

COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS) E SUA APLICABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABORDAGEM DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM ALICERCE NA EFICIÊNCIA E CONSENSUALIDADE.

Adriano Aparecido Arrias de Lima¹

Orientadora: Professora Camila Pereira Linhares²

RESUMO

O presente trabalho guarda por desiderato demonstrar as vantagens da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Resolution Boards) nos contratos administrativos de longa duração e valores vultosos, mormente nas concessões públicas e parcerias público-privadas.

No decorrer da pesquisa, restará examinado o arcabouço normativo nacional que possibilita a utilização da consensualidade no direito público, consubstanciada no estudado meio adequado de resolução de conflito, especialmente pelo prisma do princípio constitucional da eficiência.

Igualmente, serão delineadas as concessões públicas e parcerias público-privadas, contratos administrativos de longa duração e valores de grande monta, nos quais a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Boards*) se mostra como peça de alfaiataria, bem como as especificidades que devem ser observadas pela Administração Pública quando da aplicação desse meio adequado de resolução de conflitos.

Ao final, serão analisadas decisões judiciais sobre a matéria ora *sub examine*, extraindo-se quais são as ponderações atingidas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Comitês de Resolução de Disputas, Administração Pública, concessões públicas e parcerias público-privadas.

INTRODUÇÃO

O conflito é inevitável e parte do convívio humano. A sociedade teme o conflito, que, se não trabalhado de maneira adequada, gera violência. Por essa razão, revela-se importante a identificação das causas desses conflitos, para assim terem seus efeitos, ao menos, mitigados.

1 Procurador do Estado desde 2008. Pós-graduado em direito material e processual do trabalho, direito administrativo e métodos adequados de solução de conflitos. Atuou como Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial, Procuradoria de Assuntos Administrativos e atualmente como Subchefe da Procuradoria de Pessoal.

2 Advogada e Professora Universitária. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Capacitada para atuar em Dispute Resolution Board – DRB Foundation. Capacitada em Negociação de Harvard – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis.

Diferente não é com a Administração Pública. Partindo-se da premissa de que é a Administração Pública a representante do interesse transindividual, com a finalidade de assegurar o bem-estar geral de toda uma sociedade, bem como que, constitucionalmente, está vinculada a uma atuação eficiente nesse escopo, a condução da *res publica* deve guardar simetria com as demandas (necessidades) dessa coletividade.

Nesse diapasão que se desvela a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, exigindo dos servidores públicos envolvidos perfil profissional diferenciado do até o momento desenhado, uma vez que a solução da crescente litigiosidade envolvendo o Poder Público já não é mais atingida ou mesmo debelada pelo Poder Judiciário, o que acaba em resultar na frustração da expectativa de todas as partes envolvidas.

Não obstante apresente-se o conflito como algo natural, deve-se antecipá-lo, evita-lo ou gerenciá-lo para que não haja sua escalada com efeitos deletérios a todos os envolvidos.

Imbuído desse raciocínio, em contratos de longa duração nos quais os problemas a serem constatados durante sua execução não tem a possibilidade de serem previamente estabelecidos, revelou-se a utilização do meio adequado de solução de conflitos denominado Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Boards*).

Sua origem remonta à década de 1960, nos Estados Unidos, durante as obras do projeto *Boundary Dam*, quando foram contratados especialistas para acompanhar e confeccionar pareceres sobre os conflitos advindos da execução do projeto.

Depois da repetição da experiência em outras execuções de obras, inclusive pelo Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), cristalizou-se o entendimento de que esta modalidade de solução adequada de conflitos gera, além de celeridade na resolução dos problemas originados do contrato, representa uma despesa muito pequena em relação ao montante global de todos os custos do projeto, exurgindo daí um viés preventivo tendo por finalidade primordial a continuidade da relação contratual com a entrega de seu objeto no menor lapso temporal possível.

Desse modo, sua utilização pela Administração Pública nos contratos de longa duração, principalmente nas concessões públicas e parcerias público-privadas, atenderia aos anseios sociais com brevidade e menores despesas públicas ou mesmo prejuízos aos usuários, atendendo em sua plenitude ao *princípio constitucional da eficiência*.

Essa a finalidade da presente pesquisa: demonstrar a possibilidade jurídica e a viabilidade material da utilização desse meio adequado de solução de conflitos pela Administração Pública, com ganhos efetivos para toda a sociedade.

I. COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS)

1.1. Breve esboço sobre os meios adequados de resolução de conflitos

Da maneira como já registrado, é de suma importância a identificação das causas do conflito, no escopo de mitigarem-se ou excluam-se seus efeitos deletérios, que se consubstanciam em uma escalada para a violência.

Para tanto, necessário que se identifiquem as dimensões do conflito. *Posição* é o que uma das partes insertas no conflito demanda. As posições, ordinariamente, são antagônicas, configurando uma relação “ganha-perde”. *Interesse* é o que em efetivo a parte inserida no conflito busca. Já *necessidade* é o que a parte precisa para ter seu interesse atendido.

Nesse contexto, tem-se por plausível que múltiplas soluções se apresentem para a resolução do conflito. A *solução adequada de disputas*, assim, afigura-se na escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, dentre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa.

Apresentam-se como os principais métodos adequados de solução de conflitos: (i) *negociação*; (ii) *mediação*; (iii) *conciliação*; (iv) *arbitragem*; e (v) *processo judicial*.

Esses métodos caminham de um espectro menor de intervenção (autocompositivos - consensuais) para um maior (heterocompositivos - contencioso), sendo que nos dois últimos essa intervenção é concretizada por terceiros alheios ao conflito que tomam a decisão substituindo as partes, impondo-a aos conflitantes.

