suas manifestações se dão mediante pareceres não vinculantes – ‘*informal opinions*’”²⁰.

²⁰ SANTOS, op. cit., p. 43.

Em complemento, Igor Gimenes Alvarenga Domingues também destaca a função precipuamente orientativa dos comitês consultivos, mas adverte que, consoante as regras internacionais consagradas para orientar o referido procedimento, em especial as emanadas pelo Regulamento da *International Chamber of Commerce* (ICC), a recomendação poderá passar a ser vinculante no caso de ausência de irresignação das partes a seu respeito:

Com base no art. 4º do Regulamento de *Dispute Board* da ICC38, 3, o *Dispute Review Board* (DRB) é a modalidade de *Dispute Board* na qual o comitê detém apenas a função consultiva, não gozando, a princípio, de força vinculante. Todavia, se após receber a recomendação nenhuma parte encaminhar à outra notificação expressando sua insatisfação para com esta, no prazo de trinta dias, a recomendação passará a ser vinculativa às partes (art. 4º, item 3).²¹

2. Em segundo lugar, o *Dispute Adjudication Board* (DAB), ao contrário do comitê consultivo, exerce um papel tipicamente decisório. Suas decisões são vinculantes e devem ser seguidas pelas partes. Geralmente as decisões emanadas por um *Dispute Adjudication Board* podem ser objeto de contestação em um Tribunal Judicial ou Arbitral. Esse tipo de *Dispute Board* oferece uma solução mais rápida e, em princípio, definitiva para conflitos, sem a necessidade de que as partes precisem recorrer ao Judiciário ou à arbitragem. Exerce, portanto, uma função decisória.

Como assevera Carolina Mallmann Tallamini dos Santos, as partes devem cumprir a decisão emanada pelo referido comitê, cabendo-lhes, em caso de insatisfação, submeter a disputa a uma arbitragem ou medida judicial:

Dispute Adjudication Board (DAB), que emite decisões sobre qualquer disputa que lhe tenha sido submetida. A palavra-chave, aqui, é “adjudicação”. Seguindo as determinações do contrato por elas celebrado, as partes devem cumprir essa decisão assim que a receberem. Se uma parte expressar insatisfação dentro do prazo, pode submeter a disputa à arbitragem ou intentar ação judicial. Importante frisar que as partes permanecem contratualmente obrigadas a cumprir a decisão, pelo menos até que o tribunal decida de outra forma. Se nenhuma das partes expressar insatisfação tempestivamente, por contrato concordaram em permanecer vinculadas – é a chamada *interim-binding force*.²²

Há também, em terceiro lugar, a possibilidade de que o Comitê exerça uma função híbrida ao que se denomina *Combined Dispute Board* (CDB). Como o próprio nome sugere, o

²¹ DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) nos Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 38.

²² SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. *Dispute Boards*: Maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 56/2018, p. 243-241, jan./mar. 2018, p. 4.

referido comitê combina as funções do consultivo e do deliberativo, podendo tanto emitir recomendações consultivas, quanto tomar decisões vinculantes, dependendo da gravidade ou da natureza do conflito, a depender da disposição do contrato.

Conforme observações de Ricardo Ranzolin, a forma híbrida de atuação dos referidos comitês foi consagrada em 2004 nas regras de *Dispute Board* da CCI como aperfeiçoamento do instituto:

Há ainda uma forma híbrida, denominada *Combined Dispute Board* (CDB), que foi consagrada em 2004, no Art. 6º das Regras de *Dispute Board* da CCI. Nesta forma, o *Board*, de regra, profere recomendações. Mas tal será excetuado diante de pedido expresso de adjudicação não objetado pela outra parte, ou, quando objetado, for diagnosticado pelo *Board* urgência ou a necessidade de prevenir perda substancial, ruptura no contrato ou necessidade de preservar prova. Nesses casos, o *Board* poderá proferir decisão (adjudicação), que remanescerá impositiva às partes até que seja eventualmente substituída por decisão arbitral ou judicial.²³

Ainda consoante observações de Gilberto José Vaz, embora caiba aos termos do contrato estabelecer acerca da melhor forma de atuação dos *dispute boards*, as orientações emanadas pela *Dispute Resolution Board Foundation de Seattle/USA* sugerem que as decisões dos referidos comitês não devam ter caráter obrigatório, sendo necessário prevalecer a confiança das partes na aceitação da solução técnica encaminhada pelos comitês:

A *Dispute Resolution Board Foundation de Seattle/USA* recomenda em seu manual de práticas e procedimentos que as manifestações dos *Dispute Boards* acerca das questões submetidas a seu exame não devem ter caráter obrigatório, que coloque às partes o dever de imediato cumprimento de seus conteúdos. A Fundação acentua que o alto grau de adesão das partes às decisões dos *Dispute Boards* é alimentado pela confiança no saber técnico e na imparcialidade dos membros da junta, além do conhecimento específico desses membros em relação às condições peculiares do projeto em execução. E isso também valeria para os contratantes públicos, dado que uma análise bem estruturada de uma disputa por uma junta neutra e independente de *experts* mune de credibilidade a decisão das partes em aceitar a recomendação do *Dispute Board*.²⁴

Quanto à forma, os Comitês poderão ser instaurados *ad hoc* ou possuir caráter permanente. O Comitê *ad hoc* é aquele estabelecido para resolver uma disputa em particular. Ele é dissolvido logo após o cumprimento de sua missão.

²³ RANZOLIN, op. cit., p. 3.

²⁴ VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os *Dispute Boards* no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 10/2006, p. 165-171, jul./set. 2006. p. 4.

Seus membros costumam ser escolhidos com base em suas experiências e conhecimentos relevantes para a natureza do conflito, sendo chamados a atender a uma situação específica, devendo a forma de sua remuneração restar prevista geralmente em contrato. A exemplo dos demais comitês, será sempre necessário que o contrato entabulado entre as partes preveja a possibilidade de sua instauração e os casos em que ele poderá ser instado a participar da discussão.

Já os Comitês fixos exercem uma função contínua e são estabelecidos para funcionar ao longo de todo o contrato, não sendo dissolvidos após a resolução de um caso específico. Esses Comitês possuem uma estrutura clara e definida nos termos do contrato, assim como sua atuação se dá em função de procedimentos claros e previamente estipulados. Os seus membros componentes possuem estabilidade, sendo geralmente nomeados para mandatos mais longos, podendo, inclusive, exercer a função ao longo de toda a execução contratual. Como veremos adiante, não há consenso em relação à forma de sua remuneração, devendo, também, diante da inexistência de regulação normativa, ser ela estipulada por contrato.

Os Comitês fixos operam conforme regras e padrões contratuais, que são previamente conhecidos pelas partes e suas funções acabam sendo geralmente mais amplas, inclusive no que se refere à prevenção das disputas no longo prazo, lidando com uma variedade de questões em vez de um único conflito específico.

Em todos os casos, os comitês são orientados a buscar a composição entre as partes por meio da mediação prévia do conflito, da negociação ou de outras formas de resolução amigável, visando a uma solução prática e mutuamente aceitável.

Sobressai, ainda, que os *disputes boards*, como adverte Ricardo de Carvalho Aprigliano, são “uma figura contratual, uma modalidade de MASCs que se coloca à disposição das partes para a introdução em determinadas relações jurídicas, pela qual é instituído um grupo de trabalho – permanente ou após o surgimento de algum conflito específico – para dirimir conflitos que decorram dessas mesmas relações jurídicas”.²⁵

Por exercer essa função de curadora dos conflitos contratuais, eles devem ser compostos por membros imparciais que não tenham interesse direto no resultado da disputa para garantir

²⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de *Dispute Board*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards: Teoria, Prática e Provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. cap. VIII, p. 295-320. p. 301.

a orientação ou a tomada de decisão justa. No exercício de suas funções, possuem também autonomia, tendo a liberdade de definir suas próprias regras procedimentais, dentro dos limites estabelecidos pelas partes contratantes envolvidas. Também estão sujeitos às responsabilidades decorrentes do exercício de suas funções.

Vistos os principais tipos e a forma geral de atuação dos *dispute boards*, a seguir trataremos das principais diferenças existentes entre o instituto e as demais formas de solução de divergências contratuais não litigiosas.

2.4 As principais diferenças de atuação dos Comitês de Resolução de Conflitos em relação às outras formas de solução de conflitos não litigiosas

Como vimos pelas características acima apontadas, ainda sem aprofundarmos os diplomas legais regentes da matéria, já é possível identificarmos que os *dispute boards* apresentam algumas distinções, quando comparados com os outros métodos de resolução de conflitos não contenciosos já consagrados.

A sua utilização se dará basicamente nos termos dos contratos que lhe dão suporte desde que não nela haja a violação de nenhuma norma de Direito Público. Portanto, a regra geral é que deverá prevalecer a livre estipulação da cláusula compromissória.

Dessa feita, especificamente em comparação com os procedimentos de mediação e autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública, institutos já devidamente regulamentados pela Lei Federal nº 13.140/15, podemos apontar a existência de algumas sensíveis distinções.

Para os efeitos da norma em questão, a mediação é geralmente iniciada a partir da existência de uma certa tensão entre os interesses contratuais. Dessa feita, não exercem, via de regra, o papel consultivo e preventivo, como vimos, uma das marcas características dos *dispute boards*.

Embora os institutos possam apresentar semelhanças, especialmente tomando-se como referência a atuação dos comitês de resolução *ad hoc*, na medida em que esses também podem ser chamados a dirimir uma questão pontual, sendo a atividade técnica exercida por terceiro(s) imparcial(is), a principal distinção existente entre os *dispute boards* e as mediações e autocomposições pode ser atribuída ao fato de que os mediadores ou facilitadores não podem e nem devem exercer qualquer tipo de poder decisório. A sua atuação é voltada apenas para auxiliar e

estimular as partes a identificar os pontos de conflito e pensar no desenvolvimento de soluções consensuais para a controvérsia.

Não se trata, portanto, no caso das mediações e autocomposições, de procedimento heterocompositivo comprometido com a análise de uma contenda e a proposição de uma solução. Cuida-se de procedimento, mais do que tudo, tendente a reaproximar as partes ou refazer os vínculos de confiança contratuais cujo relacionamento, muitas vezes, se encontra desgastado em determinado ponto da execução contratual, retomando-se o diálogo e propiciando uma sensibilização de uma parte em relação às perspectivas da outra, a fim de buscar um acordo entre elas.

Nos dizeres de Fabiana Marion Spengler:

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre, mas entre eles. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito (HAYNES, 1993, p. 11).²⁶

As mediações podem ocorrer em âmbito administrativo, judicial ou em foro arbitral. Mas, em todas as hipóteses, as suas características serão bastante semelhantes sobretudo no que se refere à não intromissão do mediador no mérito do ponto controvertido.

Quando realizadas no âmbito judicial, o mediador deverá ser designado pelo Tribunal responsável ou eleito pelas partes e deverá conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando facilitar a resolução do conflito, ficando impedido, após a condução do procedimento de funcionar como assessor de qualquer uma das partes ou como árbitro de uma futura e eventual disputa.

Os mediadores judiciais deverão ser previamente capacitados para o desempenho da função em instituição de formação de mediadores devidamente registrada perante a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais regionais, observando-se requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Sua remuneração será feita de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Resolução nº 271/18 do CNJ,

²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 20.

que contempla o valor da hora de trabalho do mediador em função da capacitação do mediador, do valor e da complexidade da demanda.

Para a mediação extrajudicial, basta que o mediador seja qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e que seja capacitada para o ofício, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade, instituição ou associação. A mediação poderá ser feita antes, como forma de evitar o litígio, ou durante a disputa já instaurada, ficando, nesses casos, suspenso o processo correspondente por prazo suficiente para a tentativa de obtenção consensual.

Em linhas gerais, nas mediações extrajudiciais, a parte interessada em compor uma discussão mediada deverá convidar a outra a dela participar, indicando o escopo da negociação, data e local da reunião. Os contratos administrativos deverão prever, no mínimo, os prazos para a realização da primeira reunião, o local, os critérios de escolha do mediador e eventuais penalidades em caso de não comparecimento, mas, em caso de inexistência de previsão contratual, o procedimento deverá seguir o rito estabelecido pelo § 2º do artigo 22 da referida norma. Podem os contratos, também, se valer do regulamento de instituição idônea.

Para as mediações judiciais, os tribunais deverão manter centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, cabendo aos respectivos tribunais dispor sobre sua composição e organização, observadas as normas do CNJ. Para todos os efeitos, caso haja composição e acordo celebrado pelas partes em função da mediação, referido acordo constituirá título executivo extrajudicial, ou, judicial, no caso de sua homologação em Juízo.

A autocomposição também poderá ser travada em câmaras de prevenção e resolução de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos de advocacia pública da pessoa jurídica envolvida no litígio. Nesse mister, as referidas Câmaras desempenharão papel bastante semelhante ao dos mediadores judiciais e extrajudiciais, buscando dirimir o conflito e compor a controvérsia. Alcançado o acordo, esse poderá ser reduzido a termo, tendo também eficácia de título executivo extrajudicial ou, então, poderá ser transformado em termo de ajustamento de conduta o aditivo contratual a ser firmado pelas partes.

Entre as principais vantagens da mediação nos contratos administrativos de longo prazo, destacam-se: (i) a celeridade – o procedimento de mediação geralmente é mais rápido do que a resolução de conflitos pela via judicial, o que é crucial em contratos que demandam agilidade

nas operações administrativas; (ii) o custo –, basicamente para o estabelecimento de uma mediação, é aquele fixado pela Portaria 271 do Conselho Nacional de Justiça e a flexibilidade na medida em que as partes possuem liberdade para explorar soluções criativas e adaptáveis à sua realidade, sem a adoção de um rito ou procedimento previamente estabelecido; e (iii) o fato de as resoluções alcançadas pelas partes caracterizar título executivo judicial ou extrajudicial, garantindo, assim, maior segurança jurídica ao comprometimento eleito das partes.

Apesar de ser já um instituto devidamente regulamentado por lei federal, a implementação efetiva da mediação nos contratos administrativos ainda apresenta grandes desafios. Um dos principais é a resistência à adoção de métodos não convencionais de resolução de conflitos por parte de alguns gestores públicos e empresas contratadas e a inexistência de obrigação que recaia às partes de se submeter ao procedimento antes de se instaurar uma contenda de fato.

Além disso, é fundamental que haja capacitação adequada dos mediadores, que devem compreender tanto os aspectos técnicos pertinentes à atividade administrativa, quanto os princípios orientadores da mediação.

Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade de previsões contratuais que incentivem a mediação e que deixem claro o seu procedimento, permitindo que as partes optem por esse método antes de recorrer ao Poder Judiciário e inclusive prevejam a necessidade de sua submissão prévia. Para isso, a inclusão de cláusulas compromissórias que estabeleçam a mediação como uma primeira etapa na resolução de conflitos pode ser uma estratégia bastante eficaz.

Quando comparadas, a mediação e autocomposição podem apresentar semelhança. Mas as principais diferenças havidas entre uma e outra são, nos casos de mediação: (i) a presença da figura de um mediador neutro que facilita a comunicação e ajuda as partes a encontrarem um acordo; (ii) a estrutura e vocação orientativa do processo, na medida em que mediador conduz o processo com técnica adequada, proporcionando uma estrutura que pode ajudar as partes a se concentrar em soluções criativas; (iii) a promoção ou resgate da comunicação auxiliando as partes a romper eventuais barreiras de comunicação; e (iv) nas disputas complexas, pode auxiliar as partes a identificar as questões subjacentes e a posição do outro.

A autocomposição, por sua vez, caracteriza-se pelo: (i) total controle das partes sobre o processo e o seu resultado, garantindo-lhes maior autonomia; (ii) menor custo ou dispêndio do procedimento, pois as partes não precisarão arcar com os valores correspondentes aos

honorários do mediador; e (iii) maior privacidade. Ainda que a mediação seja sigilosa, na auto-composição não há necessidade de se envolver um terceiro.

Quando comparadas a mediação e a autocomposição com a figura dos *dispute boards*, as principais diferenças, tomando-se como base os *dispute boards*, podem ser atribuídas aos seguintes aspectos: (i) a existência para a mediação e autocomposição de uma norma geral que padroniza os procedimentos; (ii) a atuação por parte do *dispute board* precipuamente voltada ao acompanhamento contínuo da execução do contrato nos casos de comitê permanente; (iii) a maior celeridade no acionamento e resolução por parte dos *dispute boards* permanentes que podem e devem atuar de forma pró-ativa e contínua, propiciando uma resolução de conflitos em tempo real e evitando a interrupção do projeto ou do contrato por já terem contato com o assunto; e (iv) a flexibilidade que recai às partes contratantes no caso dos *dispute boards* na medida em que a regra do contrato pode optar pela adoção de decisões vinculantes ou não, conforme o tipo de *dispute board* escolhido e mesmo diferenciá-la em função do valor, da matéria ou de outras características.

Por outro lado, os *dispute boards* têm limitações, como a necessidade de uma previsão contratual clara diante da ausência de norma geral a demandar uma maior cautela na elaboração dos instrumentos contratuais e, principalmente, a necessidade de uma intensa carga de motivação para que a Administração Pública decline as razões da opção eleita para a composição e funcionamento do comitê.

A seguir, dada a maior semelhança dos *dispute boards* em relação aos procedimentos arbitrais, aprofundaremos o assunto em um capítulo específico a ser adiante lançado para, após, buscarmos traçar os principais paralelos e diferenças entre um e outro institutos na busca de propostas para o seu aperfeiçoamento e identificação do seu regime jurídico.

3 OS *DISPUTE BOARDS* E O REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 A necessária conformação da atuação dos *Dispute Boards* ao regime jurídico de direito administrativo

Feita a remissão acima acerca da origem e da evolução do instituto dos *dispute boards*, que, como vimos, remonta à experiência norte-americana – cujo regime jurídico é bastante diverso do brasileiro – e identificada a possibilidade de a Administração Pública delegar a um terceiro o exercício de uma função jurisdicional para considerarmos a aplicabilidade dos

Comitês de Resolução de disputas para os contratos entretidos pela Administração Pública nacional, é fundamental voltarmos a nos atentar à existência de um regime jurídico próprio das relações contratuais administrativas no Brasil.

Sabe-se que o regime jurídico de Direito Público é marcado pelo influxo dos princípios constitucionais gravados no artigo 37 da Constituição Federal que irradiam o seu valor axiológico tanto no momento da criação das normas infraconstitucionais, quanto na sua interpretação e condução.

No âmbito dos contratos administrativos, o referido regime se projeta, sobretudo, pela incidência de prerrogativas contratuais atribuídas ao Estado em relação aos particulares, fundamentadas na pretensão de melhor gerir os interesses públicos envolvidos na contratação.

A legislação infraconstitucional também estabelece uma série de distinções entre as relações contratuais de índole pública, quando comparadas com as relações contratuais firmadas na esfera privada, sem prejuízo de reconhecer a incidência das regras da teoria geral dos contratos privados no caso de incompletude. Isso também se dá como corolário da expressa previsão do artigo 37 do Texto Constitucional, que impõe regime jurídico próprio aos atos emanados pela Administração Pública.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que os princípios regedores das relações contratuais privadas são a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública; o consensualismo; a relatividade dos efeitos do contrato; a obrigatoriedade do contrato; a revisão do contrato por onerosidade excessiva; a boa-fé e a probidade (boa-fé subjetiva e objetiva; proibição de *venire contra factum proprium*; *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*).²⁷

Maria Helena Diniz, outrossim, indica a autonomia da vontade; o consensualismo; a obrigatoriedade da convenção; a relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual (*res inter alios acta*) e a boa-fé como princípios básicos das relações contratuais²⁸. Flávio Tartuce indica a incidência nas relações contratuais dos princípios da autonomia privada; função social; força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); boa-fé objetiva e relatividade dos efeitos contratuais²⁹.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e Atos Unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 22.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 40-56.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.

Orlando Gomes aduz serem seis os princípios reitores dos contratos: o princípio do consensualismo; o princípio da força obrigatória; o princípio da boa-fé; o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos; o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social³⁰.

