

OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (CRD) E SUA UTILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL – ANÁLISE SOBRE A VIABILIDADE JURÍDICA E ADEQUAÇÃO

Carlo Fabrizio Campanile Braga¹

INTRODUÇÃO

O notório esgotamento do sistema tradicional de justiça, seja pela saturação causada em razão do excessivo número de processos, seja por sua ausência de especialização em determinados assuntos, exigiu não só reformas legislativas como também na gestão do próprio sistema de justiça. Tais reformas, à toda evidência, não se mostraram suficientes. Em paralelo a estas medidas, teve também início um movimento pela implementação de formas alternativas para a solução de conflitos, especialmente levando em conta as experiências internacionais.

Com isto foram sendo pensados novos métodos e institutos com o objetivo de servir como alternativa ao modelo tradicional de solução de conflitos, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem. Estes instrumentos tem como justificativa a possibilidade de que de modo mais célere, eficaz e menos custoso, as partes tenham acesso a produção de uma decisão que atenda a complexidade e especificidade de seu conflito, ou seja, que deles resulte uma decisão adequada.

Neste contexto é que surge a figura dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), que têm como objetivo propiciar que a resolução, e também a prevenção, de conflitos oriundos de determinadas relações contratuais seja realizada por meio de especialistas escolhidos e contratados pelas partes.

Assim, o presente estudo terá como tema a análise da viabilidade jurídica e da adequação da utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (CRDs) como mecanismo adequado de prevenção e solução de conflitos em contratos de concessão.

Destaca-se que os contratos de concessão no Brasil, especialmente em razão do que dispõe o art. 175, CF, e as leis de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), são contratos que possuem como objeto obras de engenharia e/ou serviços complexos, os quais exigem a realização de investimentos e custos elevados, bem como são de longa duração. Além disso, os contratos de concessão sempre serão considerados como contratos administrativos, na medida em que o contratante é um órgão ou entidade da Administração Pública.

Para o desenvolvimento da análise será realizado o estudo dos CRDs inseridos no contexto dos mecanismos alternativos/adequados de solução de conflitos e suas principais características. Também serão analisados os aspectos práticos e operacionais voltados a sua implementação, regulamentação e cumprimento de suas decisões. Por fim, a pesquisa buscará trazer elementos que justifiquem a possibilidade

¹ Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, Professor, Mestre em Direito Constitucional (UNISC/RS), Especialista em Direito Público (UNIJUI/RS), Especialista em RPPS (Damásio Educacional/SP), MBA em Concessões e PPPs (FESPSP/SP e LSE/ING).

jurídica e a própria adequação da previsão dos CRDs em contratos de concessão no Brasil.

A pesquisa foi realizada com a utilização do método dedutivo, mediante a revisão bibliográfica das obras doutrinárias, das leis e da jurisprudência nacional sobre o tema. Em sua maior parte, o trabalho é desenvolvido de modo analítico, com a descrição dos temas relacionados aos mecanismos alternativos de solução de conflitos, dos contratos de concessão em infraestrutura no Brasil, dos CRDs e a utilização destes mecanismos alternativos pela administração pública. Em sua parte final, entretanto, a análise assume um caráter prescritivo, na medida em que são feitas propostas para melhor estruturar os CRDs em contratos de concessão.

I. APROXIMAÇÃO SOBRE OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1. Panorama atual sobre a prestação jurisdicional

Desde o princípio é importante deixar esclarecido que as ponderações sobre o sistema judiciário são de cunho acadêmico e meramente descritivas. Não é objeto do presente estudo tecer críticas a organização ou funcionamento do Poder Judiciário, nem mesmo elaborar uma proposta normativa ou prescritiva de como ele deveria ser. Apenas se busca trazer uma mirada sobre a delicada situação do excesso de processos existente e seu reflexo para determinados setores.

Após a consolidação das ideias de Estado de Direito e do modelo de separação dos poderes, decorrentes das revoluções setecentistas (Americana e Francesa), o Poder Judiciário foi sendo forjado como o local destinado para a solução de todos os conflitos e litígios existente na sociedade.

De outra parte, e como consequência da sociedade de massa no século XX, houve a necessidade de um alargamento na ideia de acesso à justiça, bem representada pelas três ondas de acesso à justiça desenvolvidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde são analisadas as formas de assistência judiciária para os mais pobres, a representação judicial de interesses difusos e a efetividade deste acesso² como mecanismos para difusão de um acesso à justiça efetivo e com maior amplitude.

A ampliação do acesso à justiça no Brasil, especialmente considerando a universalização da jurisdição propiciada pela abertura constante do art. 5º, XXXV, CF e pela estruturação do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, gerou um quadro de crescimento exponencial dos processos judiciais. E por mais que sejam tomadas medidas de aprimoramento das instituições judiciárias, aperfeiçoamento tecnológico, mais investimentos em recursos materiais e humanos ou mesmo o crescimento da produtividade dos magistrados, não se vislumbra um decréscimo no número de ações a serem apreciadas. Como vem apontando a doutrina:

(...) com o crescimento exponencial da população e de suas demandas – incrementadas em número e complexidade em vista do fascinante aumento no trânsito de informações e da facilitação de sua divulgação –, chegou-se a um ponto no Brasil em que, apesar do esforço hercúleo dos magistrados e das Cortes de Justiça, a prestação jurisdicional de forma célere e eficaz não é possível.³

² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 31/73.

³ OSÓRIO, Maria Helena. A mediação no direito empresarial: vantagens na realidade atual. In: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade e MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (org.). A arbitragem na contemporaneidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 3.

Este é o quadro que se pode aferir pela última pesquisa anual realizada pelo CNJ (Relatório Justiça em Números) de 2020, onde apesar de todos os esforços, não foi detectada uma melhora significativa na redução do número de processos em andamento (mantendo-se a marca de 12,2 mil processos a cada grupo de 100 mil habitantes – ano-base: 2019)⁴.