Nos métodos autocompositivos o poder de solução do conflito pertence diretamente às partes contendentes, razão pela qual a construção da solução e o resultado atingido guarda maior equilíbrio. Se efetivada a autocomposição, o corolário será uma relação “ganha-ganha”. Do contrário, inexistente acordo, por se qualificar como método voluntário.

Ao seu turno, nos métodos heterocompositivos, o poder de solução é conferido a terceiro não integrante do quadro conflituoso. Por esse motivo, a perspectiva é de uma relação “ganha-perde”.

De maneira sintética, *negociação* é um método direto, autocompositivo e consensual. Direto pois as partes atuam sem a intervenção de terceiros. Autocompositivo pois são elas que buscam a solução, não lhes sendo esta imposta por ninguém. Consensual pois é fruto da vontade conjugada de ambas as partes.

Mediação, ao seu turno, é método autocompositivo, consensual e indireto, pois há nele a figura de um terceiro imparcial que tem a missão de auxiliar as partes contendentes na busca pela resolução do conflito. O terceiro, denominado de mediador, não tem conexão com o acordo, pois não tem a atribuição de apresentar às partes a solução da contenda. O foco da mediação é o diálogo, atuando o mediador pela melhora da comunicação entre as partes.

Tem a mediação seu foco na resolução do conflito para o futuro, sendo, por esta razão, indicada para relações que tenham duração continuada no tempo.

Também se afigura a *conciliação* em método autocompositivo, consensual e indireto. Todavia, o terceiro (neutro) atuante na conciliação tem como atividade auxiliar as partes conflitantes em encontrar uma solução à contenda, podendo, inclusive, apresentar sugestões para essa finalidade.

Distintamente da mediação, a conciliação tem seu foco na realização do acordo, interferindo nesse mister de forma direta e objetiva.

Todos os métodos até o momento indigitados têm por corolário, se atingido o acordo, gerar título executivo extrajudicial.

A *arbitragem* consubstancia-se em um método heterocompositivo e consensual, no qual há um

terceiro investido com poderes de julgador para tomar a decisão resolutive do conflito que as partes não conseguiram *per se*. As partes apresentam ao julgador seus argumentos para que este apresente a solução. As decisões arbitrais têm força de decisão judicial (título executivo judicial), não estando sujeitas à recurso (Lei Federal n. 9.307/1996). O foco é a elaboração de uma decisão que será imposta às partes.

O processo judicial é meio heterocompositivo e não voluntário, exercido mediante atividade jurisdicional estatal.

Vários podem ser os métodos adequados de solução de conflitos, advindos de outras matrizes ou mesmo da junção dos aqui dispostos, sendo que, para fins do objeto do presente estudo, foram apresentados os principais, não se tendo por intenção o esgotamento da matéria.

1.2. Comitê de Resolução de Disputas e suas espécies

Nas palavras de ARNOLDO WALD (2011) “*os dispute boards (DB) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards –DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes*”.

Da conceituação colacionada, percebe-se que o ponto de distinção entre as modalidades de *Dispute Boards* é o grau de vinculação de suas conclusões, que podem ser consideradas vinculantes (*binding*), não vinculantes (*non-binding*) ou, também, apresentar os dois efeitos.

No *Dispute Review Board*, as opiniões ou orientações expedidas pelo Comitê têm feição de mera recomendação, que poderão espontaneamente ser cumpridas pelos contratantes. Quando isso ocorre, tem-se que a qualidade técnica da recomendação e a consistência dos argumentos foi bastante para persuasão das partes, que executam voluntariamente a solução proposta.

Na hipótese de silêncio dos contratantes e transcorrido o prazo estabelecido na recomendação, desta exsurte efeito vinculante e obrigatório. Se uma das partes com ela não concordar, poderá manifestar sua rejeição acompanhada dos fundamentos de discordância, obstando a produção de qualquer efeito. Nesse específico caso, a matéria deverá ser solucionada por outro método previsto no instrumento contratual ou, na sua omissão, pelo Poder Judiciário.

No *Dispute Adjudication Board* a decisão ostenta efeito vinculante para as partes contratantes, resguardado o direito de estas apresentarem suas impugnações com suas razões de divergência. Todavia, referida impugnação não tem o condão de obstar os efeitos imediatos da decisão do Comitê, devendo ser cumprida até que a controvérsia seja levada à outra instância (arbitral, se houver previsão no contrato, ou judicial).

No *Combined Dispute Board* apresentam-se as características das modalidades anteriores. Para que a decisão tenha feição vinculante, necessário se faz que uma das partes a requeira expressamente e a outra aquiesça ou silencie, situação na qual se entenderá que tacitamente concordou com o pleito da outra parte. Também se revela possível que o próprio Comitê prolate decisões vinculantes quando o contrato assim disciplinar e em situações previstas e cogitadas no Regulamento eleito pelas partes.

Os Comitês de Resolução de Disputas apresentam como vantagem sobre a arbitragem ou conflitos judiciais o fato de inexistir vencedor, uma vez que sua função é fundamentalmente preventiva, sempre guardando o intento primordial de continuidade da relação contratual.

O *Dispute Board* nasce juntamente com o contrato, em que – em regra – três experientes profissionais são nomeados para acompanhar o projeto contratado, sendo-lhes participadas, desde o início, todas as informações relevantes pertinentes à sua execução, para que tenham condições de, ao decidir ou expedir recomendações, resguardarem a manutenção do bom relacionamento entre as partes durante a execução contratual, bem como seu equilíbrio econômico-financeiro.