Extrai-se dos autores acima citados que, muito embora possa haver certa distinção da utilização semântica empenhada e um maior nível de detalhamento em relação aos princípios incidentes nos contratos, há, no mínimo, um consenso em relação à incidência, nas relações contratuais de direito privado, de quatro princípios: a autonomia da vontade das partes; a relatividade dos efeitos do contrato; a obrigatoriedade da regra contratual e a boa-fé. Partindo-se do ponto convergente entre a doutrina, a seguir analisaremos o conteúdo jurídico de cada um desses princípios, a fim de identificar os seus traços característicos.

De outro lado, nas contratações públicas, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, a participação da Administração Pública em um dos polos contratuais resulta para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns sujeitos ao regime de direito privado não ostentam. Ainda na visão do mesmo autor, essas peculiaridades constituem genericamente as chamadas cláusulas exorbitantes explícitas e implícitas em todo o contrato administrativo. As cláusulas exorbitantes são, portanto, exatamente aquelas que excedem direito comum regido pelas normas de direito privado:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.³¹

Dessa maneira, as relações contratuais da Administração Pública possuem como marco característico a existência de prerrogativas contratuais conferidas ao ente para a melhor consagração do interesse público. Trata-se de um regime jurídico inspirado nos ideais cunhados por países de orientação romano-germânica, como bem leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobretudo nos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos e na supremacia do interesse público em relação aos interesses particulares.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25-52.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 219.

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios:

- a) A supremacia do interesse público sobre o privado;
- b) A indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.³²

Como vimos anteriormente, a figura dos *dispute boards* tem origem em países de tradição anglo-saxã, remontando a obras de infraestrutura realizadas na Inglaterra e nos Estados Unidos. Embora as contratações estrangeiras possam se assemelhar às nacionais quanto ao objeto da prestação contratual ou pelo fato de o Estado compor um dos lados da contratação, fora do Brasil, essas avenças estão sujeitas a um outro regime jurídico, no qual a indisponibilidade dos interesses públicos e a supremacia do interesse público sobre o particular podem não receber a mesma dimensão.

Logo, é fundamental para a conformação do instituto à realidade jurídico-administrativa brasileira que haja um efetivo enfrentamento do assunto, partindo-se das premissas que embasam as relações sujeitas ao regime jurídico de direito público.

Destarte, em decorrência do influxo dos princípios regentes da atividade administrativa, em território nacional, sabemos que há uma grande distinção entre os contratos de índole privada e as contratações públicas. Tal distinção se verifica desde a criação do vínculo contratual – nos contratos administrativos não é dado à Administração escolher o seu fornecedor –; estendendo-se pela necessidade de a Administração observar outros vários comandos legais como o da Lei de Responsabilidade Fiscal, Leis Orçamentárias, estar sujeito à fiscalização dos vários Órgãos de Controle e outras regras adjacentes.

Diz-se, ademais, que uma das principais marcas dos contratos administrativos reside na existência de um regime de exorbitância contratual, segundo o qual a relação não apresenta a mesma horizontalidade de direitos e obrigações que possuem as relações de cunho privado.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55-56.

As regras que marcam esse regime característico das contratações públicas estão principalmente previstas no rol do artigo 104 da Lei Federal nº 14.133/21, que consagra ao Estado o poder de modificar e rescindir unilateralmente o contrato; fiscalizar a sua execução; aplicar sanções ao contratado por falhas na execução contratual e, até mesmo, ocupar provisoriamente os bens do contratado no caso de sua essencialidade para a manutenção dos serviços³³.

Nesse exato sentido, Silvio Luis Ferreira da Rocha e Augusto Neves Dal Pozzo conceituam o contrato administrativo como:

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. Portanto, o contrato administrativo, se comparado com o contrato privado, apresenta peculiaridades que podem ser resumidas na presença de prerrogativas de (a) modificar unilateralmente o conteúdo do contrato, para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (b) rescindi-lo unilateralmente, nos casos especificados; (c) fiscalizar a execução; (d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; (e) ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.³⁴

É preciso destacar, contudo, que o regime de exorbitância existente nos contratos administrativos não outorga à Administração o poder irrestrito de agir de costas para a norma positivada, conduzir a relação contratual de forma arbitrária e impor obrigações e deveres ao seu contratado, independentemente de previsão legal. Como a atuação administrativa é pautada pelos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, o regime de exorbitância de poderes contratuais retratado no artigo 104 da Lei Federal nº 14.133/21 deve ser exercido em estrita observância ao princípio da legalidade.

³³ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III – fiscalizar sua execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato. V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

³⁴ DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 430-431.

Relativamente ao conteúdo jurídico do princípio da legalidade incidente nos atos administrativos como preclara a melhor doutrina e jurisprudência, ao passo em que aos particulares é permitido agir de forma livre e desimpedida, com exceção às restrições legalmente impostas, à Administração exige-se fiel observância ao texto normativo, sendo-lhe permitido agir apenas nos contornos dos comandos legais permissivos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem adverte que o princípio da legalidade é uma consequência do próprio Estado de Direito, constituindo uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais e limite da atuação administrativa. Impõe, ademais, que a Administração Pública aja nos exatos contornos da lei, fazendo apenas o que ela permite.

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.³⁵

Carlos Ari Sunfeld adverte que, ao passo que legislar seria o ato de inovar originariamente na ordem jurídica, somente o ato produzido no exercício da função legislativa define e limita o exercício dos direitos individuais: “Só o ato produzido no exercício de função legislativa inova originariamente na ordem jurídica, só ele define e limita o exercício dos direitos individuais”.³⁶

Nesse mesmo sentido, a célebre passagem de Seabra Fagundes para quem administrar é aplicar a lei de ofício:

A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.³⁷

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 78.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28.

³⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 3.

Em outras palavras, a necessária observância por parte da Administração Pública ao princípio da legalidade, implica dizer que, por aplicação do princípio da legalidade, diante da inexistência de uma norma jurídica objetiva que albergue a regra de exorbitância, não é dado às partes – sobretudo à Administração que possui a prerrogativa de exercer poderes contratuais extroversos – exercê-la fora dos parâmetros legais.

Os contratos administrativos ainda podem possuir suporte em vários diplomas legais diferentes. Todos eles, contudo, estarão sujeitos à mesma lógica acima destacada. Atualmente, os contratos mais comumente utilizados pela Administração Pública possuem suporte na Lei Federal nº 14.133/21, que dispõe a respeito das licitações e contratos administrativos de maneira geral. Esse diploma normativo veio recentemente a substituir a antiga e bastante difundida norma de regência das contratações públicas, a Lei Federal nº 8.666/93.

Mas há, também, outros vários tipos de contratos administrativos como aqueles firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista, que sofrem também o influxo de normas jurídicas de direito público. Muito embora a Lei Federal nº 13.303/16, ao regulamentar o dispositivo do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal,³⁸ tenha criado regras mais flexíveis em comparação com as aplicáveis aos demais órgãos da Administração, ela trouxe uma série de hipóteses nas quais as referidas empresas poderão exercer prerrogativas estatais perante os particulares como, por exemplo, pela aplicação de penalidades administrativas.

Ainda, a análise do referido diploma normativo nos permite constatar a flexibilização do regime jurídico tradicional aplicável às contratações dos demais entes da Administração Pública, como se extrai a partir das regras de contratação contempladas nos artigos 28 e seguintes, que preveem hipóteses mais abrangentes de dispensa e inviabilidade de competição, como as previstas no inciso II do § 3º e § 4º do artigo 28, em especial a dispensa de licitar nos casos de oportunidades de negócios; prazos mais reduzidos para a realização dos certames licitatórios etc. Todavia, embora flexibilizado, o regime jurídico das contratações das empresas estatais e sociedades de economia mista segue obedecendo a princípios de direito público como o elementar dever de licitar.

³⁸ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

As concessões de serviços públicos que possuem disciplina na norma trazida pela Lei Federal nº 8.987/93, bem como na Lei Federal nº 11.079/04, que trata das parcerias público-privadas, contêm igualmente previsões semelhantes, denotando, também, a sua submissão ao mesmo regime de direito público.

Nesse contexto, ainda, extrai-se, consoante a previsão da regra contida no artigo 104, III, da Lei Geral de Licitações, que contempla a prerrogativa de o Estado fiscalizar a execução contratual dos seus particulares, que a legislação atribui à Administração Pública, pela adoção de meios e recursos próprios ou com o suporte nos serviços prestados por terceiros, realizar a fiscalização e acompanhamento da execução dos seus contratos.

Silvio Luis Ferreira da Rocha e Augusto Neves Dal Pozzo, ao tratarem da prerrogativa estatal de fiscalizar a execução do contrato, marcam que a referida função pode ser realizada por representante da Administração, ou então por terceiro contratado por ela própria para fazê-lo:

A execução do contrato é acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado para isso (Art. 104, 111, da LGL). Admite-se a contratação de terceiro para assistir à Administração (Art. 117 da LGL).³⁹

Evidentemente, essa prerrogativa que se consubstancia no ato de exercer a fiscalização da correta execução contratual, não pode ser interpretada apenas e tão somente como o poder que recai ao Estado de impor penalidades aos seus contratados no caso de descumprimento da prestação contratual. Também está compreendido, no escopo do exercício dessa fiscalização, o dever e a atitude propositiva por parte do Estado no sentido de evitar ou dirimir desavenças e zelar pelo bom andamento do contrato.

É o que se tem chamado de regulação responsiva. A atividade fiscalizatória exercida pela própria Administração Pública contratante, por agências reguladoras ou por Órgãos de Controle por meio de uma série de práticas dialógicas e resolutivas em que a punição é a última das consequências.

Ou seja, não basta que os agentes investidos na referida função de fiscalizar restrinjam-se a apontar descumprimentos das regras ou obrigações e impor penalidades. Como exercentes de uma função administrativa, devem realizar uma fiscalização responsiva do contrato,

³⁹ DAL POZZO; ROCHA, op. cit., p. 441.

comprometendo-se com a entrega do objeto da contratação e, portanto, com o interesse público consubstanciado no instrumento contratual.

Não por outro motivo, as disposições do artigo 117 da Lei de Licitações consagram que o fiscal do contrato deve determinar o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados na prestação do contrato, devendo reportar a quem de direito as situações que possam impactar o cumprimento do contrato. Nesse particular, será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Da mesma forma, as disposições da Lei Geral demonstram elevada preocupação com o controle propositivo das contratações, impondo deveres de submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, envolvendo uma série de agentes públicos com comprometimento com o sucesso e integridade da contratação (art. 169).

Analogamente, a atribuição de decidir a respeito das demandas contratuais cabe à Administração, como via de regra, impondo-lhe, aliás, o poder-dever de decidir, em primeiro plano, a respeito dos atos envolvendo a execução do contrato. Nesse sentido, extrai-se a previsão legal que contempla o poder de decisão da Administração sobre a suspensão da execução do contrato no caso de irregularidade no procedimento licitatório (art. 147); o poder de determinar por ato unilateral a rescisão ou aditamento do contrato (art. 124, I, e 138, II); o dever de emitir decisões explícitas sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução contratual (art. 123); a competência de decidir em grau de recurso a respeito das matérias tratadas no artigo 165, dentre uma série de outras previsões.

Vê-se, destarte, que as funções exercidas pela própria Administração Pública –, seja com a figura do fiscal da contratação administrativa, seja pela adoção de atos decisórios concernentes à execução do contrato –, são as mesmas funções atribuíveis aos comitês de resolução de conflitos: (i) ambos devem acompanhar a execução do contrato; (ii) ambos devem agir de forma preventiva e propositiva, a fim de preservar a boa execução contratual; e (iii) ambos podem propor a adoção de medidas necessárias para a regularização de faltas ou dos defeitos observados.

Logo, é válido concluirmos que, ao optar pela criação de um Comitê cuja finalidade precípua é acompanhar a execução do contrato e decidir acerca dos pontos controvertidos envolvendo a execução contratual, a Administração Pública está delegando o exercício de uma função administrativa a um terceiro, que agirá como se ela fosse.

Referida delegação, ademais, possui suporte em norma autorizativa que, como vimos, permite que a Administração atribua essa função a um Comitê. Logo, como adverte Lafayette Pondé, cuida-se de delegação absolutamente válida. “Se a delegação sempre tivesse o suporte de uma norma do mesmo grau da norma distribuidora das competências e nela fossem cientificados de logo o órgão delegado, o delegante e a matéria da delegação – caso em que esta se teria como incluída, sob condição embora, na competência do primeiro”⁴⁰.

Considerando, portanto, que se trata da delegação de uma função administrativa, necessário avaliarmos, na sequência, se há fundamento legal que embase a escolha da previsão contratual dos *dispute boards* nos contratos administrativos em atenção ao princípio da legalidade e ao dever que recai ao Estado de agir na estrita consonância com os ditames legais.

3.2 Os *dispute boards* e o princípio da legalidade: Fundamentos legais para a sua utilização nos contratos administrativos

Vimos acima que a atuação dos *dispute boards* nos contratos administrativos deve seguir o regime jurídico do direito público. Em suma: quando a Administração Pública opta por delegar a gestão dos conflitos contratuais a um Comitê de profissionais técnicos e independentes, ela o investe no exercício de uma função administrativa inerente a ela própria.

Destarte, considerando que a atuação dos *dispute boards* deve seguir os mesmos desideratos da atuação administrativa, a primeira grande questão é avaliar, sob o prisma da legalidade, se existe ou não previsão legal que autorize a sua utilização nos contratos administrativos, se, portanto, essa delegação é válida.

Nos municípios em que o legislador local já optou por regulamentar o mecanismo – veremos adiante os exemplos das Leis Municipais de São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre – estando os referidos normativos vigentes e eficazes, não parece haver dúvidas quanto à possibilidade de sua utilização nos contratos administrativos.

Mas, muito embora no Brasil o uso dos *Dispute Boards* ainda esteja em fase inicial de desenvolvimento, e não haja um diploma normativo de ordem geral para o assunto, mesmo nas entidades federativas em que não haja legislação específica, o dispositivo do artigo 151 e

⁴⁰ PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 138.

seguintes da Lei Federal nº 14.133/2021⁴¹, ao incentivar a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, incluindo a figura dos *Dispute Boards* como meio adequado para prevenção e resolução de controvérsias, atribuindo-lhes a prerrogativa de decidir a respeito da extinção do contrato (art. 138, II),⁴² parece validar a utilização do procedimento para os contratos administrativos. No mesmo sentido, caminham as previsões do art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/95⁴³ e do inciso III do art. 11 da Lei Federal nº 11.079/04⁴⁴.

De fato, nos contratos administrativos de grande vulto e alta complexidade, como os contratos de concessão e de Parcerias Público-Privadas (PPPs), os *Dispute Boards* já têm sido uma realidade, considerados como uma alternativa bastante eficiente para a gestão de conflitos contratuais.

Aliás, mesmo sob a égide da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93), há algum tempo, as obras financiadas com recursos de instituições financeiras estrangeiras comumente se utilizavam do procedimento, considerando a disposição constante do § 5º do artigo 42⁴⁵. Logo, já não é de hoje que é reconhecida a sua utilidade para o manejo dos interesses advindos da execução do contrato, sendo prática inclusive incentivada pelas instituições financeiras estrangeiras e fomentadoras.

Referido dispositivo propiciava que os entes financiadores de grandes contratos impusessem a adoção de regras orientadoras das licitações e das relações contratuais para os beneficiários dos financiamentos. Por ser esta uma prática muito comumente utilizada nas

⁴¹ Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

⁴² Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: [...] II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. [...] § 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas na respectiva licitação, mantidos os princípios basilares desta lei, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.

experiências internacionais, a exigência de estipulação de regras que previssem a utilização da figura dos Comitês de Resolução de conflitos já há um bom tempo é uma realidade nas contratações administrativas⁴⁶.

Apesar disso, algumas dificuldades ainda prejudicavam o bom desenvolvimento do instituto. A ausência de uma norma geral de âmbito federal sobre o tema – o que remanesce até os dias de hoje – assim como a falta de uma cultura de real utilização do mecanismo e obrigatoriedade para as partes se submeterem ao procedimento, dificultam o seu uso de forma mais abrangente. Contudo, com o advento das previsões legais da nova norma geral de licitações e contratos e diante das previsões equivalentes na lei de concessões e parcerias público-privadas que induzem a utilização do procedimento, pode-se até dizer que houve uma opção legislativa de conferir aos entes federados um certo grau de autonomia para regulamentar o seu procedimento.

Nada obstante, os Projetos de Lei nº 206/2018 e nº 2421/2021, em tramitação perante o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, respectivamente, buscam “regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados pela União”, tratando-se de norma, em princípio, voltada para a curadoria dos interesses da União Federal nos casos em que ela for parte em um contrato. Muito embora os referidos projetos tenham sido apresentados no ano de 2018, pouco andamento se observa desde 2021.

A propósito, em recente estudo elaborado por pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas em conjunto com outras entidades, foram analisadas as principais decisões judiciais e dos principais órgãos de controle relativamente à matéria. Dele se extrai menção a algumas decisões do Tribunal de Contas da União relativamente aos *dispute boards* em projetos de concessão organizados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, apontando que a preocupação da referida Corte reside, essencialmente, na ausência de uma padronização normativa acerca da matéria e de identidade entre as regras dos seus diferentes contratos⁴⁷ – e não na possibilidade jurídica de sua utilização. Cuidam-se dos processos TC 016.936/2020-5; TC 018.901/2020-4 e TC 018.901/2020-4, sendo os dois primeiros de relatoria do Ministro Vital do Rêgo e o último de relatoria do Ministro Benjamim Zymler.

⁴⁶ A título de exemplo, veja-se que o contrato de concessão firmado entre o Estado de São Paulo e a concessionária Viarondon Concessionária de Rodovia S/A no ano de 2009 continha previsão equivalente em sua cláusula 48. Disponível em <<http://novasconcessoes.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

⁴⁷ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Dispute Board**. Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/dispute_board_english.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2024.

Iniciativas locais, contudo, já estabelecem em âmbito municipal e estadual o rito e o funcionamento dos aludidos Comitês. No âmbito do Município de São Paulo, a Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, “regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Boards*) nos contratos administrativos continuados em que o município seja parte”.

Da mesma forma, como consagrado na experiência internacional, a lei municipal estabelece a possibilidade da adoção dos três tipos de comitês: revisores, adjudicatórios e híbridos. Consoante a sua previsão, no mesmo sentido já consagrado pela doutrina suprarreferida, os Comitês por Revisão emitem recomendações não vinculantes, proporcionando uma abordagem consultiva acerca da questão a ele deduzida. Os Comitês por Adjucação expedem decisões vinculantes e obrigatórias, oferecendo um mecanismo mais próximo ao de um Tribunal Arbitral. E os Comitês Híbridos combinam ambas as abordagens, permitindo maior flexibilidade nas soluções de conflitos contratuais.

Conforme a norma municipal paulistana, os comitês podem seguir as regras de uma instituição especializada, ou, então, utilizar regulamentação própria previamente definida no contrato. Os contratos devem prever, ademais, que o órgão contratante reembolsará metade dos custos arcados pelo contratado privado buscando conferir equidade financeira às partes e incentivando a utilização ativa do *Dispute Board*, diferentemente do que preveem algumas normas relativas à arbitragem que determinam o custeio das demandas arbitrais pela parte privada, sendo ressarcido apenas no caso de ganho da disputa, ao final da demanda.

Quanto à composição e à nomeação do Comitê, a norma paulistana dispõe que o referido órgão deverá, preferencialmente, ser composto por dois engenheiros e um advogado, indicando uma preocupação com a *expertise* técnica e legal de seus componentes. Aos membros do Comitê, impõem-se expressamente os deveres de imparcialidade e certas responsabilidades (arts. 7º e 8º). Restringem-se as nomeações que possam levar a conflitos de interesse e equiparam-se os membros do comitê a funcionários públicos para efeitos penais.

A referida norma municipal ainda é regulamentada pelo Decreto nº 60.067/21, que dispõe sobre a implementação dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, conforme a Lei nº 16.873, com objetivo de promover a desjudicialização de conflitos, alinhado à política da cidade de São Paulo.