Nem mesmo a criação de um sistema multiportas, com a positivação no Código de Processo Civil de 2015 dos institutos da mediação e da arbitragem, parece estar resolvendo. Até mesmo porque, neste caso, os métodos são utilizados no interior do sistema judicial. Ou seja, e ainda que se mostre extremamente válida a preocupação da nova norma processual em incorporar os métodos de conciliação, mediação e outras técnicas alternativas, isto é feito como uma solução integrada ao sistema judicial, somente após a demanda já ter sido iniciada⁵. Neste caso o Código de Processo Civil disciplina os mecanismos alternativos de resolução de disputas não como meios alternativos, e sim como meios integrados ao processo judicial⁶. Esta configuração, ainda que salutar, não se mostra apta a resolver de modo satisfatório a questão dos conflitos em contratos de concessão.

Também motivado por este excesso de processos, os quais são das mais variadas espécies e complexidades, não há como exigir o grau de especialidade necessário para a atuação em casos que demandam conhecimentos multidisciplinares. Neste quadro se inserem os contratos de infraestrutura, os quais obrigatoriamente – como se verá abaixo – exigem uma plêiade de conhecimentos que perpassam por áreas técnicas específicas de cada setor de infraestrutura (energia, rodovias, saneamento, etc.), conhecimentos econômico-financeiros, societários, ambientais e jurídicos que são específicos e ao mesmo tempo complexos.

Esta conjuntura faz do Poder Judiciário um local que dificilmente poderá dar a resposta adequada a conflitos dessa natureza. É um dado da realidade constatar que atuação cotidiana do Poder Judiciário está vinculada a questões e litígios que não envolvem contratos administrativos, muito menos está afeito às peculiaridades e complexidades relacionadas aos contratos de concessão em infraestrutura⁷.

Deste modo, analisadas estas questões de forma imbricada, se percebe que a solução judicial de conflitos no âmbito dos contratos de concessão não pode ser tida como a mais adequada, muito menos deve ser considerada como a primeira ou única forma.

1.2. Aspectos gerais sobre os métodos alternativos de solução de conflitos

Considerando o quadro acima analisado, especialmente levando em conta os fatores tempo e ausência de especialização, fica evidente a necessidade de que sejam cada vez mais utilizadas formas extrajudiciais de solução de disputas, ou formas alternativas à solução exclusivamente judicial de determinados conflitos.

4 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2020, p 99. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em 05.8.2021.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentação e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 254.

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 651.

7 RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/estruturas-para-lidar-com-situacoes-graves-de-conflito-ou-de-inadimplemento-contratual-intervencao-step-in-rights-mediacao-e-arbitragem/#_ftn42. Acesso em: 15.8.2021.

De modo preliminar é importante fazer uma distinção entre os termos conflito e litígio no contexto dos mecanismos alternativos de solução de disputas. E esta não é uma mera distinção retórica, na medida em que os conflitos são anteriores e muito mais abrangentes do que os litígios.

O conflito pode ser entendido como “um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas (...)”⁸. Além disso, o conflito não necessariamente pode ser tido como algo negativo, pois, na verdade,

O conflito em si tem caráter neutro, ou seja, é a mera sinalização de que há alguma diferença de opiniões. As pessoas é que dão a ele, segundo suas percepções, um caráter negativo ou positivo. No lugar de condenar os conflitos, deveríamos fazê-los trabalhar para nós.⁹

Os conflitos devem ser encarados como algo inerente ao relacionamento humano (empresarial, familiar, de trabalho, etc.) e que devem ser compreendidos e resolvidos de modo a solucionar a disputa do modo menos traumático e lesivo a todos os envolvidos.

O litígio, por sua vez, implica numa contraposição entre os envolvidos, uma situação em que ambos pretendem ganhar a disputa, trabalhando com uma lógica de vencedor e vencido. Não há disposição de vontade para que ambas as partes saiam vencedoras. Configura, assim, uma típica relação adversarial, em que as partes se põem em lados opostos, cada uma buscando a solução que atenda seu interesse.

Assim observado, deve-se considerar que antes que os conflitos se transformem em litígios mostra-se fundamental buscar uma solução que vise a preservação da relação existente entre as partes, resolvendo a questão-problema que gerou o conflito.

Neste ambiente é que surge a ideia de utilização dos denominados mecanismos de Resolução Adequada de Disputas (RAD), pelos quais um específico conflito poderá ser resolvido pelo mecanismo que mais se mostre adequado às características da relação, das partes e do objeto da disputa. Pode-se assim dizer que a depender da espécie de conflito se terá um ou mais modelos que sejam apropriados. Com isto se propicia a “escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa”¹⁰.

Neste ponto são destacados os mecanismos que se apresentam como alternativas ao sistema judiciário. Estes mecanismos alternativos podem ser divididos em dois grupos tendo como base o modo de composição do conflito, quais sejam: (i) autocompositivos ou (ii) heterocompositivos.

No caso dos mecanismos de caráter autocompositivo a solução da disputa é obtida com a participação direta das próprias partes envolvidas. Como define a doutrina:

A autocomposição pode ser na forma direta, quando as partes resolvem a disputa sem a intervenção de terceiros, o que ocorre na negociação, ou pela sistemática indireta, cujos processos são condu-

8 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. O que é mediação de conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 35.

9 BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. Resolução de conflitos para representantes de empresa. Brasília, DF: FUND. UNIV. DE BRASÍLIA, 2014, p. 69. Disponível em <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/enapres/biblioteca/resolucao-conflitos-representantes-empresa.pdf>. Acesso em 20.8.2021.

10 AZEVEDO, André Gomma de (org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 15.8.2021.

zidos por terceiros neutros e imparciais, que é o caso dos institutos da mediação e da conciliação.¹¹

Pondera-se que em alguns casos, a depender do método utilizado, haverá uma exigência maior ou menor da participação direta das partes. Contudo, a principal característica do modelo autocompositivo é ter na participação das partes para a formação do processo decisório, e da própria decisão, o fator predominante.