Não obstante a regra seja que os Comitês de Resolução de Conflitos sejam previstos no contrato desde sua confecção (*full term Dispute Boards*), também podem ser instituídos durante a execução da relação contratual (*ad hoc*) para opinar sobre questões específicas. Entretanto, perdem sua característica preventiva e, por consequência, não terão a mesma celeridade na resolução do conflito.

Retornando, em observância à regra da previsão contratual originária dos comitês, os conflitos são resolvidos na medida em que vão surgindo, o que tem por efeito diminuir o desgaste entre as partes que pode resultar em paralisação de sua execução ou mesmo rescisão do contrato, o que desaguardaria em grande prejuízo para todos os envolvidos, sejam as partes, sejam seus colaboradores.

Isso porque a tomada de medidas mais drásticas pelas partes, no intento de conter prejuízos enquanto não resolvidos os impasses da execução contratual, como, v.g., a judicialização da contenda, se tornam menos relevantes para esse mister.

Além disso, pelo conhecimento técnico, experiência e conhecimento sobre o projeto que têm em tempo real os integrantes do Comitê de Resolução, bem como a confiança depositada pelos contratantes que, direta ou indiretamente, os elegeram, ostenta o *Dispute Board* alta chance de êxito na resolução dos conflitos ou discordâncias que lhes forem apresentadas.

Apresentam-se igualmente como vantagens da utilização do Comitê de Resolução de Conflitos: (i) recomendações não vinculantes frequentemente auxiliam na resolução da disputa quando as partes têm respeito pela posição e competência dos membros; (ii) tradições culturais podem influenciar na adoção de recomendações, como, por exemplo, na China, onde a tradição de conciliação leva as partes a muitas vezes adotarem recomendações para evitar novos conflitos; (iii) caracteriza-se como processo não ameaçador; (iv) têm uma maior simplicidade procedimental, sendo suas audiências mais simples; (v) os custos tendem a ser menores do que em processos judiciais ou arbitrais; (vi) partes já experientes são muitas vezes capazes de resolver suas questões apenas com base numa recomendação; (vii) exemplificativamente, nos EUA, as recomendações não vinculantes costumam ser aceitas, pois nenhum dos lados usualmente deseja prosseguir a disputa por vias arbitrais ou judiciais.

A vantagem pertinente ao custo do *Dispute Board* tem relação direta com sua taxa de sucesso. Seu custo se estabelece entre 0,05% e 0,25% do custo final do projeto, projeção esta relacionada ao quantitativo de disputas submetidas à apreciação do comitê. Em razão disso, há estudos que indicam sua adoção para empreendimentos com orçamento igual ou superior a US\$ 50 milhões, em razão do custo da contratação e manutenção de especialistas ao longo de toda a execução contratual mostrar-se mais significativa em projetos com orçamentos menores (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

No que concerne à taxa de sucesso desse método, a *Dispute Resolution Board Foundation* possui 2.813 casos catalogados, datados de 1975 a 2017, cujo valor das obras somadas perfazem aproximadamente US\$ 277.547.000.000,00, com percentual de sucesso dos litígios, aferido pela não recorribilidade às vias externas, de mais de 90%³.

Segundo dados do *Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, esses índices são ainda mais altos:

A eficiência do dispute board, tanto em termos de obter soluções quanto na celeridade do processo, tem sido manifestamente comprovada. Dados da Dispute Resolution Board Foundation indicam que 99% dos conflitos que usam dispute boards são encerrados em menos de 90 dias, e que 98% das disputas são resolvidas pelo mecanismo.

Além de ser sua eficácia, os dispute boards constituem também um importante elemento de transparência, que garante a execução adequada dos contratos e o bom andamento dos projetos. Dessa forma, o mecanismo acaba contribuindo para a reputação das partes envolvidas no meio corporativo, conferindo-lhes vantagens intangíveis no mercado.⁴

Em concordância com GOMA (2016), organizador do Manual de Mediação do CNJ, a eleição do método mais adequado de solução de controvérsias deve levar em consideração diversos fatores, tais como “*custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade*”.

Precisamente por essas qualidades que se consubstancia Comitê de Resolução de Disputas como boa opção para os contratos administrativos de longa duração como as concessões públicas e parcerias público-privadas, pois evitaria que qualquer impasse na execução contratual afeta-se os interesses públicos envolvidos, mormente os da coletividade pelos contratos e serviços impactada.

1.3. Arcabouço normativo nacional

A origem legislativa sobre a adoção dos *Dispute Boards* na administração pública teve princípio na imprescindibilidade de captação de recursos internacionais para grandes projetos. Desde 1995, tanto o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) colocam como condição para financiamento de grandes obras a instituição dos Comitês de Resolução de Disputas.

Exatamente por essa razão que a Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei de Licitações) previu em seu art. 42, §5º, que fosse possível a adoção do Comitê de Resolução de Disputas se condicionado pelo órgão interna-

³ Disponível em: <http://www.drb.org/publications-data/drb-database/>. Acesso em 23/jul/2021.

⁴ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/disputeboards/>. Acesso em 23/jul/2021.

⁵ 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, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

cional financiador. Logo após, a Lei Federal n. 8.987/1995 (Lei das Concessões), em seu art. 23-A⁶, também passou a permitir a adoção de meios alternativos para solução de disputas, o que inclui o instituto do *Dispute Board*.

De igual maneira, a Lei Federal n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), no seu art. 11, inc. III⁷, igualmente possibilitou a utilização de métodos alternativos para solução de conflitos, portanto, autorizando também o emprego dos comitês de resolução de disputas em contratos dessa natureza.

Nesse mesmo diapasão a Lei Federal n. 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), com previsão em seu art. 44-A⁸, permitiu que meios alternativos de solução de conflitos fossem empregados nas contratações públicas feitas sob essa modalidade.