No decreto, destaca-se que os contratos de obras públicas e concessões superiores a duzentos milhões de reais podem incluir a previsão de tais comitês, reafirmando o foco de sua utilização nos grandes contratos, onde as disputas geralmente são mais complexas e longevas.

A regra geral estabelecida no Decreto Municipal é a da adoção dos comitês – assim como nas arbitragens – apenas para a resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis do Município. Cabe à autoridade competente para a assinatura do contrato optar ou não pela sua previsão contratual como forma de solução de conflitos ao longo da execução do contrato.

O conceito de direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública desempenha também um papel central na tentativa de se encontrar limites para a atuação dos *dispute boards*. Mauricio Morais Tonin aduz que “é possível definir direito patrimonial disponível da Administração Pública como o bem dominical, suscetível de valoração econômica e que possa ser livremente negociado por seus titulares, ou seja, objeto de contratação.”⁴⁸

Diplomas normativos como a Lei Federal nº 13.448/17, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) previsto na Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, prevê, no art. 31, § 4º, que se consideram controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Da mesma forma, outros diplomas, como a Lei nº 16.933/19, do Estado de São Paulo, em seu artigo 31.

Outrossim, como se analisará adiante a propósito da validade da sujeição das controvérsias contratuais à solução arbitral – que pressupõe a mesma disponibilidade dos interesses

⁴⁸ TONIN, Mauricio Morais. Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição. *Revista Brasileira de Arbitragem*, [s. l.], n. 59, jul./set 2018. p. 79.

públicos em questão –, esta já foi reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência nº 180394-BA⁴⁹. No mesmo sentido, o precedente CC 139.519/RJ⁵⁰.

Os *dispute boards*, no exercício de suas funções consultivas, adjudicatórias ou mistas, frequentemente se deparam com questões relacionadas à recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, inadimplementos contratuais ou demandas pecuniárias. Essas questões, por sua natureza, geralmente envolvem direitos patrimoniais disponíveis nos termos da legislação supracitada.

Ao permitir que os *dispute boards* atuem em questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, reconhece-se o avanço do uso da consensualidade na Administração Pública, refletindo um movimento em direção a uma gestão pública moderna e eficiente, em que se priorizam soluções rápidas e menos onerosas para a coletividade. Nesse sentido, a adequada compreensão dos limites e possibilidades do conceito de direitos patrimoniais disponíveis é indispensável para o fortalecimento da segurança jurídica e da legitimidade desses mecanismos, garantindo que os interesses públicos primários sejam plenamente atendidos.

Ainda a natureza precípua dos comitês previstos na Lei da cidade de São Paulo deverá ser revisora. Como padrão, eles prestarão os seus serviços emitindo recomendações não vinculantes às partes e buscando garantir ou propiciar o estabelecimento de mecanismos que facilitem a realização de consultas ao órgão antes de uma decisão formal com a finalidade de se obter, de fato, um encaminhamento para o assunto.

Permite-se, excepcionalmente, que a opção contratual seja pela previsão de comitês de natureza adjudicativa ou híbrida, inclusive nos contratos cujo valor seja inferior ao de alçada

⁴⁹ “4. O questionamento do Estado/agravante acerca da validade da sujeição da controvérsia à solução arbitral, com base no caráter indisponível do direito público em disputa, manifesta patente comportamento contraditório, visto que, em um primeiro momento, firmou contrato com previsão de não submeter à jurisdição estatal as ações que envolvem o certame e, em outro momento, no bojo do presente incidente processual – via inadequada para apreciar tais argumentos – alega que os temas atinentes à execução do contrato escapam à jurisdição arbitral (*venire contra factum proprium*).”

⁵⁰ “IX – A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/15). X – Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. XI – A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.”

estabelecido no decreto. Em tais condições, haverá a necessidade de oitiva prévia da Procuradoria Geral do Município – a quem também compete elaborar as minutas padrão das cláusulas contratuais – para que, ao final, conclua-se pela conveniência e oportunidade da medida.

A composição e os procedimentos do Comitê, incluindo a oralidade e informalidade, são igualmente previstos como forma de propiciar o alcance de acordos rápidos e eficientes, mantendo a possibilidade de atos escritos, quando necessário. Os procedimentos devem ser travados em instituições especializadas na instalação e processamento de comitês de prevenção e solução de disputas, devidamente indicados pela Procuradoria Geral.

Aos membros do Comitê, reafirma-se a exigência de absoluta imparcialidade, não podendo haver qualquer espécie de conflito de interesses, e experiência técnica relevante, o que é essencial para a credibilidade do processo. A sua remuneração deverá ser compatível com os padrões de mercado, com exceções justificadas.

Da mesma forma como ocorre no Município de São Paulo, no âmbito do município de Porto Alegre há também previsão legislativa acerca da utilização e atuação dos Comitês de Resolução de Conflitos. Trata-se da Lei Municipal nº 12.810/21, que possui grande semelhança com a lei paulistana.

Na norma em questão, há a mesma orientação para que seja dada preferência à utilização de comitês de natureza revisora, cabendo ao contrato dispor de forma contrária, se for o caso. No mesmo sentido, o seu processamento pode ocorrer em instituição especializada ou consoante as disposições específicas contidas em anexo contratual.

Igualmente, no Município de Belo Horizonte, a Lei Municipal nº 11.241/20 regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e solucionar conflitos relativos a direito patrimonial em contratos administrativos de execução continuada classificados como “aquele se prolonga no tempo com obrigações contínuas ou periódicas, sem se esgotar em um só ato”.

Há previsão expressa de que os referidos comitês não se equiparam aos Tribunais Arbitrais e que suas decisões não constituem título executivo judicial. Sua atribuição é expedir decisões de natureza revisora, adjudicativa ou híbrida conforme as disposições contratuais estabelecerem e sem uma orientação prioritária tal como nas leis municipais citadas anteriormente. Existe, ainda, previsão expressa no sentido de que (art. 2º, III) “caso nenhuma das partes

notifique a outra, por escrito, sobre sua insatisfação com a decisão do comitê, conforme disposto no inciso II deste parágrafo, a decisão permanecerá vinculativa e tornar-se-á final”.

Neste caso particular, o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas será composto por três pessoas capazes e de confiança das partes, com formação em Engenharia ou em Direito ou especialização na área do objeto do contrato, sendo uma pessoa escolhida pelo órgão ou entidade contratante, outra pessoa escolhida pelo contratado, e a terceira pessoa, que será presidente, escolhida pelo contratante e pelo contratado.

À contratada caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e à manutenção do Comitê a que se refere o *caput*, incluindo-se a remuneração de seus membros, quando de sua utilização.

Há também iniciativas em sentido análogo em âmbito estadual. No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 15.812/22 igualmente prevê “a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pelo Estado”.

Consoante a referida Lei Estadual, os referidos Comitês poderão ser instados a dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis da Administração direta e indireta, sendo necessária a existência de previsão contratual a seu respeito.

Podem os referidos comitês, igualmente, exercer função consultiva, adjudicatória ou mista, estando suas decisões sempre sujeitas a jurisdição judicial ou arbitral, também conforme previsão em contrato que também deverá enunciar a forma de remuneração de seus integrantes. O Poder Executivo Estadual poderá constituir cadastro de membros de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados, que poderão ser indicados para atuarem nesses, obedecendo às disposições legais cabíveis.

Os membros do Comitê, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos agentes públicos, para os efeitos da legislação penal e da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Há também previsões legais análogas, porém com algumas sensíveis e importantes distinções que acabam por afastar a figura dos referidos Comitês às bases tradicionais dos *dispute boards*, tratando-se de outro regime jurídico. A Lei Complementar nº 1.011/22 do Estado do Espírito Santo, ao instituir a política de consensualidade no âmbito da Administração Pública

estadual direta e indireta, regulamenta o que denomina de “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo – CPRACES”. Todavia a referida Câmara integra a estrutura da Procuradoria do Estado e está diretamente vinculada ao Gabinete do Procurador Geral do Estado, não exercendo poder decisório.

Não há relatos de que as referidas normas, sobretudo as municipais e a estadual acima mencionadas, que cuidam efetivamente da regulamentação do instituto dos *dispute boards*, tenham sido objeto de questionamento perante o Poder Judiciário quanto à sua validade e constitucionalidade.

Há, sim, iniciativas semelhantes que foram objeto de contestação e que, ao final, foram censuradas pelo Judiciário, a exemplo da Lei Municipal nº 12.235/20 do município de Sorocaba. Todavia a declaração de sua inconstitucionalidade deveu-se ao vício de iniciativa na propositura da lei, e não ao mérito da lei em si, tampouco a uma censura quanto à utilização do procedimento⁵¹.

Dessa feita, observa-se que os diplomas normativos existentes e mencionados acima referem-se, todos, às relações contratuais estabelecidas pela Administração Pública, não havendo notícias de normas legais que indiquem a adoção desses procedimentos dos *dispute boards* nos contratos sujeitos ao regime jurídico de direito privado.

Esse dado pode ser atribuído ao fato de que, nas relações privadas, vige o princípio da autonomia da vontade das partes e da livre contratualização. Logo, as partes podem estabelecer equanimemente os meios de resolução de seus conflitos, sendo a constitucionalidade e autoridade dessa opção já consagrada em termos jurisprudenciais, inclusive no que se refere à cláusula compromissória arbitral que, nos termos da nossa legislação, constituem título executivo judicial e produzem coisa julgada.

Considerando-se que, no ambiente de direito privado, deve vigor o princípio da livre estipulação e negociação contratual, não parece haver óbice na sua adoção em contratos sujeitos ao regime de direito privado previamente delimitado contratualmente pelas partes.

Por outro lado, a presença do instituto com ênfase nos contratos administrativos pode ser também atribuída à complexidade e ao volume de gastos inerentes a esse tipo de contratos,

⁵¹ TJ-SP – ADI: 21309581120218260000 SP 2130958-11.2021.8.26.0000, Relator: Costabile e Solimene, Data de Julgamento: 09/02/2022, Órgão Especial, Data de Publicação: 10/02/2022.

que geralmente são mais volumosos do que os de direito privado e sujeitos a um maior volume de interferências externas. Todavia, deve-se sempre ter em mente que a sua utilização nos contratos administrativos deve seguir o regime jurídico de direito público.

É fato que a competência constitucional para legislar a respeito de normas gerais de licitações e contratos administrativos recai à União Federal na forma do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, podendo os Estados e Municípios suplementá-las conforme a disposição do § 2º do artigo 24.

A norma geral das contratações públicas estimula a adoção de métodos contratuais alternativos de solução de conflitos, dentre eles o comitê de resolução de disputas, como vimos na disposição do artigo 151 da Lei Federal nº 14.133/21. Portanto, a competência legislativa complementar de estabelecer os pormenores e os procedimentos dos referidos comitês pode ser exercida pelos Estados e Municípios nos próprios termos constitucionais.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal a propósito da análise da constitucionalidade da Lei nº 5.345/14 do Distrito Federal, que alterou a ordem das fases do procedimento licitatório consagrado pela Lei Federal nº 8.666/93, que a iniciativa não violaria o dispositivo do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal na medida em que não afasta a obrigatoriedade de licitação, não cria modalidade ou tipo novo nem afasta o regime jurídico administrativo (Tema 1036).⁵²

O Ministro Luis Fux, em seu voto que foi seguido por maioria, destacou que as escolhas institucionais e normativas dos entes da Federação devem ser respeitadas de maneira que qualquer leitura maximalista do excerto constitucional do inciso XXVII do artigo 22 milita contra a autonomia das entidades federativas.

Dessa feita, se mesmo nos casos em que parece haver uma colidência evidente entre o procedimento consagrado pela lei geral, entendeu a Suprema Corte que deveria prevalecer a autonomia administrativa do ente federado, havendo uma previsão normativa de sua utilização – inclusive com competência para dar o contrato por rescindido – no diploma geral relativo às contratações públicas que induz as partes à utilização dos métodos alternativos de solução de

⁵² STF – RE: 1188352 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 27/05/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Processo Eletrônico DJe-s/n Divulg 20-06-2024 Public 21-06-2024.

conflitos, dentre eles os referidos Comitês, a fim de melhor gerenciar o interesse público envolvido na contratação, as referidas normas não parecem padecer de vício de inconstitucionalidade.

Identifica-se, assim, que, muito embora o regime jurídico dos *Dispute Boards* no âmbito nacional careça de regulamentação, não há óbice quanto à sua utilização. A sua previsão consta do diploma geral que rege as contratações administrativas e, destarte, as iniciativas legislativas em âmbito municipal e estadual que se propõe a regulamentar o instituto são aparentemente válidas, vigentes e eficazes, prevendo a sua utilização sem que isso tenha sido objeto de maiores questionamentos.

Da mesma forma, admitindo-se a validade da estipulação dos referidos comitês por força da disposição contida no artigo 151 do diploma regente das licitações e contratos administrativos – como nos parece ser o caso – mesmo nas localidades em que não haja lei regulamentando o instituto, desde que a regra contratual não viole normas de direito público, mesmo a sua previsão com suporte na própria regra contratual se reveste de aparente validade. Afinal, as regras do contrato são também consideradas normas jurídicas.

Em linhas gerais, referidas cláusulas deverão dispor sobre: a necessária isenção dos seus integrantes e o dever de revelação de fatos eventualmente impeditivos; as causas naturais de impedimento e suspeições; os predicados mínimos de seus componentes; o processo de escolha e de nomeação de cada um de seus membros, bem como sua remuneração; as suas principais atribuições e os entregáveis mínimos na execução da função de acompanhamento da execução do contrato e prevenção de contendas; a forma pela qual se dará publicidade dos trabalhos realizados pelo Comitê; os deveres e as responsabilidades de seus membros; o grau de vinculação de suas decisões e, inclusive, a possibilidade de atribuição de efeitos definitivos ou *status* de decisão arbitral às decisões acerca de determinados assuntos⁵³.

⁵³ As cláusulas abaixo foram retiradas, a título de exemplo, do contrato de Parceria Público-Privada número 002/04 do Governo do Estado de São Paulo, disponível em <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>>. Nelas são tratados os principais pontos ora mencionados. Trata-se de contrato com regulamentação bastante exaustiva acerca da composição e funcionamento dos referidos Comitês. 82.2. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS será competente para avaliar as mesmas divergências passíveis de submissão à arbitragem, observado o disposto na Cláusula 83.1. 82.2.1. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS deliberará, exclusivamente, a respeito de divergências que tenham as PARTES entre si, sem prejuízo da participação de terceiros ao longo do procedimento, na forma disciplinada na Cláusula 82.22.5.1. 82.2.2. Poderão ser, ainda, submetidas à deliberação do COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS quaisquer controvérsias entre as PARTES a respeito de decisões, laudos, relatórios técnicos ou opiniões, apresentados pelo AUDITOR INDEPENDENTE ou pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE,

Apesar de não haver, em princípio, entre as partes públicas e privadas a mesma liberdade para a estipulação das cláusulas contratuais, ao particular é dado impugnar o instrumento convocatório da licitação e, inclusive, os termos da minuta do futuro contrato. Da mesma forma, pode ele, ante eventual discordância das regras estabelecidas e diante de uma impossibilidade de sua alteração, simplesmente deixar de participar do certame. Todavia, acudindo à disputa, ele estará vinculado às normas contratualmente estabelecidas.

Aliás, o processo administrativo de contratação, principalmente no caso dos grandes contratos e de longa duração, tem se tornado cada vez mais participativo, dadas as inúmeras fases de audiências e consultas públicas em que o Poder Público realiza as devidas sondagens de mercado com a finalidade de melhor equacionar os termos e as condições do futuro contrato, oportunidade na qual os interessados podem e devem se manifestar em relação a qualquer condição que não entenda favorável, inclusive as relativas à cláusula compromissória. Todavia, aderindo ao chamado de contratação, é inegável que a parte privada se inserirá numa regra de sujeição especial e deverá observar o procedimento.

quando não existir, neste CONTRATO ou no ANEXO II.E, a previsão da prerrogativa de decisão do PODER CONCEDENTE a respeito, e quando não tiver sido possível a solução amigável em âmbito administrativo. [...] 82.4. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS deverá atuar, prioritariamente, com o objetivo de evitar o surgimento de litígios, devendo acompanhar a execução contratual, visitar o local de realização dos EMPREENDIMENTOS, INVESTIMENTOS e INTERVENÇÕES, realizar reuniões ordinárias e extraordinárias, entre si e/ou com a participação das PARTES, e o que mais julgar necessário para prevenção do surgimento de divergências entre as PARTES. [...] 82.10. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS será composto por 3 (três) membros, designados da seguinte forma: 82.10.1. 1 (um) membro indicado pelo PODER CONCEDENTE; 82.10.2. 1 (um) membro indicado pela CONCESSIONÁRIA; e 82.10.3. 1 (um) membro eleito de comum acordo pelos membros designados pelas PARTES, que presidirá as reuniões do COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS. [...] 82.14.3. Não ter, com as PARTES ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem parcialidade ou conflito de interesses, configurando-se como tal, mas não apenas: i) os casos de impedimento e suspeição impostos aos juízes de Direito, previstos no Código de Processo Civil; ii) se o indicado exercer atividades de advocacia, a existência de demanda por ele patrocinada, ou por escritório do qual seja associado, contra qualquer das PARTES; iii) as situações previstas nas Listas Vermelha e Laranja das Diretrizes da IBA – *International Bar Association*, relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional; ou iv) a atuação, nos últimos 6 (seis) meses, na condição de dirigente, gerente, empregado, contratado terceirizado, administrador ou sócio da CONCESSIONÁRIA, dos acionistas da CONCESSIONÁRIA, de seus GRUPOS ECONÔMICOS, do OPERADOR SUBCONTRATADO, se existir, do PODER CONCEDENTE ou de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública do Estado de São Paulo. [...] 82.15.1. O membro indicado para o COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS possui o dever de revelar qualquer fato ou circunstância que possa ensejar parcialidade ou conflito de interesses, conforme previsto na Cláusula 82.14, inclusive quanto aos fatos supervenientes à indicação. [...] 82.23.1. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS deverá observar o princípio da publicidade em seus procedimentos. [...] 83.1. As PARTES deverão submeter à arbitragem institucional controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, relacionadas com a interpretação ou execução deste CONTRATO, de acordo com a Lei Federal nº 9.307/96, que não tenham sido solucionadas pelo procedimento previsto na Cláusula 80, pela mediação, quando iniciada pelas PARTES, e pelo COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS.

É possível já traçar os seguintes marcos característicos que compõem o regime jurídico dos *dispute boards* nos contratos administrativos: (i) existe previsão normativa para a utilização dos comitês de solução de conflitos, logo a sua previsão contratual atende ao princípio da legalidade; (ii) a forma com que deve se desenvolver a atuação dos comitês de resolução de conflitos dependerá, essencialmente, do caso concreto, em especial das regras estabelecidas no contrato; (iii) evidentemente, nos casos em que haja legislação local a respeito, aquelas regras devem ter aderência a estes normativos; (iv) os Comitês poderão exercer função consultiva, adjudicatória ou mista, mas também desempenham uma importante função de apoio ao longo da execução do contrato buscando evitar a ocorrência de conflitos contratuais; (v) sua composição deve ser especializada, de preferência formada por profissionais afetos ao objeto contratado a fim de propiciar o efetivo respaldo técnico para a resolução da contenda com a devida independência intelectual necessária para atuar de forma isenta em relação à contenda; (vi) a forma e o custeio da remuneração dos membros do Comitê devem também estar previstos em contrato; e (vii) suas responsabilidades são equivalentes à dos servidores em termos civis e penais.

(i) Os dispositivos legais do artigo 151 da Lei Federal nº 14.133/2021; o artigo 23-A da Lei Federal nº 8.987/95 e inciso III do artigo 11 da Lei Federal nº 11.079/04, combinados com normativas estaduais e municipais, autorizam a aplicação dos *dispute boards* nos contratos administrativos. Essa previsão demonstra que a delegação de funções administrativas para um comitê especializado está em conformidade com a ordem jurídica, oferecendo respaldo técnico e legitimidade ao procedimento.