Dentre os mecanismos autocompositivos estão inseridos os métodos de solução adequada de conflitos representados pela negociação, mediação e conciliação.

A negociação, de modo geral, pode ser definida como o “processo pelo qual duas ou mais partes tentam resolver interesses opostos”¹², constituindo um dos vários mecanismos que as partes têm para deliberada e voluntariamente, mediante um processo de *dar e receber*, obter o acordo em um conflito de necessidades e interesses¹³. Assim, a negociação é um processo de troca de informações entre as partes, com a finalidade de se alcançar um acordo sem a participação ou intervenção de terceiros¹⁴.

A mediação, por sua vez, é um processo que “oferece às partes envolvidas em conflito a possibilidade de encontrar, com a ajuda de um terceiro imparcial, o melhor modo de resolvê-lo ou administrá-lo”¹⁵. De forma sintética se pode dizer que

A mediação consiste em uma negociação assistida, caracterizada pela não adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo, que envolve a intervenção solicitada e aceita de um terceiro. As decisões permanecem sob a responsabilidade dos envolvidos no conflito, ou seja, o mecanismo ocorre por meio da participação de um especialista, que estimula a comunicação e a negociação, cuja função é facilitar o entendimento entre as pessoas em litígios e ajudá-las a alcançar uma solução de benefícios e satisfação mútuos.¹⁶

Se percebe a diferença com a negociação pela introdução de um terceiro, imparcial, no processo de resolução do conflito. Este terceiro, que além de imparcial deve ter conhecimento e habilidades específicas nos métodos de solução de conflitos, tem a função de coordenar, estimular e facilitar a busca de um entendimento das partes quanto a adequada solução da disputa.

Já na modalidade de mecanismo heterocompositivo está inserida a arbitragem. De forma geral, e em síntese, a arbitragem é definida como

(...) um meio privado de solução de conflitos de interesses, pelo qual as partes acordam que um terceiro ou um colegiado terá poderes para julgar e solucionar uma lide, com força de coisa julgada, vinculando-as ao seu cumprimento.

Assim, a arbitragem tem origem contratual, pois decorre de um acordo de vontade de duas ou mais partes e o seu efeito é atribuir uma competência jurisdicional aos árbitros, para que eles julguem o

11 MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 15.

12 LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M. e BARRY, Bruce. Fundamentos de Negociação. Trad. Félix Nonnenmacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 7.

13 Idem ibidem, p. 7.

14 MAIA NETO, Francisco, op. cit., p. 22.

15 WARAT, Gisela Betina. Mediação: uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas. In WARAT, Luis Alberto (org). Em nome do acordo: a mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018, p. 99.

16 MAIA NETO, Francisco, op. cit., p. 22.

conflito entre as partes de acordo com os termos acordados contratualmente.¹⁷

A arbitragem, assim, tem como sua principal característica aceitação das partes em submeter-se a uma decisão proferida por um terceiro. Aqui a participação das partes no processo de produção da solução é reduzido, cabendo ao especialista por elas escolhido a atividade de julgar a questão conflituosa, expedindo uma decisão que terá força vinculante, de forma similar a uma sentença judicial. A diferença é que a decisão se dá no âmbito extrajudicial como uma decorrência da estipulação contratual prévia feita pelas partes.

Tradicionalmente estes são os mecanismos amplamente reconhecidos para a solução de conflitos. Contudo, e partir destas formulações, existem vários outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, e que inclusive derivam destas formas tradicionais, tais como: o *mini-trial*; a avaliação neutra; a arbitragem de ofertas mínimas; a construção de consenso e as formas de comitês de resolução de disputas¹⁸.

Considerando a proposta do presente trabalho, a seguir será analisado de modo específico a instituição e funcionamento dos CRDs.

II. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (CRDs)

2.1. Origem e conceito dos CRDs

A origem dos CRDs está intimamente ligada aos contratos de construção (obras), especialmente em razão dos problemas surgidos pelo desequilíbrio na forma de resolução de conflitos entre os contratantes e o construtor. Como detecta a doutrina, até meados do século XX as controvérsias surgidas no âmbito destes contratos eram resolvidas pelo próprio contratante, que aprovava as alterações e restituições que entendesse pertinentes, as impondo ao construtor que, em regra, não podia paralisar as obras. Para aperfeiçoar este modelo, e considerando a modificação na complexidade dos contratos de obra, foram tentados mecanismos mais sensíveis de composição dos conflitos, como o *Engineer* – profissional técnico contrato geralmente pelo dono da obra (em regra o poder público) para fiscalizar e acompanhar a execução, resolvendo os conflitos de natureza técnica¹⁹.

A insuficiência desta solução, e o questionamento da parcialidade do *Engineer*, proporcionaram uma nova busca de alternativas para a solução extrajudicial e especializada destes conflitos, incluindo neste rol de mecanismos alternativos os comitês técnicos. Em 1972 o *U.S. National Committee on Tunneling Technology* patrocinou um estudo mundial sobre as contratações de obras a fim de melhorar estas práticas nos Estados Unidos. Uma das conclusões deste estudo foi a de que os efeitos deletérios das disputas e litígios sobre a eficiência do processo de construção era a maior causa do crescimento escalonado dos custos de construção, sendo que a partir deste relatório os *dispute boards* nasceram como um conceito para evitar este problema²⁰.

17 OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.1.

18 - *Idem, ibidem*, p. 24/25.

19 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica).

20 - History of the Dispute Board process and the DRBF. Disponível em <https://www.drb.org/history>. Acesso em 15.7.2021.