Apesar de não restar expressamente mencionado nas legislações acima indigitadas, em razão de ser considerado o comitê de resolução de disputas como mecanismo privado de resolução de conflitos, estende-se estes permissivos legais para sua instituição nos contratos de concessões públicas, parcerias público-privadas e contratações realizadas sob o regime diferenciado de contratações públicas.

Entretanto, além das normas legais alhures minudenciadas, a novel Lei de Licitações (Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021), que se encontram em vigência concorrente com as normas anteriores pelo período de dois anos de sua promulgação, tem expressa previsão da utilização do Comitê de Resolução de Disputas para os contratos por ela albergados (art. 151⁹), com a condicionante de que a matéria objeto do impasse diga respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Contudo, não se trata do primeiro diploma legislativo nacional a trazer a expressa previsão do *Dispute Boards* envolvendo a Administração Pública. Tal título é atribuído à Lei Municipal nº 16.873/2018, do Município de São Paulo, regulamentou “*a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo*”.

Ademais de todo o disposto, a conjugação dos dispositivos do Código de Processo Civil (art. 3º¹⁰, §§

6 Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

7 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:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ;

II – (VETADO)

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.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

8 Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

9 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. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

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

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

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

2º e 3º; e art. 174¹¹, da Lei Federal n. 13.105/2015), da Lei de Mediação (art. 32¹² da Lei Federal n. 13.140/2015) e da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB (art. 26¹³ do Decreto-Lei Federal n. 4.657/1942) possibilita à Administração Pública a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Em conclusão, infere-se que o ordenamento jurídico pátrio possibilita a utilização dos Comitês de Resolução de Conflitos em contratos que envolvam a Administração Pública.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONSENSUALIDADE E EFICIÊNCIA

2.1. Princípio constitucional da eficiência e Administração Pública

Com a Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, restou inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal a *eficiência* como princípio norteador da atuação da Administração Pública.

Segundo a lição de **Diógenes Gasparini**¹⁴, referido princípio:

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe a Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. [...] O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. [...] As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e

11 Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

12 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

13 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

14 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76/77.

de dinheiro públicos [...] Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns casos, possam existir. [...] É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas.
(destaques como no original).

Assim, infere-se que exsurgem do princípio da eficiência dois grandes valores: (i) a perspectiva de modernização da Administração, gerando modelos de gestão mais focados em metas e resultados; e (ii) a otimização dos recursos da estrutura administrativa, sejam financeiros ou humanos, para que seja possível aferir a atuação dos agentes públicos quanto aos resultados obtidos, tudo isso no único desiderato de encontrar a forma mais eficiente de cumprir a lei, elegendo, nas possíveis respostas/atuações administrativas, aquela que melhor equacione a necessidade enfrentada para atender ao interesse público na hipótese enfrentada.

Resta possível afirmar, desta feita, que “*as escolhas administrativas somente são legítimas se forem eficazes, proporcionais, motivadas, transparentes, imparciais e respeitadoras da participação social. O conceito de discricionariedade administrativa, então, atinge outro patamar, relacionando-se à competência administrativa*” (BARRETO, 2018).

Pelas elencadas razões, a utilização dos meios adequados de solução de conflito ao revés da via judicial garante verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, que, ao mesmo tempo, alberga e suplanta a ideia de simples acesso ao judiciário, revelando-se a via mais eficiente para a resolução dos conflitos, seja pela celeridade ou mesmo a maior legitimidade da solução construída, que, ao fim e ao cabo, geram maior eficiência econômica e um menor custo social total (OLIVEIRA e CASTANHEIRO, 2020).

Para que isso ocorra, necessária se perfaz a avaliação do caso concreto, no desiderato de proceder à sua identificação como pertinente à resolução consensual de conflitos pela Administração Pública.

Nesse mister, deve-se proceder a uma análise de risco.

Segundo **Luciana Moessa de Souza** (*apud* FAGÚNDEZ e GOULART, 2016), deve-se passar a um exame amplo dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelo interessado (cidadão, empresa ou entidade) quando do questionamento de determinado ato administrativo ou direito.

Dessa análise, desvelam-se três oportunidades de atuação administrativa: (i) se lhe assistir razão, mesmo que parcialmente, a medida mais econômica, em razão do princípio da legalidade, é atender ao pleito, com o reconhecimento total ou parcial; (ii) não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa será denegar-lhe o pedido administrativo ou contestar a ação ajuizada, protegendo-se o interesse público, primário e secundário; (iii) quando se verificar que existe algum grau de probabilidade de que o interessado tenha razão, mas não exista certeza fática e/ou jurídica, aí reside espaço para a utilização da resolução consensual de conflitos.

Desta maneira, com a profissionalização da gestão pública via maximização de resultados, instauração de eficiência, eficácia e efetividade, minimiza-se conflitos e amplia-se o impacto positivo do setor público na economia (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

Exatamente por estes motivos que se revelam os meios adequados de solução de conflitos

como instrumentos que atendem e prestam homenagem ao princípio da eficiência, orientador-mor da atuação da Administração Pública.

2.2. Consensualidade no direito administrativo

Por conta dos valores estabelecidos pelo princípio da eficiência, que evidenciam o desenvolvimento de um novo paradigma da Administração Pública, mais gerencial e de otimização dos recursos disponíveis, a consensualidade desponta como um viés necessário à atuação administrativa.

A consensualidade pode ser assimilada de duas maneiras: (i) uma mais ampla, segundo a qual está inserida no conceito toda e qualquer forma de participação na Administração Pública; (ii) uma mais específica, que compreende os acordos de vontade dos quais participa a Administração Pública, pertinente ao presente ensaio.