(ii) A atuação dos *dispute boards*, por sua vez, é moldada pelas especificidades de cada contrato, sendo essencial observar as disposições pactuadas. As partes contratantes têm liberdade para delinear a estrutura e o alcance dos comitês, desde que respeitem as normas aplicáveis e os objetivos do contrato. Isso assegura que o mecanismo seja adequado às necessidades de cada projeto, reforçando a flexibilidade e a eficiência na gestão de conflitos.

(iii) Nos casos em que há legislação local específica, como nas cidades de São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre, os *dispute boards* devem se submeter às normas correspondentes. Isso garante uniformidade e previsibilidade, ao mesmo tempo em que respeita a autonomia legislativa dos entes federativos. O alinhamento das cláusulas contratuais com as normativas locais é indispensável para evitar questionamentos legais e promover a segurança jurídica das partes contratantes.

(iv) Os *dispute boards* podem adotar abordagens diversas: consultiva, emitindo recomendações não vinculantes que orientam as partes; adjudicatória, proferindo decisões vinculantes para as partes, com caráter obrigatório e mista, combinando as duas funções, adaptando-se às demandas contratuais.

Além disso, os comitês desempenham um importante papel preventivo ao acompanhar a execução do contrato e identificar potenciais conflitos, contribuindo para a estabilidade contratual e a redução de litígios formais.

(v) A eficácia dos *dispute boards* depende da qualificação técnica e da imparcialidade de seus membros. É desejável, destarte, que os comitês sejam formados por profissionais especializados, com conhecimentos técnicos e jurídicos relacionados ao objeto contratual. A independência intelectual é fundamental para garantir decisões isentas, alinhadas aos princípios da Administração Pública.

(vi) A remuneração dos membros dos comitês deve ser previamente estipulada no contrato, com regras claras sobre a forma de custeio. Modelos equitativos, como o compartilhamento dos custos entre as partes, têm sido adotados para promover o uso eficiente dos *dispute boards*. Essa previsão também assegura transparência e evita discussões futuras sobre encargos financeiros.

(vii) Os integrantes dos *dispute boards* são equiparados a servidores públicos em termos de responsabilidades civis e penais. Essa equiparação reforça a necessidade de conduta ética, imparcialidade e respeito às normas aplicáveis. Além disso, estabelece um padrão de responsabilidade que protege o interesse público envolvido nos contratos administrativos.

3.3 Natureza Jurídica das decisões proferidas pelos *dispute boards*

Como nos ensina o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, os particulares em colaboração com a Administração Pública, exerçam eles a função de contratados ou de delegados de função ou ofício público, são equiparáveis aos agentes públicos e, portanto, exercem, nesse particular, função administrativa mediante a prática de atos administrativos:

d) Particulares em colaboração com a Administração

10. Esta terceira categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar), exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico.

[...]

c) contratados por locação civil de serviços (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais); d) concessionários e permissionários de serviços públicos, de que trataremos no Capítulo XII; e) delegados de função ou ofício público, que se distinguem de concessionários e permissionários em que a atividade que desempenham não é material, como a daqueles, mas é jurídica. É, pois, o caso dos titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores, *ex vi* do art. 236 da Constituição, e, bem assim, outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas.⁵⁴

Em complemento, Silvio Luis Ferreira da Rocha e Augusto Neves Dal Pozzo aduzem que os particulares em colaboração com a Administração Pública podem exercer função administrativa, quando requisitados, contratados ou quando se incluam numa condição de gestor público de forma temporária, espontânea e transitória:

Os particulares se subdividem em prestacionistas de funções ou serviços e delegados de funções ou serviços. O prestacionista age como se fosse participante do Estado, como meio de ação do Estado, embora não o integre como parte do seu todo. O prestacionista coopera com o Estado para melhor realização de suas atividades; incumbe-lhe prestar a atividade quando no cumprimento das atribuições que lhe caibam, pois não é titular de cargo público, mas mero executor de funções ou de serviços. Há três tipos de prestacionistas: (a) os que são requisitados, isto é, os que, por um ato unilateral da Administração, fundado em lei, são forçados a realizar função ou executar serviço, como os membros de mesa receptora de votos; os recrutados para o serviço militar obrigatório; os advogados indicados a prestar assistência judiciária aos necessitados; (b) os que são contratados, isto é, realizam função ou executam serviço mediante ajuste, livremente entabulado, em que se fixam os direitos e deveres recíprocos; (c) os gestores públicos, isto é, os particulares que em caráter espontâneo se encarregam, momentânea e transitoriamente, de funções públicas na falta ou impedimento eventual de qualquer agente público, como nos casos de calamidade, epidemia, rebeliões.⁵⁵

Para Hely Lopes Meirelles, os particulares em colaboração com a Administração Pública são classificáveis como “agentes delegados”. Esses recebem, conforme preclara, a incumbência de executar determinada atividade segundo as normas do Estado e sob sua permanente fiscalização:

1.5.3.4 Agentes delegados: são particulares – pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 261-262.

⁵⁵ DAL POZZO; ROCHA, op. cit., p. 214.

servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os titulares (pessoas naturais) por delegação dos serviços públicos notariais e registro, na forma do art. 236 da CF, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.⁵⁶

Vê-se, portanto, que não há grandes dúvidas quanto à possibilidade de o Estado se valer da figura de um particular, estranho aos seus quadros internos, agir em colaboração com a Administração. Cuida-se, aliás, de conceito já bastante difundido e reconhecido pela melhor doutrina administrativista.

Na execução desses contratos, tal como é possível que a Administração Pública se valha de terceiros para auxiliá-la na função de fiscalização, não parece haver óbice, num primeiro plano, que essa função possa vir a ser exercida por uma junta de profissionais imbuídos dessa função aos quais as referidas competências e predicados foram formalmente outorgadas seja por regras contratuais, seja por normas locais.

A opção pela previsão contratual dos *dispute boards* trata-se, portanto, de uma faculdade que recai à Administração Pública no contexto da fiscalização propositiva da execução dos seus contratos: constituir ou não um Comitê de Resolução de Conflitos composto por pessoas independentes e com elevada experiência no seguimento do contrato mediante previsão contratual é o mesmo que se valer da atuação de particulares em colaboração com a Administração. Logo, os regimes jurídicos aplicáveis a um e outro caso devem ser os mesmos.

Dessa feita, podemos admitir que a decisão emanada por um *dispute board* nos casos assim contratualmente estabelecidos é a decorrência do exercício de uma função administrativa de fiscalização ou decisória, que foi delegada ao Comitê de Resolução de Conflitos e convocado para adotar atos próprios da Administração Pública, especialmente fiscalizar de forma propositiva a execução do contrato – portanto emitindo pareceres a respeito do assunto – e, eventualmente, decidir a respeito de qualquer contenda⁵⁷.

⁵⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 73.

⁵⁷ A propósito, Silvio Luis Ferreira da Rocha e Augusto Neves Dal Pozzo lecionam que o ato administrativo poderá, conforme o caso se revestir de tipologia distinta em função do seu conteúdo. Nesse sentido, preclaram que: “Decisão é o ato administrativo, vinculado, pelo qual são declarados direito e obrigação de partes em controvérsia. A decisão “pode ser simplesmente declaratória – como no caso de decisão prejudicial relativa a conflito de competência; condenatória, quando, além de declarar o direito de uma parte, condena a outra à satisfação de obrigação – como a decisão em processo administrativo disciplinar que declara culpado o

Em complemento, analisando-se a teoria geral dos atos administrativos, como bem leciona o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, extrai-se, como um dos seus principais atributos, a autoexecutoriedade. Ou seja, à Administração – decorrente das prerrogativas que lhe recaem por força da existência do regime jurídico de direito público – é dado executar os seus atos de forma unilateral independentemente de interpelação ou autorização judicial.

A Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis –, em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.⁵⁸

[...]

Exteriorizam bem sua posição de supremacia – a qual, em rigor, não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos – a possibilidade de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a presunção de veracidade e de legitimidade de seus atos, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos.⁵⁹

[...]

d) Executoriedade – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.⁶⁰

Destarte, além de extrairmos que a natureza jurídica das decisões emanadas pelos Comitês de Resolução de Disputas é a mesma das decisões administrativas que impliquem decisão a respeito de eventual contenda contratual, pela Administração, um dos seus principais atributos será a autoexecutoriedade. Ou seja, ao optar pela previsão dos referidos comitês, a decisão por eles emanada possuirá a mesma força dos atos decisórios da Administração.

Isso significa dizer, ademais, que, admitindo-se o *status* de ato administrativo ou de decisão administrativa às referidas resoluções, razoável intuir que os efeitos de ambos (atos administrativos e decisões dos *dispute boards*) deverão ser semelhantes. Nesse sentido, valemo-

funcionário e lhe aplica uma penalidade; constitutiva, quando, além de declarar o direito e a obrigação, cria nova situação jurídica para as partes – como a decisão em requerimento de funcionário que se julga preterido em seu direito de promoção a cargo de chefia, em dada carreira profissional, e faz a competente reclamação, em que se declara seu direito e, ao mesmo tempo, se provê no cargo pretendido, atribuindo-lhe outra situação funcional” [...] O parecer “é a manifestação opinativa de um órgão consultivo”. É a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação. (op. cit, p. 346-348).

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 429.

⁵⁹ Ibid., p. 430.

⁶⁰ Ibid., p. 432.

nos novamente da lição do já citado professor Celso Antonio Bandeira de Mello, no sentido de que a estes atos decisórios ampliativos de direitos – que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário –, aplicam-se os mesmos atributos dos demais atos, inclusive a sua presunção de legitimidade:

a) Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Com efeito – bem o disse Ney José de Freitas, em oportuna monografia –, “a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova”. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subseqüentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.⁶¹

Um ponto importante a ser tratado, outrossim, é o relativo aos efeitos oriundos da referida decisão. Sendo elas atos administrativos, implicariam coisa julgada administrativa? Qual seria o grau de vinculação às partes da referida decisão?

Lançamos a mencionada indagação porque o mesmo professor sempre com as suas percuientes lições adverte que por força da “coisa julgada administrativa” os atos administrativos ampliativos de direito revestem-se de certa definitividade, abrangendo a irrevogabilidade do ato em questão. Aduz, ademais que, nessa situação, proíbe-se à Administração de impugnar em Juízo um ato que considere ilegal:

Ressalte-se que a chamada “coisa julgada administrativa” abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretratabilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera. Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato. Assim, o atingido por uma decisão produtora de coisa julgada administrativa em favor de outrem e contrária a suas pretensões poderá recorrer ao Judiciário para revisá-la. Além disto, seu questionamento na esfera judicial é admissível sempre que caiba ação popular, ação civil pública ou que, por fás ou por nefas, haja legitimidade ativa do Ministério Público.⁶²

⁶¹ Ibid., p. 431.

⁶² Ibid., p. 476.

A partir de então, poderíamos dizer que a decisão do *dispute board* que concede benefícios ao particular como, por exemplo, aquela que defere um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro ao contratado não poderia ser objeto de contestação pela Administração Pública?

Parece-nos adequado no caso em questão admitir que a força do referido precedente se consubstancia numa obrigação que recai à Administração Pública, num impedimento de realizar, ainda que em Juízo de retratação ou de controle hierárquico, a revisitação dos atos expedidos pelos comitês de resolução de conflitos, simplesmente optar por revogar as suas decisões.

Ou seja, tendo a Administração Pública optado por delegar a competência de acompanhar a execução do contrato a fim de evitar desavenças, ou mesmo decidir relativamente aos pontos controvertidos previamente identificados, não pode, em caso de insatisfação acerca do conteúdo das deliberações deste Comitê, por mero juízo de conveniência e oportunidade, revogá-lo.

Evidentemente, a ocorrência de invalidade no processo de decisão do referido órgão ou mesmo no exercício de suas funções pode e deve ser objeto de invalidação. Todavia, o mesmo não pode ocorrer em função de simples descontentamento.

No caso, tratando-se a decisão ou orientação dos *dispute boards* de ato administrativo, e diante da existência de invalidade no seu procedimento, a teoria da convalidação ou invalidação do ato administrativo proposta por Weida Zancaner parece ser aplicável. Em apertada síntese, sendo a invalidade passível de convalidação, assim deverá ocorrer. Contudo, caso o motivo da invalidação seja insanável, haverá a necessidade de sua anulação⁶³. Mas a decisão não poderá ser revogada por simples descontentamento do resultado por parte da Administração.

Isso ocorre, dada a confiança legítima depositada pelo contratado da Administração em acreditar que as contendas contratuais seriam dirimidas pelo referido Comitê. Não pode, destarte, a Administração, defraudar a mencionada confiança do particular desfazendo a regra que ela própria estabeleceu em contrato, substituindo a aludida decisão por um simples juízo de conveniência e oportunidade.

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo bem advertem que a confiança legítima “trata-se de relação de confiança gerada por ato de agente do Estado, que

⁶³ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1. 134 p. (Coleção temas de direito administrativo). ISBN 85-7420-829-5.

leva aquele em que tal confiança foi criada (confiante) a praticar atos na vida real em consonância com a orientação desse agente estatal.”⁶⁴

No mesmo sentido, conforme preclara Rafael Valim, a própria presunção de legitimidade dos atos estatais resulta que o administrado seja levado a supor que os atos estatais estão em conformidade com a ordem jurídica e, portanto, as expectativas geradas pelo Estado devem ser dignas e seguras de crédito:

Portanto, se somarmos estes princípios – que presidem o exercício de todas as funções públicas – à presunção de legitimidade dos atos estatais, resulta que o administrado é invariavelmente levado a supor que os atos estatais estão em conformidade com a ordem jurídica e que as expectativas geradas pelo Estado são seguras e dignas de crédito. Donde, neste contexto, não só o administrado pode como deve confiar na ação do Estado.⁶⁵

Cuida-se de instituto que, a todas as luzes, visa a salvaguardar a confiança do administrado na conduta do Estado. Não é ocioso insistir no fato de que a Administração deve pautar sua atuação pelos corolários da lealdade e da boa-fé, não só evitando surpresas ao administrado, mas também protegendo a confiança que este deposita no exercício das competências públicas.⁶⁶

Em complemento, acrescenta o mesmo autor que a confiança legítima induz à coisa julgada administrativa impondo ao Estado uma interdição de adoção de um comportamento contraditório. Decidido o assunto em última instância administrativa, é defeso à Administração revogar o ato, assim como questioná-lo na esfera judicial:

Com a “coisa julgada administrativa” interdita-se um comportamento contraditório da Administração em relação a atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados. Decidido o assunto em última instância administrativa, é defeso à Administração revogar o ato administrativo, assim como questioná-lo na esfera judicial.⁶⁷

Isso não significa dizer, contudo, que não haja margem de liberdade para que as partes estabeleçam de forma distinta na regra do contrato. Como observamos, as cláusulas compromissórias dos *dispute boards* estão inseridas no contexto da liberdade do estabelecimento das normas contratuais. Optando por participar do certame e firmar contrato com o Poder Público, as empresas aceitam as disposições contratuais, inserindo-se numa regra de sujeição especial.

⁶⁴ DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. **Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 15.

⁶⁵ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 23. 151 p. (Coleção temas de direito administrativo). p. 111.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁷ *Ibid.*

Ademais, como vimos, cada vez mais os interessados possuem o instrumental necessário para discutir ou impugnar a regra contratual de maneira que ela se torne mais aderente às suas pretensões.

Dessa forma, ao fim e ao cabo, caberá ao contrato estabelecer a regra da revisitação da decisão proferida pelos *dispute boards* nunca sem, antes, se desincumbir do dever de fundamentação da sua opção.

Poderá haver hipóteses em que a Administração entenda melhor que determinadas decisões sejam vinculativas, cabendo às partes apenas discutir eventuais questões de nulidade da decisão, assim como ocorre com relação às arbitragens. O mérito do decisório, portanto, fica preservado e só será objeto de reapreciação judicial ou arbitral caso padeça de vício insanável, insuscetível de convalidação.

Dessa forma, a lógica da submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional se aplica também às decisões emanadas pelos *dispute boards*, o qual será objeto de maior aprofundamento adiante. Como regra geral, as partes deverão acatá-lo.

Mas, considerando-se tratar a atuação dos *dispute boards* de uma função delegada a um terceiro, razoável estipular-se a possibilidade de perquirir a anulação do ato administrativo emanado pelo referido Comitê também por parte de ambos os polos contratuais mesmo nos casos específicos de decisão ampliativa de direitos dos particulares. Dessa feita, admite-se a possibilidade de questionamento judicial ou arbitral dessas decisões por ambas as partes contratantes, sobretudo quando essa previsão esteja contemplada em contrato.

Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio do equilíbrio contratual já elementar à teoria geral dos contratos. Pode parecer um contrassenso falar em equilíbrio contratual nas relações regidas pelo direito administrativo essencialmente porque, como vimos, o regime jurídico de direito público pressupõe a existência de uma relação de exorbitância de poderes por parte da Administração para bem curar os interesses públicos. Contudo, como já asseveramos, o regime de exorbitância deve sempre estar sujeito às trincheiras da legalidade.

4 A ARBITRAGEM NO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

4.1 Arbitragem como método de solução dos conflitos contratuais da administração

A arbitragem é, também, um método alternativo de resolução de disputas quando comparado com a dedução das pretensões das partes perante o Poder Judiciário. Esse método tem

ganhado cada vez mais destaque no Brasil, especialmente nas contendas envolvendo a Administração Pública e os grandes contratos administrativos, pois costuma ser encarado pelo mercado privado como um meio mais eficiente e célere de se resolver os conflitos contratuais.

A sua utilização para dirimir conflitos concernentes às relações comerciais, relata-se, como nos estudos produzidos pelo professor Catedrático de Direito Romano da Universidade Autónoma de Madrid, Antonio Fernández de Buján, remonta aos anos 493 a.C. conforme as disposições contidas no denominado *Foedus Casianum*, que dispunha sobre as regras aplicáveis aos litígios surgidos entre membros das distintas comunidades:

Según la tradición, la más antigua organización conocida de las relaciones de Roma con ciudades vecinas y pertenecientes a su mismo ámbito cultural y lingüístico, habría sido la federación denominada Liga Latina, que se remonta a época monárquica y que se habría renovado por Spurio Casio en la República, el año 493 a.C., mediante el llamado tratado o *Foedus Casianum*, conforme al testimonio de Dionisio de Halicarnaso. Pues bien, en dicho tratado se contienen disposiciones reguladoras de los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades, que se producirían especialmente en el marco de las relaciones comerciales, y en esta normativa (*recipe-ratio*), al igual que en la correspondiente a la configuración de los tribunales de recuperadores, encargados de conocer los conflictos de ciudadanos romanos con extranjeros, se hace referencia al nombramiento de árbitros.

El arbitraje habría pues cumplido en los primeros siglos de Roma, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, un importante papel, al igual que sucedía en otras comunidades políticas, no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o *au-toayuda*, por parte de un tercero imparcial y elegido de comun acuerdo por las partes interesadas.

El término latino *arbiter* que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz fenicia *ron*, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina.⁶⁸

No Brasil, Francisco José Cahali, menciona que a previsão do instituto para dirimir conflitos envolvendo direitos privados existe desde a Constituição de 1824, que, em seu artigo 160, dispunha sobre a possibilidade de as partes nomearem Juizes Árbitros, sendo suas sentenças executadas sem recursos, se assim deliberado pelas partes:

[...] embora antiga a sua previsão, como nos traz notícia Marco Maciel ao invocar a Constituição do Império, e as Ordenações do Reino, também Código Comercial de 1850 faz referência ao instituto, mas se encontrava uma desestimulante legislação que exigia a homologação judicial dos laudos arbitrais

⁶⁸ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernandes. **Derecho Público Romano**. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje. 11. ed. [S. l.] Thomson Civitas, 2008. p. 415.

(art. 1.045, CC/1916), e, assim, previsível, e mesmo natural à época afastar-se de nossa cultura jurídica a arbitragem.⁶⁹

A arbitragem foi inicialmente difundida para dirimir conflitos envolvendo atores sujeitos ao regime jurídico de direito privado, sendo, também, uma forma privada de solução do conflito independentemente da jurisdição estatal.