Assim, conforme relatam Vaz e Picoli

Em 1975, o procedimento de DB foi utilizado experimentalmente para acompanhar a execução do grandioso projeto de construção do segundo furo do *Eisenhower Tunnel*, no estado americano do Colorado, com absoluto sucesso. A partir de então, o método veio ganhando alguma relevância, com utilização em alguns projetos, sobretudo nos Estados Unidos, sendo que sua adoção pelas partes contratantes era objeto de negociações específicas, nem sempre fáceis, pois os proprietários relutavam em abrir mão do seu tradicional poder.²¹

Para uma aproximação ao conceito dos CRDs se pode dizer que

Os *Dispute Boards*, são acordados em contratos de médio e longo prazo para resolver disputas que possam surgir na execução deste contrato. Esta é a característica que os distingue de outros métodos de resolução de disputas: os *boards* foram concebidos para atuar antes do fim do contrato, procurando evitar que as disputas prejudiquem o projeto e colaborando para que as partes mantenham um relacionamento salutar no decorrer do contrato.²²

Ao iniciar uma definição dos CRDs, e levando-os em consideração como uma técnica ou mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, RANZOLIN diz que

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 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.²³

Analisando a definição dos CRDs Portela faz a seguinte observação:

O *dispute board* é outro instrumento de solução de conflitos, com particularidades que o diferencia das demais modalidades. A Câmara Internacional de Comércio (*International Chamber of Commerce – ICC*) define de forma simples e completa o que é o *dispute board*:

são organismos independentes compostos por um ou três membros, geralmente estabelecido mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo, para ajudar as partes e evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato.

Nesta definição estão seus elementos essenciais: independência; composição por membros com conhecimento técnico, acompanhamento integral de contratos de longo prazo; e voltado essencialmente para a prevenção de litígios.²⁴

Neste ponto não pode ser esquecida a conceituação criada por Arnaldo Wald, para quem

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,

21 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá, op. cit.

22 - OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (Coord.). Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 180. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306>. Acesso em: 20.8.2021.

23 - RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

24 - PORTELA, Felipe Mêmolo. Dispute board nos contratos administrativos: análise da Lei Municipal de São Paulo 16.873 de 22 de fevereiro de 2018. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 59, out-dez/2018 (edição eletrônica).

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*, conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.²⁵

Destaca-se, ainda, que as técnicas de conciliação e mediação, especialmente esta, podem e devem ser utilizadas no âmbito dos CRDs, pois

as ferramentas utilizadas na mediação podem contribuir para a preservação das relações, proporcionando a solução consensual sobre a cultura litigante. Os conflitos muitas vezes não são possíveis de serem evitados, mas a solução adequada dos mesmos pode transformar o problema em superação. (...) Os membros do comitê de resolução de disputas, podem utilizar-se de algumas técnicas da mediação para estimular a solução do conflito, como a escuta ativa, o parafraseamento e o *brainstorming*.²⁶

Por fim, e entendendo que seja possível aprofundar a definição dos CRDs, bem como complementá-la, se pode conceituar de forma ampla, porém observando as particularidades dos CRDs, que eles são *comitês técnicos especializados, idealmente formado por no mínimo três integrantes autônomos e independentes, escolhidos pelas partes na forma e em atenção ao estabelecido no contrato (ou em outro instrumento de acordo de vontades), instalado em contratos de longo prazo e desde o início da relação contratual para acompanhamento de sua execução durante todo o ciclo de vida do contrato, atuando como um mecanismo extrajudicial célere para a prevenção e resolução de disputas com a finalidade de evitar a solução de continuidade da execução contratual mediante recomendações ou decisões vinculantes.*

2.2. Principais características dos CRDs

A partir da definição dos CRDs elaborada no item anterior, se mostra necessário analisar de modo mais detalhado os elementos que caracterizam este mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

Inicialmente deve ser observado que a autonomia da vontade se mostra como um ponto essencial para o entendimento da força dos métodos alternativos de solução de conflitos. Da mesma forma que a arbitragem, os CRDs têm uma nítida natureza de consensualidade contratual derivada deste poder de eleger o mecanismo mais apropriado para a resolução de um determinado conflito. Este mecanismo de solução, portanto, é fruto exclusivo da vontade das partes, sendo por elas convencionado no contrato por meio de uma cláusula expressa²⁷. Isto é, “trata-se de mecanismo contratual por excelência, regido pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes têm liberdade para convencionar quais serão as condições contratuais que irão pactuar”²⁸. Neste sentido se diz que

25 - WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 9-24, jul-set/2005, p. 18.

26 - TRINDADE, Bernardo Ramos e LINHARES, Camila Pereira. A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas. *Revista Vértice Crea-Minas – Edição Especial CMA/CREA-MG*, Belo Horizonte, junho/2017, p. 14-15. Disponível em: <http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf>. Acesso em: 10.7.2021.

27 - OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (Coord.). *Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 181. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306>. Acesso em: 20.8.2021.

28 - PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, jul-dez/2016, p. 151.

É na vontade das partes que se encontra a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, sendo exatamente por ter base na vontade das partes, e não em regras estatais, que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo se adaptar aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.²⁹

Por certo que esta autonomia, no caso de contratos administrativos – em que o Estado figura como parte –, vem mediada e limitada pelo princípio da legalidade. Portanto, e na medida em que a Constituição e as leis autorizam, o Estado pode (e deve) valer-se da autonomia da vontade para estabelecer contratações que prevejam métodos extrajudiciais para a prevenção e solução de seus conflitos.

Feita esta observação preliminar, tem-se que o primeiro elemento a destacar diz respeito ao número de membros para compor o CRD. Não há aqui uma obrigatoriedade quanto ao número, podendo ser formado por um ou mais membros. Contudo, as boas práticas indicam que o número deva ser sempre ímpar³⁰. Vale considerar, entretanto, que visando propiciar uma maior governança na resolução dos conflitos, especialmente nos contratos administrativos, sustenta-se que o CRD seja formado por no mínimo três integrantes, como se verá de forma detida a seguir.

O segundo elemento é a necessidade de que os CRDs sejam formados por técnicos especializados. É intrínseca à natureza dos CRDs, sendo inclusive um elemento de sua conceituação³¹, a exigência de que sejam eles integrados por profissionais técnicos que possuam experiência não só no objeto do contrato como também estejam afeitos às técnicas dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Ainda que seja factível a formação de comitês sem que os membros sejam especialistas, esta não é uma opção desejável, já que a ideia é justamente ofertar uma resposta técnica adequada ao conflito que surge em contratos cujos objetos são complexos e exigem um conhecimento específico para sua compreensão e solução.