Assim, é o instituto sob análise apresentado no “*contexto da implementação de mecanismos privados pela Administração com o fim de satisfação do interesse público*” (BARRETO, 2018).

Adilson Abreu Dallari¹⁵ qualifica a consensualidade como técnica de gestão administrativa, que tem o condão de originar a criação de acordos e soluções amigáveis sem que se fale em malferimento ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Isso porque, como alhures minudenciado, o emprego de técnicas negociadas se dá no único desiderato de atender ao interesse público, tornando-se o processo de construção da decisão administrativa como a consonância dos interesses envolvidos para a concretização do princípio da eficiência, haja vista que a solução acordada se caracterizará como a mais adequada ao caso concreto, conferindo maior legitimidade e satisfação social à solução construída.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶:

As consensualidades tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Evitar o conflito ou gerenciá-lo de forma eficiente é um modo de atender ao interesse público, revelando-se a consensualidade como instrumento adequado que satisfaz aos valores constitucionais dirigidos à Administração Pública.

III. COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE RESOLUTION BOARDS) E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Conflitos que podem ser processados pelo comitê

Os Comitês de Resolução de Disputas, desde sua gênese, foram pensados e formatados para o

15 DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005. Apud BARRETO, 2018.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Apud OLIVEIRA e CASTANHEIRO (2020).

atendimento de conflitos que viessem a despontar na execução de contratos de engenharia de longa duração.

Transmutando essa realidade para as necessidades da Administração Pública, estes não precisam ficar restritos aos contratos de engenharia, uma vez que esse pode ser apenas um dos aspectos dos contratos de longa duração utilizados para o atingimento do interesse público.

A Administração Pública faz uso de instrumentos que protraem seus efeitos no tempo, por vários e vários anos, até décadas, nos quais se revela adequado e em atendimento ao princípio da eficiência que sejam pactuados Comitês de Resolução de Disputas para o acompanhamento da execução contratual e análise e solução dos conflitos que dessa execução se originarem.

É o que, an passant, se analisará adiante.

3.1.1. Concessões públicas e parcerias público-privadas

Consoante a doutrina de CARVALHO FILHO (2018), a ideia de concessão tem o sentido de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outra pessoa as faculdades a esta relativas. Procedendo-se as conformações necessárias, este o sentido das concessões públicas, sendo o Estado titular dos bens e o destinatário das faculdades o particular.

Ainda segundo o entendimento do doutrinador sob estudo, os contratos de concessão são catalogados em dois grupos, em acordo à finalidade a que se destinam. As *concessões de serviços públicos*, que tem por objeto a delegação da execução de serviço público a particular, exercendo este último a atividade pública. As *concessões de uso de bem público* guardam por escopo a utilização por particular de bem público, que, dependendo da destinação do uso deste, podem exercer atividades de natureza pública ou privada.

Ademais disso, as concessões também são classificadas em *comuns* e *especiais*.

As *concessões comuns* são aquelas reguladas pela Lei Federal n. 8.987/1995, que tem por objeto a prestação de serviço público delegado, o que ocorre em duas modalidades: (i) *concessão de serviços públicos simples*, na qual há apenas a concessão do serviço público; e (ii) *concessão de serviço público precedida de execução de obra pública*, onde se tem por objeto tanto a execução de obra quanto a prestação de serviço público. Em ambas as modalidades o concessionário não recebe qualquer contrapartida pecuniária do ente público concedente, tendo seus recursos origem no pagamento de tarifas pelo usuário do serviço público.

Ao seu turno, as *concessões especiais* são normatizadas pela Lei Federal n. 11.079/2004, que, por mais que também regulem delegações de serviços e obras públicas, estão sujeitas à regime jurídico específico denominado de *parcerias público-privadas*. Neste regime o concessionário recebe contrapartida pecuniária por parte do poder concedente, classificando-se em: (i) *concessões patrocinadas*, onde a contrapartida do concedente representa um adicional à tarifa cobrada dos usuários; e (ii) *concessões administrativas*, nas quais a própria Administração Pública é a usuária direta ou indireta da prestação do serviço, da obra ou do fornecimento.

Sejam as concessões da natureza que o forem, ordinariamente tais contratos tratam de vultosas quantias de recursos em uma razoável duração de tempo, e, por tratarem, em sua grande maioria de servi-

ços públicos, denota-se mais eficiente a instituição de um Comitê de Resolução de Conflitos para a resolução mais célere dos conflitos que certamente advirão da execução contratual, para que assim o interesse público reste atendido sem a paralisação da obra ou serviço públicos necessários à sociedade.

3.2. Detalhes pertinentes ao processamento do comitê (escolha de membros, forma de atuação, confidencialidade x publicidade)

Para a constituição dos comitês deve-se levar em consideração as habilidades interpessoais dos membros a serem escolhidos, vez que é importante que tenham uma comunicação fluída com as partes contratantes. Também deve ser levada em consideração a *independência* dos membros, aferida pela ausência de relação objetiva com as partes (parentesco, existência de negócios, etc.), bem como a *imparcialidade* que é analisada como uma questão subjetiva, já que não deve o membro do comitê tomar partido de algum dos contratantes.

Essas informações, qualificadas pelos próprios membros escolhidos do comitê como importantes, são levadas para as partes, fazendo menção às relações pretéritas, presentes ou futuras que possam ter com os contratantes.

Para a escolha dos membros do comitê é avaliado, também, o conhecimento e a qualificação técnica dos membros, que leva em consideração a experiência na área de conhecimento e o currículo do membro.