Com base na liberdade e na autonomia da vontade de se estabelecer as bases da contratação entre os particulares, o sistema normativo passou a considerar lícita a convenção contratual de se delegar a terceiros os poderes para solucionar uma controvérsia com âmbito de definitividade.

Nesse sentido, Cahali pontua:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial. Daí porque se falar em mecanismo privado de resolução de litígios, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, método extrajudicial de solução de conflitos (Mesc).⁷⁰

Referido autor prossegue, advertindo que a decisão emanada por meio de procedimento arbitral não é consensual, mas impositiva às partes, sendo considerada um título executivo judicial. Em adição, uma das principais vantagens do procedimento seria a liberdade de escolha do julgador dentre as pessoas que mais inspiram confiança para a solução da contenda:

A decisão dada pelo árbitro impõe-se às partes, e por esta razão a solução é adjudicada, e não consensual, como se pretende na conciliação e na mediação, e delas pode ser exigido o cumprimento, porém a execução forçada se fará perante o Poder Judiciário, sendo a sentença arbitral considerada um título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/19963 e art. 475-N, IV, do CPC).

Uma das maiores vantagens é a liberdade de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança, considerados o conhecimento específico, experiência, idade, conduta etc., mas o consenso das partes na definição do árbitro, ou colegiado, é imprescindível.⁷¹

Atualmente, sustenta-se que a Constituição Federal de 1988 induz a utilização da arbitragem na resolução de eventuais conflitos já em seu preâmbulo, quando trata da *solução*

⁶⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32-33.

⁷⁰ Ibid, p. 77.

⁷¹ Ibid.

*pacífica das controvérsias*⁷². Outras duas passagens do Texto Constitucional igualmente preveem a possibilidade de utilização do procedimento: a primeira delas no artigo 114, §§ 1º e 2º, para questões envolvendo dissídios coletivos e no artigo 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em que se prevê o uso da arbitragem na demarcação de divisórias entre Estados e Municípios.

A possibilidade de se incluir no contrato a opção pela arbitragem dos conflitos envolvendo a Administração Pública é expressamente contemplada na Lei Federal nº 9.307/96, cujo § 1º do artigo 1º passou a prever expressamente que “é lícito às partes convencionar a arbitragem para dirimir conflitos que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis”. No ano de 2015, referida norma foi incluída na Lei Geral de Arbitragem pela Lei Federal nº 13.129/15, que adicionou a previsão expressa no sentido da possibilidade do estabelecimento da arbitragem para as questões contratuais que envolvam a Administração Pública⁷³.

Da mesma forma como para os demais métodos alternativos de solução de conflitos, a Lei Federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) incentiva a adoção do procedimento arbitral, prevendo, até mesmo, de forma bastante incisiva, que as discussões envolvendo a execução dos contratos administrativos podem estar sujeitas à arbitragem.

A título de exemplo, extraímos do inciso III do artigo 138⁷⁴ que a própria rescisão do contrato poderá ser determinada por decisão arbitral – assim como vimos que também pode ser determinada por decisão do Comitê de Resolução de Conflitos, e não mais apenas por meio de decisão judicial como constava da disposição legal anterior correlata da Lei Federal nº 8.666/93⁷⁵.

Consoante estabelecido na legislação de regência das arbitragens, nos casos em que envolva interesses da Administração Pública, a arbitragem não poderá ser de equidade, a critério das partes. Nos casos sujeitos ao regime jurídico de direito público, ela deverá ser sempre de

⁷² MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Constitucionalidade da Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, [s.d.], p. 9. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-14.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2024.

⁷³ 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.

⁷⁴ Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: [...] III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

⁷⁵ Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: [...] III – judicial, nos termos da legislação;

direito e respeitar o princípio da publicidade⁷⁶. Quanto à publicidade do procedimento arbitral, a regra envolvendo a Administração Pública é diametralmente oposta àquela aplicável às arbitragens privadas. Sendo uma das partes ente integrante da Administração, deve vigorar a atenção ao princípio da publicidade, sendo regra nas arbitragens privadas o sigilo.

Mas, uma das principais marcas da arbitragem, assim como em relação aos *dispute boards*, é a liberdade que recai às partes quanto ao estabelecimento da cláusula arbitral e os termos da convenção arbitral. Observados os princípios da Administração, o que deve reger a fixação da cláusula compromissória é a sua contratualização. Ou seja, as partes contratantes são capazes de estipular as condições, o trâmite, os prazos, os predicados do árbitro, a composição da Câmara Arbitral, o local, a forma, a língua, as normas que deverão ser aplicadas ao mérito da disputa etc.

Nesse sentido, quanto aos princípios que devem reger os procedimentos arbitrais, Francisco José Cahali enumera três como sendo os fundamentais: (i) o princípio da autonomia da vontade das partes; (ii) o princípio da competência-competência; e (iii) o devido processo legal.⁷⁷

Relativamente ao princípio da autonomia da vontade das partes, esclarece que “a utilização da arbitragem tem caráter voluntário; é a expressão da liberdade de escolha das partes. É fundamental a vontade dos interessados em estabelecer este método de solução do conflito.”⁷⁸ Enfim, desde que as partes sejam capazes e a relação contratual se estabeleça sem maiores vícios de consentimento, poderão livremente estipular as regras do eventual procedimento arbitral.

Já o princípio da competência-competência “significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.”⁷⁹ Por fim, o princípio do devido processo legal preclara que “enquanto jurisdição, a arbitragem deve obedecer o princípio do devido processo legal, em decorrência do qual vários outros princípios se seguem, como os inseridos no próprio corpo da Lei de Arbitragem, que são

⁷⁶ Normas municipais, como aquelas contidas no Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro e Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo, impõem ao Estado o dever de fornecer aos interessados o acesso às informações concernentes à discussão arbitral.

⁷⁷ CAHALI, op. cit., p. 98-104.

⁷⁸ Ibid., p. 96.

⁷⁹ Ibid., p. 99.

o do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento (art. 21, § 2º, da Lei 9.307/1996)”.⁸⁰

A cláusula compromissória será a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir ao longo da sua execução e estabelecem o seu procedimento. Caso o nível de detalhamento da cláusula compromissória seja insuficiente, poderão requerer a citação da sua contraparte em Juízo para que seja lavrado o compromisso detalhado. Não havendo consenso, o Juiz decidirá a respeito.

Com relação à composição dos árbitros, a lei de regência estabelece que podem funcionar como tal quaisquer pessoas capazes que detenham a confiança das partes. Podem ser nomeados um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo ser estipulado em contrato – dentro da liberdade de contratação – o processo de seleção dos árbitros ou então haver remissão expressa da adoção de procedimento consagrado por órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

No mais, os árbitros no exercício de suas funções devem agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Dentre outras atribuições, recai aos árbitros o que se denomina de dever de revelação. Ou seja, toda e qualquer circunstância que possa eventualmente caracterizar eventual desconforto da contraparte em relação à atuação do árbitro deve ser inicial e imediatamente revelada, cabendo às partes impugnar ou não a indicação do árbitro em questão.

Os impedimentos dos árbitros são previstos de forma expressa. Não pode funcionar como árbitro qualquer pessoa que tenha com as partes ou com o litígio que lhes foi submetido alguma situação que caracterize os mesmos casos de impedimento dos Juizes na condução dos processos judiciais, aplicando-se a eles os mesmos deveres e responsabilidades previstos no Código de Processo Civil. Tal qual nos processos judiciais, podem as partes arguir o seu impedimento nas hipóteses previstas em lei. No desempenho de suas funções, ficam os árbitros equiparados aos funcionários públicos para efeitos da legislação penal.

O procedimento arbitral obedecerá ao quanto estabelecido em contrato na convenção arbitral, podendo fazer menção às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade

⁸⁰ Ibid., p. 102.

especializada. As partes podem, ainda, delegar ao árbitro a competência para estabelecer as regras do procedimento.

Tutelas cautelares podem ser deduzidas em Juízo antes da instituição do procedimento arbitral. Por meio delas, as partes podem deduzir em Juízo qualquer medida cautelar ou de urgência. A eficácia dessa decisão, contudo, cessará, caso não haja o formal requerimento da arbitragem no prazo de trinta dias e, uma vez instituída, a sua validade será objeto de avaliação por parte dos árbitros que podem mantê-la, modificá-la ou revogá-la. Da mesma forma, qualquer cautelar incidental a ser pleiteada no curso da arbitragem a eles deverá ser dirigida.

A sentença arbitral – que pode também ser parcial – deverá ser lavrada por escrito e ser proferida no prazo estipulado pelas partes e, em caso de omissão a respeito, ela deverá ser dada no prazo de seis meses, podendo o prazo ser alterado mediante a concordância das partes. Sendo, ainda, vários os árbitros, a decisão será dada por maioria, podendo o árbitro vencido declarar voto divergente.

Os requisitos obrigatórios da sentença arbitral assemelham-se aos da sentença judicial estabelecidos pelo artigo 489 do Código de Processo Civil. Após o seu proferimento dá-se por encerrado o processo arbitral, não havendo margem para a interposição de recursos que visem à rediscussão do mérito da contenda. Referida decisão vincula às partes da arbitragem e seus sucessores e produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo condenatória, constitui título executivo judicial nos termos do inciso VII do artigo 515 do CPC.

Com a evolução do entendimento jurídico e jurisprudencial favorável à matéria e a introdução de legislações convergentes que passaram a permitir a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, o método tornou-se uma ferramenta viável e bastante utilizada para a resolução dos conflitos contratuais envolvendo entidades públicas e particulares, mas deve ser circundado de algumas diferenças, quando em comparação com as arbitragens privadas como a seguir será acrescido. As diferenças entre a arbitragem realizada nas relações público-privadas passaremos a enfrentar a partir do tópico seguinte.

4.2 Marcas características da arbitragem nos conflitos contratuais da administração

Os processos arbitrais travados pela Administração Pública, todavia, diferem-se daqueles que cuidam das relações privadas por alguns motivos. Egon Bockmann Moreira e Elisa

Schmidlin Cruz bem advertem que “o acolhimento da via arbitral na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública provoca a necessidade de harmonização entre regras de Direito público e privado, especialmente aquelas que se apresentam mais restritivas e limitadoras da autonomia das partes.”⁸¹

Nesse sentido, dentre as principais conformações necessárias, destacamos, o fato inicial de os contratos administrativos – assim como ocorre nos contratos de adesão – não estarem sujeitos à livre estipulação e discussão pela parte privada.

Evidentemente a mesma liberdade que recai às partes privadas, quando do estabelecimento da convenção arbitral nas contratações privadas, não se aplica aos contratos em que as relações das partes não sejam equânimes, como nas relações contratuais de direito público. Nos contratos de adesão, por exemplo, a cláusula compromissória somente produzirá efeitos nos casos de a parte aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar com a sua instituição de forma expressa, seguidas algumas formalidades.

Flavio Amaral Garcia complementa que “se, em uma relação privada, a escolha da Câmara Arbitral depende de exclusiva vontade das partes, o mesmo não ocorre quando a arbitragem tem como parte ente público. A principal razão para que a autonomia da vontade seja objeto de restrições é o princípio da isonomia.”⁸². Nesse sentido, adverte que a escolha das Câmaras Arbitrais deve seguir parâmetros claros e objetivos e, tanto quanto possível, estabelecidos previamente.

Ainda relativamente à escolha da Câmara de Arbitragem, Egon Bockman Moreira e Elisa Schmidlin Cruz, após destacarem que a solução que vem prevalecendo com constância e regularidade é a do credenciamento das câmaras arbitrais, aduzem que “exigem-se comprovações mínimas que permitam aferir, além da especialização, sua tradição e respeitabilidade, dentre outros critérios garantidores de uma atuação eficiente na administração dos procedimentos.”

83

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. O Credenciamento de Câmaras Arbitrais pela Administração Pública. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, dispute board, mediação e negociação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 231-248. p. 245.

⁸² GARCIA, Flávio Amaral. Arbitragem e a Infraestrutura Brasileira. O Credenciamento de Câmaras Arbitrais pela Administração Pública. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, dispute board, mediação e negociação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 179-200. p. 190.

⁸³ MOREIRA; CRUZ, *op. cit.*, p. 246.

Muito se discutiu acerca da constitucionalidade da sujeição dos conflitos envolvendo a Administração Pública a uma arbitragem. Grandes críticos da possibilidade de se utilizar o procedimento no âmbito dos contratos administrativos sustentaram que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, para as contendas envolvendo a Administração Pública, deveria ser interpretado como a inafastabilidade da jurisdição estatal. Dessa forma, por aplicação do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, as partes do contrato administrativo não possuíam a liberdade de fixar o compromisso arbitral de qualquer sobretudo nas controvérsias envolvendo direitos indisponíveis.

Doutrinadores de escol, como se extrai da obra do ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello, a despeito da existência de disposição legal expressa e de precedentes judiciais favoráveis à adoção do procedimento, sustentam não ser aceitável a submissão de contendas envolvendo os serviços públicos à arbitragem na medida em que as questões inerentes ao interesse público não podem ser relegadas ao âmbito decisório de particulares:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (cf. n. 21). Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.⁸⁴

Da mesma forma, externava Lucia Vale Figueiredo as razões que a levavam a concluir pela impossibilidade da utilização da arbitragem em questões de direito público:

consoante pensamos, o juízo arbitral, nos termos da Lei 9.307, de 23.9.1996, estaria, com a vênua devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado.

A uma, porque destina-se aos direitos disponíveis, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público. Demais disso, nos termos do art. 18 da mencionada Lei 9.307/ 1996, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, o que implicaria impossibilidade de haver recurso ao Judiciário, em franco desrespeito às regras constitucionais dos

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 817.

direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII). Além disso, as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo, à evidência, ser derogadas por legislação infraconstitucional.⁸⁵

Ricardo Marcondes Martins em estudo intitulado “Interesse Público e Arbitragem”, da mesma forma, desenvolve uma crítica severa à adoção do procedimento arbitral nas contratações administrativas, sobretudo com ênfase em contraponto ao entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgR no MS 11.308-DF, ao afirmar a possibilidade de arbitragem nas questões que envolvam interesses públicos disponíveis do Estado.⁸⁶

Prossegue o autor sustentando que “a pressuposição de interesses públicos disponíveis decorre de um vício metodológico, de um vício de premissa teórica, da equívoca pressuposição de que a Administração possa assumir a posição jurídica de um particular e se afastar do regime de direito público.”⁸⁷ Nesse sentido, ainda, refuta a possibilidade da existência de um interesse público disponível asseverando que:

Se o interesse primário é indisponível, o interesse secundário, juridicamente admitido tem que ser indisponível, pois este deve ser coincidente com o primário. Para se coincidente, deve ter, necessariamente, os mesmos caracteres. as mesmas qualidades; coincidência significa identidade ontológica. O interesse público secundário disponível não pode ser perseguido pela Administração, pois, se ele é disponível, não é coincidente com o primário, que é indisponível.⁸⁸

Contudo, e com todo respeito e deferência aos entendimentos contrários acima mencionados, a Constituição Federal de 1988 parece albergar a utilização de arbitragem nas matérias envolvendo os interesses da Administração Pública, como se verifica do dispositivo do artigo 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Referida passagem estabelece que os Estados e Municípios poderão tratar da demarcação de suas linhas divisórias mediante arbitramento⁸⁹.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 710 p. ISBN 85-7420-897-3. p. 115-116.

⁸⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0266-9. p. 63-81.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 72.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução. [...] § 2º Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação

Ora, se há previsão constitucional acerca da possibilidade de arbitramento para tratar de questões do mais elevado interesse público e de interesse dos Estados e Municípios, como as questões territoriais – sendo certo que dessas decisões poderão quaisquer das partes saírem insatisfeitas, mas compelidas a aceitar as soluções –, parece válido admitir a constitucionalidade do mecanismo para as questões envolvendo a Administração.

Para as relações público-privadas, ainda são válidas, nesse sentido, as lições de Arnold Wald e André Serrão no sentido de que “O acesso à segurança jurídica, à celeridade e a especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem”.⁹⁰

No mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari ressalta que, ao optar pela arbitragem a Administração não está transigindo com o interesse público, abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma – que deverá ser desempenhada com a mesma imparcialidade da função jurisdicional clássica – mais expedita de defesa do interesse público:

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.⁹¹

Complementa o mesmo professor, ao enfrentar a inafastabilidade de jurisdição gravada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que o compromisso das partes pelo Juízo arbitral não abrange a sua submissão a decisões inválidas. A ocorrência de vícios insanáveis no curso do processo libera as partes do compromisso, podendo perquirir tal invalidade no Poder Judiciário:

de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

⁹⁰ WALD, Arnold; SERRÃO, André. Aspectos Constitucionais e administrativos da Arbitragem nas concessões, **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, v. 16, jan./mar. 2008, p. 20.

⁹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 66.

Outro óbice enfrentado naquele trabalho foi o referente à inafastabilidade do controle judicial ou do acesso à justiça (CF, art. 5.º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Quanto a isso, demonstramos que tal não ocorre na arbitragem: "O compromisso das partes é sempre no sentido do acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições Legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral."⁹²

Em sentido análogo, Marçal Justen Filho e Rafael Walbach Scwind acrescentam que a validade do compromisso arbitral para a Administração decorreria implicitamente do próprio poder de contratar que o Estado possui:

Em brevíssima síntese, sempre entendemos que a viabilidade jurídica da utilização da arbitragem deriva, diretamente, da viabilidade jurídica da celebração de contratos: quem pode contratar, pode, também, inserir no contrato cláusulas que disponham sobre o uso da arbitragem, que, agora, conta com expressa e específica previsão nas normas gerais sobre contratos administrativos e suas espécies.⁹³

Dessa feita, em que pesem os argumentos contrários, baseados em postulados relevantes e de fundamentos a serem considerados, parece válido concluir que a arbitragem é, sim, um meio válido de dirimir conflitos contratuais. De mais a mais, como já apontamos, com o advento da Lei Federal nº 14.133/21, a legislação passou a prever de forma objetiva que a arbitragem – sempre de direito – poderá ser utilizada como meio de resolução de controvérsias com poderes inclusive para determinar a rescisão do contrato (art. 138, III; 151; 152 e 154).

No mesmo sentido, caminha o entendimento dos Tribunais e dos Órgãos de Controle. Como destaca Flávio Amaral Garcia “Inicialmente, o Tribunal de Contas da União posicionou-se contrariamente à arbitragem envolvendo entes públicos. Sua primeira manifestação nesse sentido foi em 1993, com o Acórdão nº 286/1993 cuja origem se deu por consulta do então Ministro de Estado de Minas e Energia. À época, nem sequer havia sido editada a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira), o que pode auxiliar na compreensão do posicionamento conservador da Corte de Contas.”⁹⁴

⁹² DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 67

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Walbach. *Parcerias Público-Privadas*. Reflexões sobre a Lei 11.079/2004. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 608-609.

⁹⁴ GARCIA, op. cit., p. 196.

Contudo, o mesmo autor acrescenta que “mesmo após a edição da Lei nº 9.307/96, o Tribunal de Contas da União manteve-se refratário à utilização da arbitragem, calcando a sua posição restritiva em dois argumentos principais: (i) a exigência de lei formal específica que autorizasse o emprego da arbitragem; (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público.”⁹⁵

Posteriormente, contudo, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do recurso especial nº 2143882/SP, em que foram analisados atos inclusive anteriores ao advento da Lei Federal nº 13.129/15, que incluiu de forma expressa a possibilidade de submissão da Administração Pública aos procedimentos arbitrais, já passou a consignar a validade do procedimento nos contratos da Administração destacando que “A possibilidade de que a União negocie interesses patrimoniais disponíveis implica a correlata possibilidade de convencionar a sujeição desses mesmos negócios ao arbitramento”⁹⁶.

Reiteradas decisões no mesmo sentido fizeram a referida Corte editar a Súmula de número 485, consoante a qual “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”. Referido verbete destaca a viabilidade da utilização do procedimento arbitral para os contratos administrativos, não deixando margem de dúvidas quanto à possibilidade de sua adoção.