O terceiro elemento a ser indicado diz respeito a imparcialidade dos membros do comitê. Neste momento, além de se buscar uma governança transparente, procura-se evitar que as recomendações e decisões sejam tomadas com o viés de parcialidade, procurando direcionar a solução para a parte com a qual o especialista mantém alguma espécie de vínculo. Neste particular reitera-se que a exigência de imparcialidade é um elemento conceitual e histórico dos CRDs, já que desde sua origem visavam propiciar que a solução da disputa seja construída mediante a atuação de técnicos isentos³². E mais do que isso, corresponde a uma exigência dos princípios que informam os mecanismos alternativos de solução de conflitos, qual seja, a imparcialidade. Assim, os membros a serem escolhidos e contratados pelas partes não deverão ter vínculo direto ou indireto com qualquer dos contratantes, de modo que com isto seja obtida uma solução com independência e autonomia em relação a posição das partes. Especialmente em contratos administrativos, a imparcialidade dos membros do CRD auxiliará na força impositiva e vinculante de uma decisão, assegurando ao gestor vier a dar cumprimento àquela decisão um grau de segurança mais elevado.

O quarto ponto de destaque no conceito dos CRDs é a previsão de regras específicas no con-

29 - SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 69-95, jul-dez/2019.

30 - WALD, Arnaldo. Dispute Resolution Boards: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

31 - Tanto no regulamento da Câmara de Comércio Internacional como no do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

32 - Conceituação do Dispute Board Foundation.

trato de concessão – ou então em outro instrumento escrito de acordo de vontades – que disciplinem de modo expresso e claro a utilização do CRD como mecanismo de solução de controvérsias daquele contrato. Neste momento é desejável que as regras contratuais explicitem a forma de escolha e contratação dos membros, o número de membros, a obrigatoriedade do CRD, a espécie de CRD adotado, a força vinculante de suas decisões, o objeto ou as matérias de competência do CRD, algumas regras gerais de procedimentos, além de outras questões que envolvam a particularidade da relação contratual. Em boa parte dos contratos de concessão é feita a referência aos procedimentos de uma específica instituição, no entanto tem-se que seja plenamente possível deixar a regulamentação procedimental do CRD a cargo de Regimento Interno a ser elaborado pelas partes antes do início das atividades do comitê. Neste caso mostra-se adequado prever uma minuta de Regimento Interno como anexo do contrato.

O quinto elemento é a existência de um contrato com objeto complexo e cuja duração envolva médio ou longo prazo. Estas características, em verdade, refletem a maior parte dos contratos de infraestrutura (seja de construção ou de prestação de serviços). Tais contratações, que envolvem grandes projetos e obras, e que possuem riscos elevados, exigem também complexos arranjos de financiamento, contexto este que é propício a utilização dos CRDs³³. Também a ideia de que a relação havida entre as partes vai perdurar durante um bom período de tempo, o que indica tanto a possibilidade de inúmeros conflitos, como de uma relação continuada e perene, traz a necessidade de que a prevenção e solução de conflitos tenha que ser pensada de modo a preservar esta relação no tempo.

O sexto traço característico de um CRD é o momento em que ele deve ser instalado. Em se tratando de um comitê eminentemente técnico que tem como função não só a solução de conflitos, mas também sua prevenção, mostra-se mais adequado que o CRD tenha sua previsão de instalação tão logo da assinatura do contrato – ou do início da eficácia contratual. Eventuais soluções *ad hoc*, ainda que não sejam vedadas, não se mostram a técnica mais adequada para a utilização do CRD, pois neste caso ele perderia o seu caráter de prevenção e traria um elevado custo de transação para sua implementação a cada momento.

O sétimo elemento diz respeito ao tempo de duração do CRD. Considerando que uma de suas principais funções é o acompanhamento do desenvolvimento da execução do contrato, fica inerente que sua instalação deva se dar no início desta relação e que sua duração tenha que perdurar até seu encerramento, cobrindo toda extensão do ciclo de vida do contrato.

Como oitava característica tem-se que o mecanismo do CRD deve ser célere, a fim de que não se transforme em uma espécie de arbitragem no âmbito do contrato, ou mesmo que venha a ser utilizado como forma de paralisação do contrato. Para tanto o procedimento deverá ser informado pelos princípios da simplicidade, oralidade e celeridade, com prazos exíguos para manifestação das partes ou mesmo para a decisão do comitê. Também são indicadas a criação de regras que limite a utilização do CRD como fonte para produção de provas visando uma futura arbitragem ou judicialização³⁴. Convém lembrar que os CRDs

33 - RIBEIRO, PEDRO. Execução das decisões nos Comitês de Resolução de Disputas. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 150-151.

34 - NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute Boards em projetos de infraestrutura – entre a governança do contrato e da República. Disponível em www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infra-estrutura-02072021. Acesso em 03.7.2021.

têm em sua natureza a flexibilidade, como já visto anteriormente, o que permite a adaptação do instituto visando a solução mais célere e efetiva.

A nona e última característica está vinculada às próprias finalidades do CRD, pois deve-se compreendê-lo como um modelo/instrumento/mecanismo extrajudicial que visa a prevenção e resolução de disputas, evitando a interrupção da execução do contrato ou mesmo a possibilidade do inadimplemento de eventual contraprestação. Esta garantia, a ser moldada nas regras contratuais que estabelecem o CRD, funciona também como uma forma de otimizar o tempo da resolução do conflito, impedindo sua eternização e evitando que os conflitos sejam artificialmente criados com intuito de suspensão da execução da obra ou como meio de causar a interrupção dos pagamentos.

2.3. Aspectos práticos sobre os CRDs – formação instalação e regulamentação; objeto; espécies; e cumprimento das decisões

Este tópico destina-se a abordar alguns aspectos práticos sobre os CRDs, e que em alguma medida aprofundam o detalhamento de pontos tratados no item anterior.