Importante destacar que o membro deve ter disponibilidade para acompanhamento da execução do contrato, vez que, se estiver em vários projetos, não conseguirá dar celeridade à resolução dos problemas que aparecerem, não atendendo aos próprios requisitos da ferramenta. *Confidencialidade* também é fator a ser observado, pois os membros acabam por ter conhecimento de situações que, por questão de ética, não devem ser exteriorizadas do contrato e seus contratantes.

A questão da confidencialidade nos comitês que envolvam a Administração Pública será abordada adiante.

Prosseguindo, a busca pelos membros pode se dar em câmaras e filiações profissionais (ex., FIDIC e CREA), que possuem os currículos de profissionais sérios para indicação nessas hipóteses, indicação esta que somente ocorrerá mediante prova ou análise prévia.

Quanto à forma de seleção dos membros propriamente dita, esta pode se dar conjuntamente entre as partes no que é pertinente a indicação de todos os membros; podem as partes acordar quanto à dois membros, que elegerão o terceiro; por lista de três nomes ou mais apresentados por ambas as partes, sendo eleitos os coincidentes entre as listas; ou mesmo as partes acordando sobre o nome do membro presidente, escolhendo ele os demais membros (*top down*).

A composição usual é a formação do Comitê por três especialistas independentes, preferencialmente com formações acadêmicas distintas, o que permitirá mesclar conhecimentos técnicos diversos (v.g. jurídico, engenharia, economia).

Em razão de ter seu nascedouro na seara privada, i. é, no princípio da autonomia da vontade, os Comitês de Resolução de Disputas dispõem de múltiplos modelos e modalidades previstos por diversas instituições (*Dispute Resolution Board Foundation - DRB, International Chamber of Commerce - ICC,*

The Chartered Institute of Arbitrators - CI Arb, World Bank e Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils - FIDIC (MACHADO, 2019).

Assim, é natural que as partes contratantes adotem algum dos modelos de *dispute boards* elaborados pelas instituições acima mencionadas, vez que tal agir propicia benefícios, como a utilização de um instrumento com regramento já experimentado; e a aplicação do regramento já existente como norma subsidiária do contrato, integrando possíveis lacunas existentes no funcionamento do comitê, evitando-se, desta maneira, que agentes externos sejam convocados para a solução de tais conflitos, gerando desnecessária detença à execução contratual.

A atuação do Comitê de Resolução de Disputas se dá por meio de exame de documentos, relatórios e elementos técnicos e jurídicos, juntamente com visitas periódicas ao local de execução do contrato, que se fazem também mediante reuniões entre seus membros e com as partes contratantes e/ou seus representantes.

Quanto à *confidencialidade*, tanto quanto na arbitragem que envolva à Administração Pública (OLIVEIRA, 2017), esta é mitigada ante ao princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

No que concerne à arbitragem, a Lei Federal n. 13.129/2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º à Lei de Arbitragem, submeteu expressamente o processo arbitral envolvendo a Administração Pública ao respeito do princípio da publicidade. Referida inovação legislativa consolidou os entendimentos de que a arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade, já que a falta de confidencialidade não descaracteriza o instituto.

Igual raciocínio deve ser aplicado aos Comitês de Resolução de Disputas que envolvam a Administração Pública, uma vez que esse método consensual de resolução de conflitos trata-se de equacionamento em tempo real de imbróglis advindos da execução contratual.

Destaca-se, também, que a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011) rechaça qualquer dúvida sobre a imperatividade do dever de transparência em contratos nos quais integre a Administração Pública. Ademais disso, o dever de publicidade confere maior responsabilidade aos membros do comitê, vez que eles se encontram investidos de um poder de decisão que repercute socialmente para além dos limites contratuais, ainda que apreciem questões meramente patrimoniais.

Assim, como nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, a transparência no processamento do Comitê de Resolução de Disputas não se trata de medida para engessá-lo ou burocratizá-lo, mas sim de revesti-los com recursos que tragam maior transparência e responsividade (*accountability*) a todos os envolvidos (OLIVEIRA, 2017).

Não se pode desconsiderar que a ausência de transparência pode gerar o efeito contrário do esperado com a utilização dos comitês: uma maior demora na resolução do conflito em razão de intervenção judicial inaugurada pelo Ministério Público ou qualquer outro interessado, com alicerce no malferimento desse princípio constitucional norteador da atividade administrativa.

Isso em razão de que o acesso aos dados e informações dos contratos públicos franqueia a participação e controle social sobre a Administração Pública (art. 37, § 3º, inc. II, da CF/1988). Ademais disso, os instrumentos normativos que tratam dos contratos dos quais participem à Administração Pública já preveem expressamente o dever de publicidade na execução desses instrumentos (art. 4º, inc. V, da Lei das Parcerias Público-Privadas - Lei Federal n. 11.079/ 2004; art. 22 da Lei de Concessões de Serviços Públicos - Lei Federal n. 8.987/1995).

Necessário consignar, todavia, que a publicidade, embora regra geral, não é absoluta. Isso porque será o regime jurídico aplicável às informações submetidas ao comitê que regram a incidência da publicidade ou não à hipótese (OLIVEIRA, 2017).

Referido regime jurídico encontra previsão na Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011), que estabelece a publicidade como princípio geral, aplicando-se apenas excepcionalmente o sigilo. Outro valor estabelecido por esta norma é a transparência ativa, que nada mais é que a divulgação de informações de interesse público independentemente de qualquer solicitação.

Quanto ao sigilo, a indigitada lei o atribui às informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, hipóteses de sigilo estabelecidos por outras normas (v.g. processos judiciais) e informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem (arts. 22, 23, 30 e 31 da Lei de Acesso à Informação; e art. 5º, incs. X e XXXIII, da CF/1988).