Entendimento posterior, ainda, destaca que “tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos”. Em adição, “O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.”⁹⁷

No mesmo sentido, os Tribunais de Justiça em inúmeras oportunidades já reafirmaram a validade da cláusula compromissória arbitral nos contratos da Administração Pública, destacando, inclusive, a impossibilidade de substituição da arbitragem pelo procedimento judicial para solução de litígios em que haja previsão⁹⁸. Referido posicionamento, aliás, se amolda ao

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ STJ – REsp: 2143882 SP 2020/0106399-6, Relator: Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 11/06/2024, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2024.

⁹⁷ STJ – REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012.

⁹⁸ Apelação nº 100522-88.2016.8.26.0286, Relator Desembargador Coimbra Schimidt.

quanto estabelecido pela regra do inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil, a qual proclama que o Juiz não resolverá o mérito da contenda quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o Juízo arbitral reconhecer a sua competência.

Ou seja, mesmo os procedimentos estabelecidos no Decreto Federal nº 10.025/19, assim como os demais correlatos que contemplam a possibilidade de instauração de arbitragem mesmo nos contratos em que não haja previsão, já tiveram a sua validade afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dessa feita, com todo o respeito ao entendimento dos referidos autores contrários à adoção do procedimento arbitral nos contratos administrativos, a sua adoção parece ser um caminho sem volta, eis que já validado por uma série de decisões judiciais e dos órgãos de controle, assim como é um procedimento previsto em uma série de diplomas normativos cuja constitucionalidade é presumida.

Ademais, a questão da indisponibilidade dos interesses públicos já parece ter sido objeto de resolução em âmbito legislativo. A Lei Federal nº 13.448/17 bem cunhou que o procedimento arbitral pode ser adotado em toda e qualquer contenda sobrevinda ao longo da execução dos contratos de parceria, nos casos em que estejam em discussão os direitos patrimoniais disponíveis.

Em complemento, o mesmo diploma legal consagra que se consideram controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis as questões relativas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o cálculo de indenizações decorrentes da extinção ou transferência do contrato e o inadimplemento das obrigações contratuais de qualquer uma das partes.

No âmbito nacional, ainda, o Decreto Federal nº 10.025/19 estabelece as regras da arbitragem no âmbito do setor portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário envolvendo a União Federal, reafirmando a mesma disposição quanto aos assuntos que podem ser objeto de arbitragem.

Em razão de todos os elementos acima coligidos, extrai-se, em mais esta ocasião, como válida a opção administrativa de se delegar a um terceiro, alheio aos quadros do Poder Judiciário, a missão e a função de exercer atividade jurisdicional nos casos especificados.

4.3 Efeitos das Decisões Arbitrais

Superada a questão da constitucionalidade do instituto da arbitragem, e admitida a sua utilização nos contratos administrativos, é importante analisarmos os efeitos das decisões emanadas no bojo dos processos arbitrais. Para tal, é fundamental a análise dos termos da Lei Federal nº 9.307/96 e das disposições contidas no Código de Processo Civil.

Carlos Alberto Carmona adverte que “O ato mais relevante do árbitro no processo por ele capitaneado é, sem dúvida, a sentença, momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes.”⁹⁹ Ainda consoante a disposição contida no artigo 31 da Lei de Arbitragem, “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. No mesmo sentido, a disposição do inciso VII ao art. 515 do Código de Processo Civil estabelece que a sentença arbitral constitui título executivo judicial.

Luiz Antonio Scavone Junior adverte, contudo que “A única diferença é que o árbitro não é dotado de coerção de tal sorte que a execução de suas decisões demandará, diante da resistência, a atuação do juiz togado, a quem competirá materializar a sentença arbitral”.¹⁰⁰ A sentença proferida não fica sujeita a qualquer tipo de recurso como estabelece a disposição contida no artigo 29 da Lei da Arbitragem: “proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem”.

Mas, como aduz Carlos Alberto Carmona, considerando-se que a liberdade das partes no estabelecimento da cláusula compromissória é uma das principais características do processo arbitral, não há óbice de que o contrato estabeleça procedimento análogo a um recurso a ser manejado pela parte interessada:

Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, fazendo integrar o tribunal arbitral por outros membros, escolhidos da forma estabelecida pelos contedores. Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. E a decisão arbitral que obrigará as partes e que se sujeitará ao ataque previsto no art. 33 será aquela final, após a decisão dos referidos recursos. Apesar da aventada possibilidade de disporem os litigantes acerca de recursos, como parte do procedimento arbitral, o fato é que tais recursos são de todo

⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336.

¹⁰⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 152.

inconvenientes e a sua utilização não parece corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo.¹⁰¹

Contudo, inexistindo disposição contratual expressa nesse sentido, a regra geral é que a decisão arbitral seja insuscetível de reapreciação do seu mérito em instância recursal, sendo apenas possível que as partes solicitem correções em face da ocorrência de erro material ou esclarecimentos aos árbitros em função de obscuridade, dúvida ou contradição na sentença arbitral.

5 DISPUTE BOARDS E ARBITRAGEM

5.1 Dispute boards e arbitragem: paralelos e diferenças

Como vimos ao tratarmos com maior detença dos institutos dos *dispute boards* e das arbitragens, ambos possuem sensível semelhança em vários aspectos especialmente porque possuem suporte numa previsão contratual em que se delega a um terceiro o poder de resolver uma contenda específica. No particular, cabe ressaltar que o regime de Direito Público continua imperando nesse cenário, ainda que com as ressalvas típicas de um processo de autocomposição.

Todavia, também é possível identificarmos diferenças que tornam cada um dos institutos peculiares. A seguir, buscaremos tratar das semelhanças e das distinções entre cada um dos procedimentos, na tentativa de, posteriormente, avaliarmos a possibilidade de harmonização dos regimes.

Iniciaremos pelas semelhanças entre eles para, após, identificarmos as suas distinções. Nesse sentido, é válido reiterar a existência de diferentes tipos de Comitês de Resolução de conflitos com vieses consultivo, decisório e misto.

No que se refere ao *dispute board* eminentemente consultivo, a distinção principal reside no fato de que, diferentemente da arbitragem, nele não haverá propriamente uma resolução da contenda. Em verdade, o Comitê exercerá mera função consultiva, podendo as partes acatá-la ou não. Portanto, merece maior ênfase a análise dos comitês de resolução de conflitos decisórios dado que, da mesma forma que os procedimentos arbitrais, eles podem ser instados a decidir a respeito das desavenças.

Nesse sentido, podemos destacar que a primeira semelhança entre os institutos reside no fato de serem, ambos, decorrentes de previsão contratual e de livre estipulação das partes.

¹⁰¹ CARMONA, op. cit., p. 24-25.

São fruto da criação dos contratantes e da autonomia contratual que recai às partes como princípio geral da teoria geral dos contratos.

Em sequência, partindo-se da premissa de que o Estado pode optar pela previsão de ambos os institutos (arbitragem e *dispute boards*) nas minutas dos seus contratos e que, portanto, é fundamental que os contratos esquadrihem de forma minuciosa os termos, condições, hipóteses e consequências de seu funcionamento, é válido admitir-se que tanto na arbitragem quanto nos *dispute board* estamos diante de uma delegação da atividade estatal (administrativa ou judicial) com suporte em previsão contratual, sendo essa a primeira e principal semelhança entre os institutos.

A segunda que pode ser desde logo apontada é quanto à sua composição. Muito embora as partes sejam livres para pactuar a forma de atuação dos árbitros e membros dos Comitês de Resolução de conflitos, a forma mais comum de sua apresentação e mediante a composição por meio de Câmaras integradas por três profissionais de amplo conhecimento no setor e ilibada reputação.

Os dois procedimentos, ainda, ultimarão seus procedimentos com a resolução do litígio de forma heterocompositiva. Ou seja, a partir do momento em que o conflito seja submetido a eles, não mais caberá às partes decidirem a respeito da contenda. Caberá, sim, às Câmaras arbitrais ou de resolução. Não se desconsidera a possibilidade de as partes entabularem um acordo, se assim desejarem, contudo, no caso de prosseguimento do expediente, esta será a realidade.

Felipe Mêmolo Portela também destaca que “O *dispute board* se assemelha à arbitragem em diversos aspectos. Tal como ela, é uma forma de heterocomposição (um terceiro imparcial resolve o litígio entre as partes) e, para ser eficaz e atender a seus objetivos, depende de alta capacidade técnica dos responsáveis por analisar as disputas.”¹⁰²

Fazendo uma análise da evolução do instituto à luz da doutrina e jurisprudência francesa, Ricardo Ranzolin enfatiza a existência, na década de 1970, de um movimento de unificação da figura do perito consultor – a quem cabia recomendar às partes a melhor solução no caso de divergência – e do árbitro reforçando a semelhança entre os institutos:

¹⁰² PORTELA, Felipe Mêmolo. **Dispute Board**: Prevenção e resolução de conflitos de alta complexidade. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 122.

Dessa conjunção entre a evolução da função do perito ou arbitrador nos contratos de grandes obras de construção, com poderes mais ou menos amplos, na forma prevista pelo Código Civil francês e pelo regulamento da CCI, e da experiência norte-americana no mesmo sentido, surgiu e se consolidou rapidamente, a partir de 1990, o *Dispute Adjudication Board*, que representou uma simbiose da chamada arbitragem contratual das jurisdicionais.¹⁰³

Contudo, o autor aponta que esse movimento, em dado momento, experimentou certo retrocesso de tal forma que, na atualidade, podemos apontar as três principais semelhanças entre os referidos institutos: (a) ambos são procedimentos contratuais e, como tal, devem ser bem esquadrihados no instrumento do contrato; (b) ambos são geralmente compostos por três membros que devem ser eleitos pelas partes e possuir conhecimento na matéria de fundo; e (c) ambos podem ser instados a decidir em relação às eventuais desavenças contratuais.

Com relação à principal vocação desempenhada pelos *dispute boards*, como já destacamos anteriormente, revela-se a atuação em prol de se evitar a ocorrência de litígios ao longo da execução dos contratos. Ao passo em que os Juízos arbitrais são instados apenas após a ocorrência da desavença, tendo por missão institucional resolver o litígio com viés de definitividade, para os Comitês de Resolução de Conflitos, espera-se uma atuação propositiva e com a finalidade de evitar a ocorrência do litígio.

É verdade que os Comitês de Resolução de conflitos podem ser chamados a expedir recomendações e decisões a respeito da contenda, todavia, dada a função precípua de cada um dos institutos, é preciso destacar que as câmaras arbitrais não existem para desempenhar o mesmo papel, sendo elas simplesmente imbuídas de uma função decisória.

Mas, além dos efeitos das decisões emanadas por um e por outro também se revestirem de sensíveis diferenças, sobretudo no que se refere à possível rediscussão e revisitação, não há como descartar a melhor utilização por parte dos *dispute boards* na função preventiva.

5.2 A revisitação das decisões arbitrais e dos *dispute boards*

As causas de nulidade das decisões arbitrais são bastante restritas e estão previstas nos termos do artigo 32 da Lei Federal nº 9.307/96. Basicamente, estão relacionadas à nulidade da convenção arbitral, à impossibilidade de atuação do árbitro; à ausência de um dos requisitos necessários à arbitragem; a extrapolação do objeto da discussão arbitral; o vício de

¹⁰³ RANZOLIN, op. cit., p. 8.

prevaricação, concussão ou corrupção; a extrapolação do prazo para a sua emissão e o descumprimento das demais regras procedimentais estabelecidas.

A sentença arbitral estrangeira, igualmente, será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais, estando sujeita à homologação perante o Superior Tribunal de Justiça. Somente poderá ser negada a sua homologação nas hipóteses previstas da lei que versam sobre a incapacidade das partes no momento da fixação da convenção arbitral; a extrapolação dos limites da discussão arbitral; a incompatibilidade da instituição da arbitragem com a cláusula compromissória; a sua suspensão no país de origem e outras hipóteses previstas nos artigos 38 e 39 da Lei Federal nº 9.307/96, dentre elas, o caso de a decisão ofender a ordem pública nacional.

Vimos que a natureza jurídica das decisões emanadas pelos *dispute boards*, por outro lado, é de decisão administrativa. Isso porque, no momento da formação do contrato, a Administração Pública, ao optar pela transferência de tais incumbências a um Comitê, outorga a terceiros em cooperação com a sua atuação a tarefa de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Nesse sentido, a lógica que permeia a revisitação das decisões desses Comitês deve ser, via de regra, a mesma que circunda a revisitação judicial ou arbitral dos atos administrativos, com a possibilidade, todavia, de o instrumento contratual dispor em sentido oposto, dada a liberdade de contratualização incidente.

Nesse sentido, os limites da revisitação judicial das referidas decisões equiparam-se, igualmente, aos limites já bastante trabalhados e difundidos pela doutrina e jurisprudência quanto à revisitação judicial das decisões administrativas que militam em favor do mais amplo e irrestrito acesso das prestações jurisdicionais, especialmente em relação aos direitos dos administrados.

Consoante a melhor doutrina, a Constituição Federal proclama a mais ampla possibilidade de revisitação judicial dos atos administrativos, especialmente aqueles expedidos com suporte nos contratos administrativos. Cuidando de expor os princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro, o professor Celso Antonio Bandeira de Mello destaca a incidência do princípio do controle judicial dos atos administrativos, asseverando que cabe ao Poder Judiciário, por força do quanto gravado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, exercer o controle de legalidade dos atos emanados pela Administração Pública:

No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.¹⁰⁴

Silvio Luis Ferreira da Rocha e Augusto Neves Dal Pozzo preclaram, no mesmo sentido, que nenhuma controvérsia poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não havendo necessidade de prévio esgotamento da instância administrativa para a propositura de uma demanda judicial:

No Brasil, há unidade de jurisdição. Nenhuma controvérsia pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme prevê o art. 5º, XXXV, da CE. O Poder Judiciário detém a universalidade da jurisdição, quer no que respeita ao juízo de legalidade, quer no que respeita ao juízo de constitucionalidade dos atos públicos e privados.

Não há necessidade do prévio esgotamento da via administrativa para propor a ação judicial. Alguma reserva ao controle judicial dos atos administrativos existia no passado, em relação aos atos de competência discricionária, que, contudo, foi, ao longo do tempo, eliminada, de modo que hoje se viabilizou o controle judicial dos atos administrativos discricionários.¹⁰⁵

No mesmo sentido, leciona a professora Lúcia do Valle Figueiredo que “os atos praticados pela Administração Pública comportam revisão plena pelo Judiciário, uma vez que esta é a tônica, a característica do Estado de Direito. E, ademais, estriba se o controle judicial no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.”¹⁰⁶

A lógica aplicável às decisões arbitrais, como vimos anteriormente ao tratarmos dos efeitos das suas decisões, por outro lado, é que elas produzem coisa julgada e alcançam o *status* de título executivo judicial. Nesse sentido, são bastante restritas as possibilidades de rediscussão judicial das decisões arbitrais, estando elas relegadas basicamente à existência de nulidades insanáveis na composição e desenrolar do processo.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 124-125.

¹⁰⁵ DAL POZZO; ROCHA, op. cit., p. 128.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, op. cit., p. 35.

Portanto, os efeitos das decisões arbitrais e das decisões emanadas pelos Comitês de Resolução de conflitos não serão os mesmos. Enquanto, nas decisões arbitrais, haverá pouco ou nenhum espaço para a rediscussão do mérito já decidido – com reservas das causas de nulidade da decisão – para as decisões dos *dispute boards*, a presunção de sua legitimidade será *juris tantum*, ou seja, comportará prova em contrário.

Assim é possível apontarmos essa como a principal diferença aplicável dos referidos institutos: as decisões arbitrais produzem coisa julgada e são consideradas títulos executivos judiciais, ao passo em que as decisões dos *dispute boards* são equiparáveis aos atos administrativos e seguem a mesma lógica da sua revisão judicial ou arbitral.

5.3 Os efeitos das decisões arbitrais e dos *dispute boards*

No que se refere à execução das decisões expedidas pelos *dispute boards*, é possível avaliarmos, sobretudo, as consequências que recaem às partes ante o descumprimento voluntário das referidas decisões. Evidentemente, se a referida decisão for acatada pelas partes, não haverá maiores discussões. Contudo, caso as partes apresentem objeções com relação às referidas soluções, as consequências decorrentes do descumprimento das decisões arbitrais e dos *dispute boards* também serão distintas.

Quando descumpridas as decisões arbitrais, podem levar a parte interessada a mover o respectivo incidente judicial de cumprimento forçado, considerando-se sua definitividade. Por esse mesmo motivo, consoante a disposição do artigo 31 da Lei Federal nº 9.307/96, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Como tal, para a sua execução poderá a parte interessada se valer das vias processuais previstas no Código de Processo Civil.

Relativamente às decisões dos *dispute boards*, destaca Katucia Guedes, que “como um mecanismo alternativo de resolução de disputa, portanto, não adversarial e autocompositivo, falta às decisões dos *dispute boards*, o *enforcement* necessário reconhecido por nosso ordenamento jurídico, para que sejam passíveis de execução”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ GUEDES, Katucia Maria Lauricella. *Considerações acerca dos Dispute Boards e perspectivas de sua utilização no mercado brasileiro*. São Paulo, 2017. p. 33.

Por outro lado, posição distinta sustentada por Igor Gimenes Alvarenga Domingues adverte para o fato de que, embora não exerçam atos propriamente jurisdicionais, as decisões dos membros dos Comitês de Resolução de Conflitos são suscetíveis de execução como títulos executivos:

não possuem jurisdição, e suas decisões são desprovidas do *enforcement* de sentenças judiciais ou arbitrais. Isto, porém, não significa que elas não possam ser executadas na via judicial, como títulos extrajudiciais que são. O STJ possui firme entendimento de que o contrato administrativo possui natureza jurídica de título executivo, por ser documento público, a teor do art. 585, II do CPC/1973, atual 784, II, do CPC/2015.¹⁰⁸

Mas, admitindo-se o *status* de ato administrativo ou de decisão administrativa às referidas resoluções, razoável intuir que os efeitos de ambos (atos administrativos e decisões dos *dispute boards*) deverão ser semelhantes. Nesse sentido, como preclara o já citado professor Celso Antonio Bandeira de Mello, a estes atos decisórios ampliativos de direitos – que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário –, aplicam-se os mesmos atributos dos demais atos, inclusive a sua presunção de legitimidade.¹⁰⁹

Como vimos, o mesmo professor também adverte que por força da “coisa julgada administrativa” os atos administrativos ampliativos de direito revestem-se de certa definitividade, abrangendo a irrevogabilidade do ato em questão. Aduz, ademais que nessa situação proíbe-se à Administração de impugnar em Juízo um ato que considere ilegal.¹¹⁰ Dessa feita, às decisões emanadas pelos *dispute boards* (decisões administrativas que são), quando ampliativas do direito dos particulares, em princípio, e notadamente diante da inexistência de regra contratual em sentido contrário, aplica-se a mesma lógica. Ou seja, operam coisa julgada administrativa não sendo possível que a Administração Pública se volte contra ela em sede judicial ou arbitral.

Mas, considerando-se tratar de uma função delegada a um terceiro particular e, principalmente, a natureza contratual da cláusula contratual que disciplina o procedimento, é razoável admitir-se a possibilidade de o contrato prever mecanismos que garantam à Administração a chance de a Administração também perquirir a anulação desse ato emanado pelo Comitê, mesmo para esses casos específicos de decisão ampliativa de direitos dos particulares.

¹⁰⁸ DOMINGUES, op. cit., p. 117.

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 431.

¹¹⁰ Ibid., p. 475.

Dessa feita, admite-se a possibilidade de questionamento judicial ou arbitral dessas decisões por ambas as partes contratantes, desde que haja previsão contratual. Do contrário, deve-se seguir a lógica da coisa julgada administrativa.