Mesmo considerando que a prática nacional da previsão de CRDs em contratos administrativos seja incipiente, mas considerando que já existem elementos mínimos para uma análise, pretende-se aqui suscitar alguns aspectos que podem ser trabalhados e melhor encaminhados na montagem e funcionamento dos CRDs. No particular foram selecionados três pontos de atenção que merecem um exame mais detido: (i) formação, instalação e regulamentação; (ii) objeto dos CRDs; (iii) espécies de CRDs; e, (iv) cumprimento das decisões.

Os aspectos relacionados a formação, instalação e regulamentação dos CRDs que mais interessam dizem respeito a quem deve integrar o comitê, o momento em que ele deve atuar e a regulamentação dos aspectos procedimentais inerentes ao seu funcionamento.

Como já visto anteriormente há uma forte indicação de que seja preferida a formação de um comitê colegiado, com uma pluralidade de membros, em contraposição a um *single-person dispute board*. Apesar disto, a doutrina especializada relata que em casos extremos, ligados à análise de temas extremamente específicos (como o caso de falhas geológicas) ou quando há uma pluralidade de contratos que sejam interligados (por exemplo, o caso dos contratos para a construção da infraestrutura das Olimpíadas de Londres), a existência de um comitê de membro único tenha sido adotada com sucesso³⁵.

No entanto, duas vantagens dos comitês com vários membros apresentam-se como relevantes. A primeira diz respeito a governança na expedição de recomendações e decisões no comitê, as quais seriam legitimadas por um número maior de pessoas, o que eleva o seu grau de aceitação pelas partes, já que ganhariam uma força persuasiva maior. A segunda está vinculada a dificuldade, senão impossibilidade, de que haja uma eventual captura dos membros do comitê por uma das partes, na medida em que a recomendação ou a decisão será obrigatoriamente colegiada.

Além disso, a função do CRD não é a de realizar uma mera *arbitragem técnica*, fazendo do

35 - FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 82.

CRD uma etapa apenas protocolar e prévia da arbitragem; mas sim que seus membros atuem de modo efetivo no acompanhamento das complexas questões técnicas do contrato, o que pode mais facilmente ser alcançado pela composição plural e colegiada do comitê. É certo que a quantidade de membros do CRD deve levar em conta o porte do empreendimento e o orçamento disponível, mas sempre tendo em vista que quanto maior a complexidade do objeto maior será a necessidade de se ter mais técnicos pensando na solução³⁶.

Isto leva também a conclusão de que ele além de ser composto na forma de comitê, com no mínimo três membros, o grau de especialização destes membros deve estar conformado com o objeto do contrato. Há uma inclinação de que os CRDs, no caso de contratos de concessão e de obras, sejam compostos somente por engenheiros. No entanto, a composição mista, com especialistas técnicos no objeto do contrato (engenheiros, por exemplo) em conjunto com advogados, tem mostrado um equilíbrio interessante nas discussões técnicas e de interpretação dos contratos, proporcionando tanto a objetividade na análise da relação de causa e efeito dos eventos causadores da disputa como o cuidado com as questões interpretativas do contrato e os procedimentos do comitê³⁷, já que “apenas engenheiros ou apenas especialistas jurídicos, em geral, não são suficientes para resolver toda natureza de dúvida”³⁸.

Assim, e como em regra os contratos de infraestrutura têm como objeto questões técnicas de engenharia que impactam a equação econômico-financeira da contratação, é indicado que ao menos dois dos membros dos comitês possuam experiência e conhecimento na área de engenharia e em especial em contratos de infraestrutura. Já o terceiro membro é razoável que ele possua conhecimento específico na área jurídica, não só para contribuir na interpretação das cláusulas contratuais como também para conduzir os procedimentos de resolução dos conflitos de modo a preservar as garantias constitucionais do devido processo legal.

Neste ponto calha observar que há projeto de lei em curso no Congresso Nacional brasileiro visando estabelecer regras gerais para os CRDs no âmbito da administração pública, o qual encaminha a previsão tanto de que os comitês sejam formados por três membros, sendo dois deles com reconhecido saber na área objeto do contrato e um com conhecimento jurídico também na área do contrato³⁹. Percebe-se que no projeto de lei a preocupação é impedir os *single-person dispute boards*, vinculando o saber dos membros componentes do comitê à área de conhecimento relacionada ao objeto do contrato, somente especificando que um deles deva obrigatoriamente ser advogado (art. 5º do PLS nº 206/2018). Destaca-se aqui, no entanto, a possibilidade de que em cada contrato, a depender de sua especificidade, os dois membros técnicos possam ser escolhidos entre as diversas especialidades da engenharia, de projetos ou mesmo da área econômico-financeira, principalmente em se tratando de contratos de concessão em infraestrutura.

36 - PITRE, Paloma Guerzeli e ANDRADE, Leticia Queiroz de. Dispute Boards: fundamento e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, nº 10, p. 151-184, jul-dez/2016.

37 - FARRER, Roberto. Composição do CRD: Advogados ou Engenheiros? In: TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 83.

38 - SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

39 - PLS nº 206/2018, de autoria do senador Antônio Anastasia, e que seguiu do Senado Federal para a Câmara dos Deputados, tramitando atualmente como PL nº 2.421/2021, sob a relatoria do Deputado Kim Kataguiri, com a seguinte ementa: 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/propostas-legislativas/2289398>. Acesso em: 20.8.2021.