Em conclusão, observa-se que a confidencialidade pode ser aplicada aos Comitês de Resolução de Disputas dos quais participe a Administração Pública. Todavia, somente o será em regime excepcional, atendendo aos ditames da Lei de Acesso à Informação e da Constituição Federal.

Assim, a regra geral de publicidade nos *dispute boards* nos quais participem qualquer ente público, quando incidente, em nada altera a essência desse mecanismo de solução adequada de conflitos, vez que ainda se constatarão os benefícios trazidos por este instrumento.

IV. DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Em razão da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas em solo nacional, o Poder Judiciário já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o instituto ora *sub examine*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) apreciou judicialização¹⁷ pertinente à utilização do

17 ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo nº 4107521301. Linha 4 - Amarela do Metrô. Execução da obra civil, obra bruta e acabamentos para conclusão da fase 2. VCA Vila Sônia. Serviços de retirada e disposição de solo contaminado. Decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD). Revisão. – 1. CRD. Decisão. O item 20.2 do Edital prevê o envio dos litígios a um Conselho de Resolução de Disputas, composto por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas assegura que “a decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for notificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial”. As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que permeiam o contrato administrativo nº 4107521301; a concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos na lei (CPC, art. 300, ‘caput’), sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do ‘dispute board’. – 2. Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, ‘caput’), a revogação é medida de rigor. – Tutela de urgência deferida. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2096127-39.2018.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

Dispute Board em situação envolvendo a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) como contratante e o Consórcio Via Amarela como contratado, quanto à obra da Linha 4 – Amarela, financiada por recursos do Banco Mundial (MARTINS, GOMES e MEDICI, 2020).

Nessa oportunidade, o TJSP reconheceu que o Poder Judiciário deve interferir de forma moderada sobre as decisões do *Dispute Board*, o fazendo apenas em hipóteses excepcionais. É o que restou consignado no acórdão lavrado, como se infere do excerto abaixo transcrito:

As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que norteiam o contrato administrativo nº 4107521301. A concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos pela lei, isto é, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo (CPC, art. 300, ‘caput’), apreciados pelo juiz de acordo com seu livre convencimento.

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

Consta-se do caso emoldurado que o Poder Judiciário paulista foi deferente ao Comitê de Resolução de disputas, cassando a tutela antecipada concedida pela instância de piso para suspender os efeitos vinculantes do parecer emitido.

Entretanto, MARTINS, GOMES e MEDICI (2020) colacionam situação na qual não houve similar tratamento. Citam o caso do Trecho Norte do Rodoanel, que culminou com a prisão do ex-Presidente da Dersa em 2018:

Segundo narrado, o cerne da questão teve como causa a retirada de maticões, que, segundo as construtoras, não fazia parte do escopo inicial do contrato. Diante do pleito apresentado e das recomendações técnicas emitidas, sinalizando que o pedido das construtoras poderia ser procedente, foram pagos preços provisórios que, caso o pleito fosse considerado improcedente, deveriam ser devolvidos ao dono da obra.

Ato contínuo, a Dersa contratou o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT) para a análise do pleito, que o considerou improcedente, autorizando o estorno do preço provisório pago às construtoras à Dersa. No entanto, uma das construtoras, inconformada com o laudo do IPT, avocou a “Junta de Conflito” (nome dado ao *Dispute Board* no caso), conforme determinava as regras do contrato, já que a obra era financiada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). A Junta de Conflito, por sua vez, concluiu que o pleito era procedente e que o preço pago não deveria ser devolvido.

Ressalva-se que, em posterior ação proposta pelo Ministério Público Federal, que analisou o caso em questão, esse considerou que os gestores da Dersa agiram em desacordo com as disposições contratuais aplicáveis, concedendo às construtoras aditivos indevidos, desacreditando o trabalho realizado pelo *Dispute Board*. Conforme Reis e Monteiro:

O caso gerou polêmica principalmente pela vulnerabilidade das recomendações proferidas por conselhos e comitês técnicos diante de instituições públicas como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU) e a Polícia Federal (PF). O mecanismo *Dispute Board*, ou Junta de Conflito, teve seus trabalhos classificados pelo Delegado Federal do caso como

“infinitamente inferior ao valor probatório que deve ser dado a trabalhos dos peritos e técnicos oficiais do TCU, da CGU e da Polícia Federal”. (REIS; MONTEIRO apud FERNANDES, 2019)

Nesse mesmo sentido é a reflexão de Mário Engler Pinto Júnior sobre o caso:

A segunda reflexão tem a ver com o repúdio aos mecanismos alternativos de solução de disputas. A denúncia não considera que a deliberação da diretoria colegiada da Dersa, que aprovou a celebração aditivos, recebeu o respaldo da Junta de Conflitos, cuja estrutura e funcionamento estavam detalhadamente previstos em contrato. A decisão da Junta era juridicamente vinculante para as partes e somente poderia ser desafiada com a instauração de procedimento arbitragem

(...)

O precedente envolvendo a Dersa agrava a percepção de risco do gestor público e os seus dilemas. Nesses casos, a conduta mais racional seria simplesmente não decidir, ainda que isso implique a paralisação da obra pública, até que o decurso inexorável do tempo imponha alguma solução. Essa alternativa certamente protege a pessoa física do gestor público, mas pode se tornar desastrosa para os interesses da população como um todo.

A prevalecer a linha de raciocínio, o próximo passo será responsabilizar penalmente o gestor por cumprir a decisão arbitral, cujos órgãos de controle consideram injusta ou lesiva ao setor público. A independência das instâncias penal, administrativa e civil tem limites lógicos. (PINTO JR., 2020).