A previsão contratual que permite a Administração ir a Juízo pela desconstituição da decisão, em verdade, parece ser a mais adequada. Milita em favor da aplicação do princípio do equilíbrio contratual já elementar à teoria geral dos contratos. Pode parecer um contrassenso falar em equilíbrio contratual nas relações regidas pelo direito administrativo essencialmente porque, como vimos, o regime jurídico de direito público pressupõe a existência de uma relação de exorbitância de poderes por parte da Administração para bem curar os interesses públicos.

Ocorre que a atuação administrativa é pautada pelos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. Para o caso em comento, implica dizer que o regime de exorbitância de poderes contratuais pode e deve ser exercido em atenção ao princípio da legalidade.

Relativamente ao conteúdo jurídico do princípio da legalidade incidente nos atos administrativos, vimos também que como preclara a melhor doutrina e jurisprudência, ao passo em que aos particulares é permitido agir de forma livre e desimpedida, com exceção às restrições legalmente impostas, à Administração exige-se fiel observância ao texto normativo, sendo-lhe permitido agir apenas nos contornos dos comandos legais permissivos.

Em outras palavras, implica dizer que, diante da inexistência de uma norma jurídica objetiva que albergue a regra de exorbitância, não é dado às partes – sobretudo à Administração que possui a prerrogativa de exercer poderes contratuais extroversos – exercê-la fora dos parâmetros legais. Ou seja, diante da inexistência de lei, deve-se aplicar a teoria geral dos contratos, os princípios a ela incidentes, dentre os quais o do equilíbrio contratual.

Naquelas situações em que a lei não permitir o exercício de prerrogativas às partes, os contratos devem ser interpretados de forma a zelar pela paridade das relações.

Isso não significa dizer que não haja margem de liberdade para que as partes estabeleçam de forma distinta na regra do contrato. Como observamos, as cláusulas compromissórias dos *dispute boards* estão inseridas no contexto da liberdade do estabelecimento das normas contratuais. Optando por participar do certame e firmar contrato com o Poder Público, as empresas privadas aceitam as disposições contratuais, inserindo-se numa regra de sujeição especial. Ademais, além da regra de ouro de simplesmente não aderir aos termos do contrato, cada

vez mais os interessados possuem o instrumental necessário para discutir ou impugnar a regra contratual de maneira que ela se torne mais aderente às suas pretensões.

Dessa forma, ao fim e ao cabo, caberá ao contrato estabelecer a regra da revisitação da decisão proferida pelos *dispute boards* nunca sem, antes, desincumbir-se do dever de fundamentação da sua opção.

Poderá haver hipóteses em que a Administração entenda melhor que determinadas decisões serão vinculativas, cabendo às partes apenas discutir eventuais questões de nulidade da decisão, assim como ocorre com relação às arbitragens. O mérito, portanto, do decisório fica preservado e só será objeto de reapreciação judicial ou arbitral caso padeça de vício insanável, insuscetível de convalidação.

Dessa forma, a lógica da submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional se aplica também às decisões emanadas pelos *dispute boards*. A sindicabilidade dos atos administrativos, sob a ótica do controle jurisdicional, aplica-se às decisões emanadas pelos *dispute boards*. Tratando-se de tema relativamente novo no universo jurídico administrativo, é escassa a jurisprudência a respeito da matéria.

Mas, como aponta Ricardo Ranzolin, o Superior Tribunal de Justiça já foi instado a decidir a respeito do grau de vinculação das decisões expedidas por *dispute boards* em um ambiente de Direito Privado, frise-se. No precedente apontando, afirmou-se que, não se tratando de um contrato de adesão, o contrato pode conferir *status* de definitividade às decisões dos Comitês de Resolução de Conflitos:

É de mister destacar que a compreensão da força vinculante dos *Dispute Boards* foi recentemente visitada, em 26.04.2016, no acórdão de julgamento do RESp 1.569.422/RJ, pela Terceira Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. A questão então *sub judice* tratava da caracterização (ou não), como cláusula compromissória, de disposição (aposta em meio epistolar) que se referia a acordo que delegava a um terceiro a fixação do valor da participação acionária a ser adquirida por uma das partes. Baseando-se na autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato subjacente e em outros fundamentos, a decisão foi no sentido de extinguir aquele processo judicial, sem julgamento de mérito, por força da eficácia negativa daquela convenção. Foi considerando que mesmo a singela eleição de “um terceiro ou comitê”, desde que para dirimir em definitivo conflito entre partes, “já se afigura uma cláusula compromissória”, no caso vazia, sendo irrelevante o termo “avaliador” ou “arbitrador utilizado para designar o terceiro, ou mesmo o termo “fixação” de valor, ao invés de decisão.¹¹¹

¹¹¹ RANZOLIN, op. cit., p. 7.

Realmente, analisando-se o conteúdo da decisão mencionada, é possível extrairmos a passagem abaixo que é enfática, ao asseverar que, não se tratando de um contrato de adesão, não é válido restringir o meio eleito pelas partes para a resolução de conflitos, revestindo-se a referida regra de natureza contratual:

Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei nº 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam.¹¹²

Contudo, como vimos, embora não haja a mesma liberdade de contratar nas esferas pública e privada, o fato é que os interessados em travar contratações públicas possuem vários elementos a mais para impugnar, discutir e até mesmo não aderir ao contrato do que os particulares em sede de um contrato de adesão.

Diferentemente, no que se refere às decisões arbitrais, as decisões são, sempre, substitutas do controle jurisdicional, implicando coisa julgada e título executivo judicial. A despeito da possibilidade de o contrato estabelecer uma possível sistemática de revisitação da decisão arbitral, a regra geral estabelecida pela Lei da Arbitragem é a de que a decisão arbitral é insuscetível de recurso.

5.4 Sistematização das distinções entre os institutos

Diante do quanto apontamos acima, podemos sistematizar as seguintes e principais distinções existentes entre as funções exercidas pelas Câmaras Arbitrais e os Comitês de Resolução de Disputas da seguinte forma: (i) a vocação precípua dos *dispute boards* é de evitar a ocorrência de litígios, podendo, todavia, ser instado a decidir nos casos previstos em contrato; (ii) a função precípua da Câmara arbitral é de decidir a contenda com viés de definitividade; (iii) ao produzir coisa julgada, as decisões arbitrais são praticamente insuscetíveis de rediscussão, ressalvada a possibilidade de previsão contratual em sentido contrário e a ocorrência de uma das causas de nulidade do processo; (iv) as decisões proferidas pelos *dispute boards*

¹¹² 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.

poderão ser rediscutidas em Juízo com base no quanto proclama o inciso XXXV da Constituição Federal, respeitando-se a coisa julgada administrativa nos casos de inexistência de previsão contratual em sentido diverso; (v) os efeitos das decisões arbitrais são os mesmos das decisões judiciais, ou seja, a parte que assim desejar poderá reivindicar o respectivo processo de execução; (vi) quanto às decisões proferidas pelos *dispute boards*, elas não poderão ser objeto de reapreciação pela própria Administração, mas constituirão para ambas as partes título executivo extrajudicial para todos os efeitos.

Por fim, ambos os institutos por sua natureza contratual comportam disciplinamento diverso de acordo com a vontade das partes e desde que tal disposição não venha a violar os princípios e as normas de direito público.

6 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO LEGISLATIVO E CONTRATUAL

6.1 Reflexões sobre a integração dos *dispute boards* e da arbitragem nos contratos administrativos

Em função de todas as características já apresentadas relativamente aos procedimentos dos *dispute boards* no resguardo do interesse público, cuja prática contratual administrativa já revelou a sua eficiência para a presteza das proposições contratuais em caso de proposição de alternativas ou solução de litígios, parece que a inclusão de cláusulas prevendo a instituição de Comitês de Resolução de Conflitos nos contratos administrativos de alta complexidade é um caminho sem volta.

Mas, é preciso que o instituto seja amplamente discutido no âmbito administrativo e, principalmente, minudenciado nos termos do instrumento contratual, garantindo às partes a devida previsibilidade quanto à forma de sua atuação – sem ignorar as particularidades do regime jurídico de Direito Público, cabe enfatizar, mais uma vez –, o escopo e os limites da atuação de seus membros e, principalmente, os efeitos das suas decisões, especialmente nos casos de inexistência de legislação a respeito.

Nos municípios ou Estados em que haja regulamentação do instituto, ele sempre será válido e aplicável, considerando o fato de que a Lei Geral de Licitações, no exercício da competência constitucional para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, prevê a faculdade da sua utilização nas disposições dos artigos 138, II; 151 e 154 e da competência, igualmente constitucional, que recai aos Estados e Municípios de legislar sobre a matéria de forma complementar.

Em todos os casos, a admissão do instituto, contudo, não prescinde da devida subsunção ao regime jurídico de Direito Público. Isto é, para a correta interpretação da atuação, dos limites e das consequências das decisões expedidas pelos referidos órgãos no seio dos contratos administrativos, é fundamental que ele seja interpretado à luz do regime jurídico de Direito Público. Por isso, buscamos equiparar as decisões por eles expedidas aos atos administrativos praticados por terceiros em cooperação com a Administração à luz do quanto proclama a melhor doutrina administrativista.

Da mesma forma, enquadrando-se a função dos referidos comitês como espécie de função administrativa, é possível delimitarmos os efeitos e as consequências de suas decisões.

Um ponto adicional importante que merece maior reflexão, embora os regimes da arbitragem possuam claras distinções quando comparáveis com as decisões proferidas pelos Comitês de Resolução de conflitos, é avaliar se a função exercida por ambos pode ser harmonizada.

Em geral, em boa parte de seus contratos de concessão de parcerias público-privadas, a escalada dos desentendimentos contratuais inicia-se pela tentativa das próprias partes de resolver toda e qualquer disputa em atenção aos princípios da boa-fé e da cooperação, ou seja, por meio da adoção de um processo não litigioso que pode ou não ser assistido por um mediador.

Não havendo entendimentos entre as partes, os assuntos poderão ser submetidos à decisão do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, que também deve funcionar como mecanismo de gestão contratual e de mitigação de riscos, podendo atuar de forma consultiva, se antes da instauração do conflito, ou adjudicatória, ou então à arbitragem ou decisão judicial nos casos de direitos indisponíveis.

Importante, todavia, fazermos a análise de um caso em concreto: a título de exemplo, analisamos a regra de um contrato específico firmado pelo Governo do Estado de São Paulo¹¹³ que estabelece que as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis que não tenham sido solucionadas pelo procedimento de autocomposição, mediação, ou pelo Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências poderão ser submetidas à arbitragem.

¹¹³ A íntegra do contrato que serviu para os efeitos dessa análise pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>>. Cuida-se das cláusulas 79 e seguintes.

Vimos que, muito embora a arbitragem e os *dispute boards* possuam características bastante semelhantes, cuida-se de institutos distintos em que as diferenças podem ser, sobretudo, relacionadas aos efeitos das decisões emanadas por um e por outro.

A regra mencionada pode nos levar a uma importante reflexão acerca da possível harmonização do regime aplicável aos *dispute boards* e o aplicável à arbitragem: se o mesmo contrato estabelecesse hipoteticamente que, para certas matérias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis do Estado, o *status* da decisão proferida pelo Comitê de Resolução de Conflitos fosse o mesmo de uma decisão arbitral? Poderiam os contratos administrativos prever matérias para as quais as decisões emanadas pelos *dispute boards* seriam definitivas, operando coisa julgada, não comportando, assim, revisitação judicial ou arbitral? Em suma, pode o contrato atribuir efeitos de decisão arbitral às decisões dos *dispute boards*?

A resposta parece ser positiva. Evidentemente, tanto melhor seria que a referida previsão possuísse respaldo legislativo. Contudo, admitindo-se a possibilidade da adoção da arbitragem e dos *dispute boards* nos contratos sujeitos ao regime jurídico de direito público – com a devida conformação dos institutos ao regime de direito administrativo – e considerando-se o caráter eminentemente contratual de ambos os institutos (arbitragem e *dispute boards*), parece válida a opção das partes de atribuírem o efeito de coisa julgada e essas decisões.

Evidentemente, os interesses públicos são indisponíveis, sendo que tal circunstância foi amplamente invocada pela doutrina especializada como fundamento jurídico para inquinar a constitucionalidade da arbitragem nos contratos administrativos de forma ampla e irrestrita, como vimos anteriormente.

Contudo os diplomas legais mencionados ao longo do presente estudo, assim como a jurisprudência consagrada pelos Tribunais Judiciais, inclusive em Súmula do Superior Tribunal de Justiça, conclamam a possibilidade da adoção do procedimento arbitral para os contratos em que a Administração Pública seja parte e, ademais, as hipóteses legislativas de direitos disponíveis sujeitos, portanto, à resolução arbitral. Ademais, diante da previsão contida no § 2º do artigo 12 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, há previsão que respalda a utilização da arbitragem nos assuntos envolvendo os interesses da Administração.

Admitindo-se por vigentes as previsões legais que se aplicam às matérias, assim como os precedentes jurisprudenciais mencionados, a mesma lógica da arbitragem parece poder ser

empregada às decisões dos Comitês de Resolução de Conflitos, desde que haja expressa previsão contratual nesse sentido.

Ora, se a principal função dos Comitês de Solução de Divergências é acompanhar a execução do contrato para que dele possam melhor se apropriar e, dessa forma, trabalhar no sentido de uma melhor solução para eventuais desavenças, seja de forma preventiva ou deliberativa, qual seria a vantagem de, diante da instauração de um conflito, submeter, novamente, a contenda a uma Câmara Arbitral, se a decisão do Comitê pode ser adjudicatória? É razoável que se perca todo o conhecimento dos membros do comitê – cuja independência e autonomia intelectual e decisória deve ser presumida – adquirido ao longo do acompanhamento da gestão contratual? A resposta parece ser negativa.

É certo que a lógica poderia ser aplicável às decisões de cunho estritamente técnico, pois isso reduziria a possibilidade de questionamentos sobre a sua validade sob o prisma da indisponibilidade dos interesses públicos. Mas, se a legislação posta já definiu o que seriam esses interesses disponíveis do Estado, e a jurisprudência dos Tribunais Superiores milita em favor da existência desses direitos disponíveis nas arbitragens, não há razão para que a mesma lógica não recaia para os procedimentos dos *dispute boards*. Pode-se dizer que, em algumas matérias, negar essa possibilidade seria algo atentatório à própria eficiência que se espera e se busca imprimir na execução desses contratos com a previsão desses Comitês.

Destarte parecem ser absolutamente harmonizáveis, e até de certa forma complementares, os regimes das arbitragens com o regime dos *dispute boards*, podendo os contratos conferirem *status* de decisão arbitral às resoluções adjudicatórias dos Comitês de Resolução de Conflitos em matéria de direito patrimonial disponível do Estado.

6.2 Sugestão de melhorias legislativas para a regulação dos *Dispute Boards*

Recentemente temos vivido um processo de democratização das contratações públicas. Essa tendência se tornou uma realidade especialmente por força de algumas mudanças legislativas que têm tornado o processo de contratação pública muito mais participativo.

Se há algum tempo discutia-se a validade de procedimentos de participação dos particulares nas fases internas da licitação, os diplomas normativos mais recentes, como a Lei Federal nº 14.133/21, institucionalizaram ferramentas de efetiva participação dos entes privados na formatação das regras dos editais de licitação e contratos. Exemplos evidentes disso são as

modalidades de diálogo competitivo (procedimento de discussão com as empresas para a definição do melhor objeto a ser contratado) e o procedimento de manifestação de interesse (proposta de contratação enviada pelo particular à Administração Pública).

No âmbito do Estado de São Paulo, por exemplo, as grandes últimas licitações de concessões e parcerias público-privadas têm se utilizado, ademais, das consultas e audiências públicas, inclusive com a participação dos agentes responsáveis pela modelagem das contratações.

A participação das empresas interessadas na disputa licitatória desde o momento anterior à divulgação da licitação é fundamental para que esses projetos se tornem atrativos ao mercado e viabilizem verdadeira disputa por parte dos interessados. Evidentemente, essa participação das empresas desde o momento de concepção dos projetos é um exemplo de democratização e transparência da Administração Pública. Essa prática pode parecer óbvia, mas, na verdade, em um passado não tão distante, a ausência de mecanismos de democratização desses processos de contratações governamentais fez com que o nosso país afundasse em uma das maiores crises legais e econômicas que passamos.

Trata-se, em verdade, de uma prática já incentivada nas contratações públicas de outros países, como se extrai do Artigo 40 da Diretiva 24/14 da União Europeia, que trata da Consulta preliminar ao mercado estabelecendo que “Antes da abertura de um procedimento de contratação, as autoridades adjudicantes podem realizar consultas ao mercado, a fim de preparar esse procedimento e de informar os operadores econômicos dos seus planos de contratação e respectivos requisitos”.

No exemplo europeu, as autoridades adjudicantes podem até mesmo solicitar ou aceitar pareceres de peritos ou autoridades independentes ou de participantes no mercado para o melhor planejamento e condução do procedimento de contratação.

No Brasil, o processo de contratação pode e deve se valer, tanto quanto possível, de mecanismos democráticos e transparentes de participação dos interessados, desde a simples ideia de se entabular o contrato até a própria entrega definitiva do serviço ou do produto pronto e acabado. Tal prática é fundamental para garantir a integridade das relações contratuais.

É bem verdade que essa democratização pode e deve ser regulamentada por meio de normas administrativas ou por meio de leis que garantam a isonomia dos interessados na participação de todas essas fases da contratação e, também, que venham a tornar públicas as relações havidas pelos representantes do Poder Público e da iniciativa privada. Ademais, não se trata

apenas da democratização da participação, mas também de um verdadeiro mecanismo de defesa e transparência para os agentes públicos envolvidos nesse processo.

Nessa linha, em prol de uma maior democratização das licitações, prevemos a possibilidade de que a adoção dos procedimentos dos *dispute boards* seja também encampada para dirimir conflitos no decurso de processos licitatórios, e não apenas para dirimir conflitos contratuais. Todavia, para o caso, considerando a inexistência de previsão nesse sentido em norma geral, pode um eventual diploma geral permitir a utilização dos *dispute boards* também para decidir eventuais contendas surgidas no curso da licitação.

Obviamente, essa previsão deve seguir a mesma lógica das decisões expedidas por *dispute boards* ao longo da execução dos contratos e abranger apenas os assuntos que envolvam direitos disponíveis. Mas, a decisão relativa a eventuais impugnações, sobretudo aquelas relativas a assuntos técnicos como a pertinência das exigências de capacitação técnica, econômica e financeira para o caso concreto podem, mediante expressa autorização legislativa, ser submetidas à avaliação de terceiros independentes e isentos em prol da competitividade, da transparência e da democratização dos processos de contratação pública.

Da mesma forma, análises de propostas técnicas de licitação, desempenho dos licitantes em provas de conceito e várias outras decisões acerca da disputa licitatória podem se utilizar do referido instituto. Aliás, as funções desempenhadas pelos Comitês de Resolução de Conflitos nesse particular parecem ser as mesmas daquelas desempenhadas por uma comissão de contratação na forma do § 2º do artigo 8º da Lei Federal nº 14.133/21¹¹⁴.

Essa poderia ser, aliás, a fundamentação para sustentar a possibilidade jurídica de adoção do Comitê, desde logo, no decurso do procedimento licitatório. Contudo, o instituto da comissão de contratação pode e deve ser aperfeiçoado para que, a exemplo dos Comitês de

¹¹⁴ Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. [...] § 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão. § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Resolução de Conflitos, possam eles operar como instância de acompanhamento e fiscalização da integridade do certame e dirimir ou compor os conflitos entre as empresas interessadas na sua participação.

Nesse sentido, a fim de evitar maiores discussões quanto à constitucionalidade da medida, parece válido que o diploma normativo que delimite a atuação do *dispute board* no decurso da execução contratual também discipline a questão prevendo os critérios objetivos de composição do comitê, a forma de sua remuneração, os efeitos das suas decisões e, sobretudo, o grau de vinculação a que as partes estarão sujeitas.