Também seguindo o que já foi anteriormente exposto, é recomendável que os comitês sejam formados e instalados antes da ocorrência do conflito, preferencialmente no momento da assinatura do contrato ou em prazo compatível com a possibilidade de acompanhamento de toda a relação contratual. Além disso, indica-se que sua duração coincida com todo o ciclo de vida do contrato, até mesmo para que se preserve seu caráter de prevenção de conflitos. Mesmo possível, se mostra algo inócua, além de extremamente dispendiosa, a ideia de comitês instalados *ad hoc*, para a resolução de um único e específico conflito, já que dificilmente seriam formados por membros com o conhecimento adequado sobre a relação contratual existente – a qual, de resto não acompanharam –, bem como traria um custo transacional para sua instalação de modo célere e compatível com a resolução do conflito sem causar danos para as partes. Além disso, a modalidade de comitês permanentes instalados desde o início do contrato absorve os custos econômicos e financeiros do comitê, que seriam diluídos durante toda a vigência do contrato, apresentando-se, assim, como uma solução com maior custo-benefício.

A questão afeta a regulamentação do comitê pode ser tratada contratualmente sob a forma mais simples, com a referência de que o comitê seguirá as regras de determinada instituição. De outro passo, poderá o contrato prever que as regras procedimentais sejam estipuladas pelas próprias partes contratantes, seja por meio de um Regimento Interno específico, seja seguindo as regras básicas de uma minuta de Regimento Interno que acompanhará o contrato de concessão como anexo.

Neste ponto cabem duas considerações. A primeira diz respeito a possibilidade de que as regras e procedimentos institucionais mostrem-se complexas e desvinculadas da realidade da relação contratual existente, o que implicaria em uma burocratização excessiva, além de custos superiores. A segunda é justamente a possibilidade de que as partes, sabedoras de sua própria realidade, criem um Regimento Interno mais adequado às necessidades do contato. Vale registrar que nesta circunstância é possível ser estabelecida a prática que ao menos um conjunto mínimo de regras procedimentais seja previamente estabelecido, seja no corpo do contrato de concessão, seja em uma minuta de Regimento Interno fornecida como anexo do contrato principal.

Já quanto ao objeto dos CRDs há uma liberdade para que as partes contratantes estabeleçam o melhor arranjo de conteúdos que podem ser levados ao comitê para recomendação ou decisão. Novamente é a autonomia das partes que irá governar a decisão de submeter todo e qualquer tema do contrato ao CRD ou limitar sua atuação a apenas determinadas questões. Em regra, os contratos de concessão preveem cláusulas exemplificativas, porém deixando expresso as matérias que obrigatoriamente devem ser objeto do CRD, de modo especial as referentes ao objeto da contratação, ao sistema de remuneração, aos indicadores de desempenho e ao cálculo da contraprestação. O que deve ficar claro, no contrato, são os limites do objeto de análise pelo CRD. Registra-se, no entanto, que no caso de contratos administrativos somente poderão ser inseridos no âmbito do objeto de análise do CRD direitos patrimoniais disponíveis, o que será tratado mais adiante.

Já no que se refere às espécies de CRDs tem-se a clássica divisão entre os CRDs de mera recomendação; os CRDs que proferem decisões vinculantes e os CRDs que podem tanto expedir recomendações como decisões. Estas três modalidades podem assim ser sintetizadas:

- (i) Comitê Revisor (Equivalente ao DRB – *Dispute Review Board*): os especialistas **emitem** recomendações que as partes comumente se comprometem a cumprir; caso contrário a questão é encaminhada à arbitragem ou ao Poder Judiciário;
- (ii) Comitê de Adjudicação (Equivalente ao DAB – *Dispute Adjudication Board*): os especialistas proferem decisões às quais as partes se obrigam a cumprir por meio de acordo contratual;
- (iii) Comitê Misto (Equivalente ao CDB – *Combined Dispute Board*): os especialistas oferecem recomendações, mas podem proferir decisões se uma das partes solicitar – a escolha está atrelada a critérios preestabelecidos.⁴⁰

Observadas estas modalidades de CRD em relação a forma como emitem suas manifestações, surge como consequência a necessidade de examinar a força vinculante da resolução proposta pelo CRD, ou seja, quanto pode ela obrigar as partes.

Nos moldes do que prevê o regulamento da CCI para os *dispute boards* a diferença entre o Comitê de Revisão (que expede recomendações) e o Comitê de Adjudicação (que expede decisões)

é o momento a partir do qual a manifestação obrigará as partes. No caso dos DABs, as partes são obrigadas a cumprir a decisão do comitê desde o seu recebimento, ao passo que, como já visto, nos DRBs, a recomendação somente se torna obrigatória após o transcurso de determinado lapso temporal sem que haja impugnação de nenhuma das partes.⁴¹

Neste modelo proposto pela CCI a recomendação expedida pelo Comitê de Revisão tem um nítido caráter vinculante se não contraposta por uma das partes em determinado prazo.

No caso dos Comitês Mistos, ainda com base no regulamento da CCI, para que haja uma manifestação com caráter decisório do CRD é necessário que uma parte proponha a questão com este pedido expresso, sendo que neste caso as regras contratuais poderão prever a exigência de concordância da parte contrária ou mesmo admitir que o próprio CRD, ante a não concordância de uma das partes, imponha o caráter de decisão a sua manifestação⁴².

Tal posição apenas confirma a flexibilidade e sua natureza eminentemente contratual dos CRDs, do que resulta que poderão ser desenhados arranjos das mais diversas formas para que se proporcione maior efetividade ou vinculação às recomendações ou decisões.

Recomenda-se, entretanto, prever que a submissão das questões ao CRD não resulte na suspensão do cumprimento das obrigações contratuais (construção, prestação de serviços, pagamentos, etc), e que eventual decisão poderá ser objeto de questionamento por meio de arbitragem ou no Poder Judiciário, já que a adoção do CRD não exclui as demais formas de solução de controvérsias e litígios.

O que releva aqui é lembrar que, independentemente da modalidade eleita, a previsão contratual deverá ser clara estabelecendo não só a obrigatoriedade de submissão de determinadas questões ao CRD, como qual será o procedimento para a tomada das recomendações ou decisões e seus efeitos.

40 - MAIA NETO, Francisco. Formas extrajudiciais de solução de disputas. In TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil. São Paulo: Pini, 2016, p. 25/26.

41 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, fev/2015, p. 13.

42 - Idem ibidem, p. 13.