O que se percebe com os casos trazidos é que se deve ultrapassar o paradigma reinante da cultura do litígio, seja em razão de que o administrador público busca a via judicial como forma de manifestação de seu inconformismo em relação às recomendações emitidas pelo *Dispute Board* – ou mesmo para evitar qualquer responsabilidade pessoal com a possível chancela judicial, seja porque os órgãos de controle não reconhecem a autoridade técnica das manifestações dos Comitês de Resolução de Disputas.

Por fim, traz-se à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n. 1.569.422 (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016), no qual o relator reconheceu, em seu voto, a existência, validade e eficácia das cláusulas de *Dispute Board*:

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

Não obstante tratar-se de análise judicial sobre caso que versa integralmente sobre interesses privados, importante destacar que referido acórdão reveste-se de natureza emblemática, haja vista que reconhece a possibilidade de utilização do instituto do Comitê de Resolução de Disputas antes mesmo que houvesse sua expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alicerçado na promoção da eficiência administrativa, é possível à Administração Pública fa-

zer uso dos Comitês de Resolução de Disputas em seus contratos de longa duração, procedendo-se a uma mudança de paradigma, substituindo a cultura do litígio e da judicialização pelo emprego desse método adequado de composição de conflitos, que tem por finalidade precípua a resolução dos imbróglis decorrentes da execução contratual em tempo real, minimizando quaisquer prejuízos que uma paralisação das atividades decorrentes do contrato causariam.

Nesse contexto, o Comitê de Resolução de Disputas funcionaria como facilitador do cumprimento das obrigações contratuais em lapso temporal adequado, reduzindo qualquer dispêndio **à coletividade e ao interesse público** envolvidos, o que certamente atende de maneira integral aos preceitos modernos de atuação administrativa com eficiência e consensualidade, na qualidade de expressão da Administração Pública que pressupõe uma atividade mais gerencial do que burocrática.

É o que oportunizou a instituição do marco legal dos mais diversos meios de solução adequadas de conflito no Brasil, hipótese que trouxe para o ordenamento jurídico pátrio uma nova visão a respeito da solução de conflitos para a Administração Pública.

Assim, o caminho judicial abre espaço para o novo e, com isso, espera-se diminuir o número de processos no Poder Judiciário, com um novel comportamento dos entes públicos, sejam integrantes da administração direta ou indireta, alicerçado em um viés mais gerencial, com fulcro na eficiência e na otimização dos resultados.

Por essa razão, o especial regime jurídico da Administração Pública não pode se apresentar como óbice para que seus conflitos sejam resolvidos por meio de mecanismos de consenso. Em muitos casos, a autocomposição pode ser a solução mais adequada, notadamente em situações em que se constate que o conflito pode gerar a paralisação de serviços públicos ou prejuízos ao aparato estatal e a coletividade.

Para o atendimento desse mister, necessária a conjugação de esforços para se aprimorar cada vez mais as normas e estimular-se sua implementação.

Todavia, para que esse modelo tenha sucesso, se faz necessária a difusão da utilização dos meios adequados de solução de conflitos, com uma política pública que promova a necessária e esperada mudança de paradigma da cultura do litígio para a opção pela consensualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Júlia. **Consensualidade administrativa: o uso de *dispute boards* para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras**. Dissertação (Mestrado Acadêmico) – Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2018, 183 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17.

CARVALHO, Guilherme. **As medidas conciliatórias da nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-30/licitacoes-contratos-medidas-conciliatorias-lei-licitacoes?imprimir=1>. Acesso em 30/04/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2018.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; Goulart, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Aplicabilidade na Administração Pública. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Curitiba, V. 2, N. 2, p. 148 -164, Jul/Dez 2016. Disponível em: [10.26668/IndexLawJournals/2525-9679/2016.v2i2.1575](https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9679/2016.v2i2.1575). Acesso em: 24/06/2021.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. **Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil. São Paulo, 2019, 328 p.

FERRAZ, Luciano. **Os Dispute Boards no Projeto da Nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/dispute-boards-projeto-lei-licitacoes>. Acesso em 01/05/2021.

GARCIA, Flávio Amaral. **O Dispute Board e o Contrato de Concessão**. *Direito do Estado*, 26 de março de 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao. Acesso em 31/07/2021.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Matheus Oliveira. **A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC)**. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 110, n. 1, p. 12–31, 2019. DOI: 10.22477/rdj.v110i1.294. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/294>. Acesso em: 29/07/2021.

MARTINS, Juliana Bruschi; GOMES, Larissa Camerlengo Dias; MEDICI, Sergio De Oliveira. **Dispute Boards e Administração Pública**. *Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI*. Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

OLIVEIRA, Andreia Mara de; CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. **Mediação na administração pública como medida democrática**. Consultor Jurídico, São Paulo, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica>. Acesso em 24/06/2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

POZZEBON, Leonardo Marquezze; FAXINA, Mariana de La Cruz. **A chegada do dispute board na administração pública brasileira**. *Migalhas*, 06 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338582/a-chegada-do-dispute-board-na-administracao-publica-brasileira>. Acesso em 01/05/2021.

RODRIGUES, Luciana Rosa; HERZ, Renato. **Consideração sobre experiências no uso de Dispute**

Boards no Chile e no Brasil. Vértice – CMA/CREA-MG. Edição especial Junho/2017. Disponível em: <http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

TRINDADE, Bernardo Ramos; LINHARES, Camila Pereira. **A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas.** Vértice – CMA/CREA-MG. Edição especial Junho/2017. Disponível em: <http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/vertice-CMA-web.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

WALD, Arnoldo. **Dispute Resolution Boards:** evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.