Deve-se atentar, igualmente, à crescente utilização dos mecanismos de inteligência artificial nas contratações públicas. Ela pode ser útil para auxiliar as funções do Comitê com a consolidação e publicização dos trâmites de execução contratual, documentando as eventuais diretivas e compromissos assumidos pelas partes. Para isso, a inteligência artificial e as novas tecnologias devem ser utilizadas como forma de garantir o registro do trabalho dos *dispute boards* na missão de acompanhar o passo a passo da execução do contrato, propiciando, inclusive, maior controle e transparência dos atos administrativos.

Impõe-se, também, a utilização da tecnologia e da inteligência artificial, a fim de documentar essa relação de execução contratual e, assim, garantir uma maior transparência e vinculação às partes. Embora tenhamos enfrentado, no Brasil, um momento de boa evolução no que se refere às discussões prévias às licitações e contratações, infelizmente, com relação à execução dos contratos, ainda estamos em uma situação bastante embrionária. Há uma infinidade de ferramentas de inteligência artificial que podem e devem ser utilizadas para a gestão de contratos e projetos governamentais¹¹⁵.

Elas podem promover a assistência na elaboração de atas de reunião, no acompanhamento da gestão do contrato, a divisão de responsabilidades, o estabelecimento de um cronograma de obrigações, sendo capaz de registrar em detalhe toda a discussão de uma reunião,

¹¹⁵ A título de exemplo, são listadas no link (<https://aimojo.io/pt/ai-tools-contract-drafting/?utm_source=chatgpt.com>) 10 ferramentas de IA que auxiliam desde a sugestão de cláusulas padrão de contratos; a gestão dos ciclos de vida do contrato; automação de fluxos de trabalho; avaliação e mitigação de riscos, dentre outros assuntos.

organizar o seu conteúdo de forma lógica, atribuir responsabilidades, prazos e acompanhar a sua execução¹¹⁶.

No mesmo sentido, não podemos descartar a possibilidade de que os trabalhos exercidos pelo *dispute board* – sobretudo os concernentes a matérias técnicas – venham a ser desempenhados, eles mesmos, por *dispute boards* de inteligência artificial. Ou seja, válido admitir que com a evolução dos mecanismos de inteligência disponíveis, as decisões poderão ser dadas por meio de comitês de inteligência artificial, garantindo-se uma análise mais técnica e isenta acerca do assunto.

Aleksandra Monarcha-Matlak, professora da Faculdade de Direito e Administração da Universidade de Szczecin, na Polônia, tratando a respeito da automatização do processo de tomada de decisão na Administração Pública da União Europeia, todavia, sustenta que as decisões tomadas por inteligência artificial sem qualquer base legal devem ser consideradas nulas, havendo a necessidade de um ato normativo regulamentador:

Decisions taken by AI without any statutory basis should be considered void. Implementation of artificial intelligence in public administration without any regulatory act and a set of fundamental principles ensuring proper use of AI in administration is definitely not a correct way of handling the use of AI.¹¹⁷

Válido destacar que, em território nacional, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) já vem admitindo a utilização de IA no exercício da função jurisdicional, tendo a matéria sido objeto das Resoluções nº 271/20 e nº 332/20, admitindo-se a utilização de ferramentas de inteligência artificial no apoio das atividades internas dos Órgãos Judiciários, mas, também, na elaboração das decisões judiciais e em auxílio às funções exercidas pelos Juizes de Direito.

¹¹⁶ A aplicação da inteligência artificial na gestão de contratos complexos, incluindo contratos administrativos, tem se mostrado uma ferramenta eficaz para otimizar os processos inerentes à execução do contrato e, bem assim, aumentar a eficiência da gestão contratual. Os principais mecanismos de IA utilizados nessa área incluem: Automação de Processos: A IA permite automatizar tarefas repetitivas, como a elaboração, revisão e aprovação de contratos, reduzindo o tempo e minimizando erros humanos. Análise Preditiva: Algoritmos de aprendizado de máquina analisam dados históricos para prever riscos e identificar oportunidades, auxiliando na tomada de decisões estratégicas durante a gestão contratual. Processamento de Linguagem Natural (PLN): Ferramentas de IA utilizam PLN para extrair informações relevantes de contratos, identificar cláusulas críticas e garantir conformidade com regulamentações legais. Gestão do Ciclo de Vida dos Contratos (CLM): Plataformas de CLM integradas com IA monitoram todo o ciclo de vida dos contratos, desde a criação até a renovação ou encerramento, assegurando o cumprimento dos termos acordados e alertando sobre prazos importantes.

¹¹⁷ MONARCHA-MATLAK, Aleksandra. **Automated decision-making in public administration**. *Procedia Computer Science*, [s.l.], v. 192, 2021, p. 2.082. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.procs.2021.09.243>. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050921017117>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

Em âmbito internacional – sobretudo para a resolução de conflitos alheios à jurisdição estatal – o assunto também tem sido objeto de grande discussão. Nesse sentido, destacam Kushal Gandhi e Vanessa Whitman que o *UK Jurisdiction Taskforce (UKJT)*, publicado em 2021, enunciou as regras com efeitos jurídicos aos processos automáticos de resolução de conflitos. Ademais, destacam que o sistema *DDRR (Digital Dispute Resolution Rules)* pode ser incorporado a qualquer contrato relevante, sendo a resolução automática de disputas o primeiro dos mecanismos de resolução de conflitos, antecedendo os procedimentos arbitrais:

Earlier in 2021, the UK Jurisdiction Taskforce (UKJT) published the UK’s first Digital Dispute Resolution Rules (DDRR). The DDRR give legal effect to automatic dispute resolution processes built into digital asset systems. They also create a streamlined arbitral process for resolving disputes arising out of new digital technologies.

[...]

The DDRR can be incorporated into any relevant contract, digital asset or digital asset system using, at a minimum, the following text: ‘Any dispute shall be resolved in accordance with the UKJT Digital Dispute Resolution Rules’ (the incorporation text). This text can be in electronic or encoded form.

The DDRR create the following dispute resolution mechanism:

(a) *Automatic dispute resolution* – The result of any automatic dispute resolution process built into a digital asset system will bind the parties.

(b) *Arbitration or expert determination* – Absent an automatic dispute resolution process, disputes will be submitted to arbitration (save that any expert issue will be determined by an appointed expert). These arbitrations will be governed by English and Welsh law and the judicial seat will be in England and Wales.¹¹⁸

Logo, a existência de uma previsão legal, ainda que genérica, com a possibilidade da utilização de procedimentos de inteligência artificial para auxiliar ou substituir as decisões dos Comitês de Resolução de Conflitos – ainda que dependente de regulamentação posterior, sobretudo pelo rápido avanço da tecnologia – seria medida que validaria a utilização do instituto.

7 CONCLUSÃO

¹¹⁸ KERRIGAN, Charles. Edited by. **Artificial Intelligence**. Law and Regulation. Disputes and litigation. EE Edward Elgar Publishing. Cheltenham. 2022, p. 253.

Ao longo do presente trabalho, pudemos identificar as principais marcas características que conformam o regime jurídico dos *disputes boards*, ou comitê de prevenção e resolução de conflitos, nos contratos administrativos.

Apesar de não haver norma geral em âmbito federal disciplinando a matéria (mas há diplomas normativos locais sobre o assunto), a sua utilização é incentivada pela regra da lei geral de licitações e contratos administrativos, assim como é consagrada nos principais e atuais modelos de contratação administrativa, sobretudo de longo prazo e alta complexidade.

Indicamos a origem do instituto a partir da experiência relatada pela doutrina nacional e internacional, que é refletida nas legislações municipais que buscaram regulamentar o Instituto em âmbito local, de forma bastante semelhante à relatada. Sendo os *disputes boards* verdadeiros conselhos montados para a prevenção e solução de conflitos, ora eles podem ostentar um viés construtivo, ora deliberativo ou até mesmo misto. Podem ser instituídos desde o início da contratação – com a finalidade de acompanhar a execução contratual e evitar a ocorrência de entraves contratuais – ou então *ad hoc* para enfrentar determinada desavença experimentada pelas partes.

Nesse sentido, ele pode ser instado a expedir recomendações ou mesmo decidir a respeito da contenda. O âmbito de sua atuação, formação, competências, predicados de seus componentes, ritos procedimentais a serem observados, assim como demais especificações, em verdade, dependerão da maneira com que o instituto esteja previsto no contrato.

Vimos, também, as principais diferenças dos *dispute boards*, quando comparados a outros métodos alternativos de resolução de disputa, como a mediação e autocomposição. A distinção fulcral que marca esses institutos foi devidamente tratada em capítulo específico e se revela no fato de que, diferentemente de tais procedimentos, os comitês de resolução de conflitos podem expedir decisão ou orientação a respeito do caso concreto enquanto, nos outros, sua função deve ser de mero facilitador.

Relativamente à arbitragem, pudemos também identificar que a principal distinção entre os institutos pode ser atribuída à existência de força de coisa julgada às decisões terminativas expedidas pelos árbitros nos processos arbitrais. Diferentemente, nas decisões dos comitês de resolução de conflitos, as proposições, mesmo quando adjudicatórias, podem, em tese, estar sujeitas à rediscussão judicial ou arbitral.

Ao identificar o regime jurídico dos *dispute boards*, igualmente destacamos que, tal qual os particulares em cooperação com Administração, referidos órgãos exercem função administrativa delegada pelo órgão público contratante. Dessa feita, sendo atos administrativos, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos atos expedidos pela própria Administração inclusive no que se refere à sua revisitação judicial ou arbitral.

Vimos, também, que conforme a experiência administrativa relatada, os *dispute boards* geralmente integram uma das fases das tentativas de resolução dos conflitos, da qual também fazem parte, anteriormente, a autocomposição e a mediação, e, posteriormente, a arbitragem ou discussão judicial.

Tratando de uma possível harmonização do regime jurídico dos *dispute boards* com o da arbitragem, admitindo-se conforme a jurisprudência relatada que as contendas da Administração Pública podem ser levadas a uma corte arbitral, apontamos que, em tese, não há óbice para que o contrato imprima efeitos de decisão arbitral a algumas espécies de decisões dos comitês acerca de matérias previamente estabelecidas em contrato, desde que não versem sobre interesses públicos indisponíveis do Estado.

Tal constatação é uma decorrência da principal característica que rege os institutos dos comitês de resolução de conflitos e da arbitragem, qual seja, a sua livre contratualização.

É certo que tanto melhor seria caso houvesse norma geral regulamentando a matéria, pois isso certamente traria maior segurança jurídica às partes contratantes, maior previsibilidade e a uniformização do instituto; incluindo a possibilidade de sua atuação na fase licitatória e a possibilidade de automatização ou não de certas decisões com auxílio da inteligência artificial. Contudo, a ausência de regulamentação não impede a sua utilização, devendo a opção pela sua eleição ser suficientemente motivada no processo administrativo precedente.

Parecem válidas as iniciativas locais de regulamentação, considerando a competência complementar dos estados e municípios de legislar sobre as matérias envolvendo contratações públicas, e, também, pelo fato de as disposições da Lei Geral de Licitações incentivarem as partes, de forma objetiva, a adotarem um dos métodos alternativos de solução de conflito com a finalidade de imprimir maior eficiência às contratações públicas, dentre elas os Comitês de Prevenção e Solução de Conflitos.

Não há impedimento legal, ademais, considerando a liberdade de contratar como princípio para o estabelecimento da regra compromissória da arbitragem e dos *dispute boards*, para

que o contrato atribua, em algumas hipóteses de decisões desses Comitês, o *status* de decisão arbitral (notadamente a força de coisa julgada).

Assim como a arbitragem, ademais, os comitês de resolução de conflitos nos contratos administrativos são, de fato, uma realidade no cenário nacional e a busca pela identificação de um regime jurídico próprio a eles conformado aos princípios que regem a atuação da Administração Pública parece ser melhor alternativa para o enfrentamento da questão que negar a existência e a utilização do instituto.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Arbitragem. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/web/guest/arbitragem>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Natureza Jurídica, Eficácia e Obrigatoriedade da Cláusula de *Dispute Board*. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de Dispute Boards**: Teoria, Prática e Provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021. cap. VIII, p. 295-320.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BELO HORIZONTE (Município). **Lei nº 11.241, de 26 de Agosto de 2020**. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Diário Oficial do Município de Belo Horizonte. Belo Horizonte, MG, 27 Ago. 2020. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2020/1125/11241/lei-ordinaria-n-11241-2020-regulamenta-a-utilizacao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-para-prevenir-e-para-solucionar-conflito-relativo-a-direito-patrimonial-presente-em-contrato-administrativo-de-execucao-continuada>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2421, de 2021**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2289398&fichaAmigavel=nao>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Decreto nº 10.025, de 20 de Setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário e regulamenta o inciso XVI do *caput* do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 Set. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10025.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 8.429, de 2 de Junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 Jun. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 Jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 Fev. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 Set. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 11.079, de 30 de Dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 Dez. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 13.140, de 26 de Junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 Jun. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 13.129, de 26 de Maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 Maio 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1 Jul. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 13.334, de 13 de Setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 Set. 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei 14.133, de 1 de Abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1 Abr. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 206, de 2018.** Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 139519 RJ 2015/0076635-2. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 180394 BA 2021/0179296-2. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 9 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 2143882 SP 2020/0106399-6, Relator: Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 11/06/2024, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sumula nº 485. A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição. Brasília, DF, 01 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE: 1188352 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 27/05/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/06/2024.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira; MARTINS, Geovane Mendes; SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e et al. **Dispute board**: prevenção e resolução de conflitos de alta complexidade São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAPMAN, Peter H.J. **Dispute Boards**. FIDIC. Disponível em: <<https://www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

CHERN, Cyril. **Chern on dispute boards**. Practice and Procedure. 3. ed. Informa Law from Routledge, 2015.

CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: Arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. **Ensaio sobre o conteúdo jurídico da confiança legítima e sua incidência no setor de infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

DAL POZZO, Augusto Neves; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 32, n. 128, out./dez. 1995.

DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio Fernandes. **Derecho Público Romano**. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje. 11. ed. [S. l.] Thomson Civitas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 5.345, de 19 de Maio de 2014**. Dispõe sobre a utilização de mecanismos privados de resolução de disputas como a mediação e a arbitragem para dirimir conflitos em que o Distrito Federal seja parte. Diário Oficial do Distrito Federal. Brasília, DF, 20 Maio 2014.

DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. **Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) nos Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Lei Complementar nº 1011, de 6 de Dezembro de 2022**. Dispõe sobre a instituição de Comitê de Prevenção e Resolução de Disputas – CPRD nos contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo. Diário Oficial do Estado do Espírito Santo. Vitória, ES, 7 Dez. 2022. Disponível em: <<https://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/lec10112022.html>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FARQUHARSON, E.; YESCOMBE, E. R.; ENCINAS, J. **How to engage with the private sector in public-private partnerships in emerging markets**. Washington, D.C.: World Bank, 2024. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/default/files/2024-09/Global_How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2024.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 710 p.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Dispute Board**. Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/dispute_board_english.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2024.

GARCIA, Flávio Amaral. Arbitragem e a Infraestrutura Brasileira. O Credenciamento de Câmaras Arbitrais pela Administração Pública. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, dispute board, mediação e negociação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 179-200.

GARCIA, Flávio Amaral. *Dispute Boards* e os Contratos de Concessão. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, dispute board, mediação e negociação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Contratos e Atos Unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GUEDES, Katucia Maria Lauricella. **Considerações acerca dos Dispute Boards e perspectivas de sua utilização no mercado brasileiro.** São Paulo, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Walbach. **Parcerias Público-Privadas.** Reflexões sobre a Lei 11.079/2004. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KERRIGAN, Charles. Edited by. **Artificial Intelligence.** Law and Regulation. Disputes and litigation. EE Edward Elgar Publishing. Cheltenham. 2022.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Constitucionalidade da Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, [s.d.]. p. 09. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D13-14.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2024.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional.** São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONARCHA-MATLAK, Aleksandra. **Automated decision-making in public administration.** *Procedia Computer Science*, [s.l.], v. 192, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.procs.2021.09.243>. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050921017117>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. O Credenciamento de Câmaras Arbitrais pela Administração Pública. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: Arbitragem, dispute board, mediação e negociação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 231-248.

PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PORTELA, Felipe Mêmolo. **Dispute Board**: Prevenção e resolução de conflitos de alta complexidade. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

PORTO ALEGRE (Município). **Lei nº 12.810, de 15 de Setembro de 2021**. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Diário Oficial do Município de Porto Alegre. Porto Alegre, RS, 16 Set. 2021. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2021/1281/12810/lei-ordinaria-n-12810-2021-preve-a-instituicao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-boards-nos-contratos-administrativos-celebrados-pelo-municipio-de-porto-alegre>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

RANZOLIN, Ricardo. A Eficácia dos *Dispute Boards* no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 52/2017, p. 197-219, jan./mar. 2017.

RESENDE, Daniel Freitas. **A Legalização do Dispute Boards no Brasil**: O que é o comitê de resolução de disputas, suas características e seu avanço na legislação brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 46.245, de 19 de Fevereiro de 2018**. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 20 Fev. 2018. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-46245-2018-rio-de-janeiro-excepcionaliza-a-aplicacao-do-decreto-n-46-245-de-19-de-fevereiro-de-2018-na-hipotese-que-especifica>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Lei nº 15.812, de 15 de Março de 2022**. Prevê a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, 16 Mar. 2022. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15812-2022-rio-grande-do-sul-preve-a-instituicao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de>>.

disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pelo-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 11 dez. 2024.

SANTOS, Gustavo Silva Gusmão dos. **Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board):** Procedimento, prática e resultados. Londrina: Thoth, 2024.

SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute Boards: Maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 56/2018, p. 243-241, jan./mar. 2018.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a administração pública estadual e suas autarquias sejam parte. Diário Oficial do Estado de São Paulo. São Paulo, SP, 1 Ago. 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei nº 16.933, de 24 de Janeiro de 2019**. Estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria, nos serviços de competência do Estado. Diário Oficial do Estado de São Paulo. São Paulo, SP, 25 Jan. 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-16933-24.01.2019.html>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. Secretaria de Parcerias em Investimentos. Trem Intercidades Eixo Norte: Contrato de Concessão Patrocinada Nº 002/2024. Disponível em: <<https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>>. Acesso em: 10 dez. 2024.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ADI: 21309581120218260000 SP 2130958-11.2021.8.26.0000, Relator: Costabile e Solimene, Data de Julgamento: 09/02/2022, Órgão Especial, Data de Publicação: 10/02/2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP – Apelação nº 100522-88.2016.8.26.0286, Relator Desembargador Coimbra Schimidt.

SÃO PAULO (Município). **Decreto nº 60.067, de 10 de Fevereiro de 2021**. Regulamenta a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. Diário Oficial da Cidade

de São Paulo. São Paulo, SP, 11 Fev. 2021. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60067-de-10-de-fevereiro-de-2021>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei nº 16.873, de 22 de Fevereiro de 2018**. Estabelece o Programa de Parcerias Público-Privadas e Concessões do Município de São Paulo – PPP Municipal SP e dá outras providências. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. São Paulo, SP, 23 Fev. 2018. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

_____. **Lei nº 17.731, de 6 de Janeiro de 2022**. Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de concessão e de parceria público-privada, e dá providências correlatas. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. São Paulo, SP, 7 Jan. 2022. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17731-de-6-de-janeiro-de-2022/detalhe/63eb9e9014119226dfe75d43>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

SOROCABA (Município). **Lei nº 12.235, de 24 de Julho de 2020**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Direta e Indireta do Município de Sorocaba e dá outras providências. Diário Oficial do Município de Sorocaba. Sorocaba, SP, 24 Jul. 2020. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sorocaba/lei-ordinaria/2020/1224/12235/lei-ordinaria-n-12235-2020-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-administracao-direta-e-indireta-do-municipio-de-sorocaba-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 11 dez. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TONIN, Mauricio Morais. Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição. **Revista Brasileira de Arbitragem**, [s. l.], n. 59, jul./set. 2018.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 23. 151 p.

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os Dispute Boards no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s. l.], v. 10/2006, p. 165-171, jul./set 2006.

WALD, Arnold; SERRÃO, André. Aspectos Constitucionais e administrativos da Arbitragem nas concessões, **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, v. 16, jan./mar. 2008.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1. 134 p.