III. CONTRATOS DE CONCESSÃO E A UTILIZAÇÃO DOS CRDs

3.1. Contratos de concessão em uma perspectiva ampliada

Ao tratar do tema relacionado aos contratos de concessão é imprescindível levar em consideração que o próprio termo *concessão* possui uma polissemia significativa que torna necessário deixar claro desde o princípio qual é a abrangência de sua utilização aqui.

As concessões que serão abordadas neste texto são aquelas decorrentes do poder de delegação do Estado para a prestação pelo privado de determinados serviços públicos – ou de interesse público –, utilização de bens públicos, com ou sem a necessidade de realização de obra pública, previstas no art. 175, CF e nas Leis nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) e nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

No plano da experiência internacional sobre o relacionamento público-privado na utilização de bens e na prestação de serviços públicos, fica evidenciado que o termo concessão não tem o mesmo significado estabelecido no Brasil. Especialmente nos países de tradição anglo-saxã a preferência é a utilização do termo PPP (*Public-Private Partnership*) para designar a relação contratual onde uma parte pública e uma parte privada estabelecem as condições para a utilização de um bem e/ou uma prestação de serviço ligada a uma infraestrutura pública, a ser usufruída, direta ou indiretamente, pela sociedade ou pelo Estado.

Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a conceituação de PPP envolve um contrato de longa duração realizado entre o governo e um parceiro privado, onde este último financia e entrega serviços públicos utilizando recursos próprios, mediante o compartilhamento de riscos. Em um contrato de PPP o serviço prestado cumpre com os objetivos pretendidos pelo governo e está alinhado com os objetivos de lucro do privado, sendo que a efetividade deste alinhamento depende de uma satisfatória e apropriada transferência de riscos ao parceiro privado. Nele o governo especifica a qualidade e a quantidade do serviço a ser prestado pelo privado, onde o parceiro privado pode ser encarregado do projeto, construção, financiamento, operação e gestão da infraestrutura exigível para prestação do serviço requerido, bem como prestar este serviço ao governo ou diretamente aos usuários⁴³.

Observa-se desta definição que há uma amplitude na caracterização do contrato de parceria entre o público e o privado.

Em sentido mais estrito está a definição oferecida pelo conjunto de bancos multilaterais (Banco Mundial, BID, etc...) e que vem sendo difundida como uma forma de equalização do conceito de contratos envolvendo o poder público e a iniciativa privada visando o financiamento de infraestruturas públicas. Para este conjunto de agentes, conforme conceito constante do *Certified PPP Professional (CP3P) Guide*, a contratação envolveria um

Contrato de longo prazo entre um contratante que seja um ente do poder público e um contratante particular para o desenvolvimento (ou significativa melhoria ou revitalização) e gestão de um bem público (inclusive, potencialmente, a gestão de um serviço público correlato), em que a parte privada arca com risco significativo e com a responsabilidade pela gestão ao longo da vida do con-

43 - OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Public governance on public-private partnership, may/2012, p. 13.

trato, provê parcela significativa do financiamento por seu próprio risco e em que a remuneração é significativamente vinculada ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem ou serviço, de forma a alinhar os interesses de ambas as partes.⁴⁴

Ao analisar este conceito se pode concluir que além de ser caracterizado por um contrato de longo prazo entre uma parte pública e uma privada, com significativa transferência de riscos para a parte privada – que também será responsável pela gestão do ativo ao longo do contrato –, o risco pelo financiamento ficará adstrito ao privado que terá sua remuneração vinculada, de alguma maneira, ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem. Aqui importa ver que a tomada de risco de financiamento é do parceiro privado, e que o produto deste financiamento terá sua aplicação vinculada a um ativo de infraestrutura pública.

Neste ponto convém assinalar que a relevância das definições internacionais sobre os contatos envolvendo o público e o privado para a utilização de bens e prestação de serviços públicos é justamente a complexidade do objeto da relação contratual e a vinculação do risco de financiamento privado a uma infraestrutura pública.

Esta é a chave para a compreensão da especificidade desta espécie de contrato.

Já no plano da legislação nacional brasileira, se pode dizer que o termo concessão, na perspectiva aqui tratada, é o gênero que comporta três espécies: Concessão Comum (regida pela Lei nº 8.987/1995), Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa (reguladas na Lei nº 11.079/2004).

Observando em termo gerais a concessão comum contempla uma contratação de longo prazo para a prestação de serviço, realização de obra ou exploração de bem público onde a remuneração decorre da tarifa a ser cobrada dos usuários, sendo o risco pela atividade transferido, em grande medida, a parceiro privado. Já no caso da concessão patrocinada ela se diferencia da concessão comum por seu regime remuneratório, na medida em que inclui tanto a tarifa cobrada dos usuários como a existência de uma contraprestação prestada pelo setor público. A concessão administrativa, por sua vez, traz a possibilidade de que haja a concessão da prestação de serviços públicos, em sentido amplo, que são oferecidos para uso direito pelo Estado e também de serviços a serem prestados diretamente aos usuários, sendo que seu sistema remuneratório não será composto pela cobrança de qualquer tarifa, mas unicamente por contraprestação prestada em pecúnia (em conjunto ou não com receitas assessórias) pelo Poder Concedente⁴⁵.

Ainda que os conceitos de *Public-Private Partnership* da experiência internacional e as concessões comuns, patrocinadas e administrativas nacionais possuam, cada qual, as suas especificidades, todas são dotadas de características similares que acabam por confluir em um modelo de contratação de longo prazo entre uma parte pública e uma parte privada, com objeto complexo, valor de investimentos e de operação vultosos, transferência de riscos para o parceiro privado (de modo especial o risco de financiamento), remuneração atrelada a desempenho, demanda e/ou uso do bem/serviço, e investimentos vinculados a uma infraestrutura pública.

Por isto se pode concluir, levando em conta a funcionalidade dos contratos de concessão, que

44 - ADB, EBRD, BID, IsBD, PPIAF e WBG. Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas da APMG (Certified Professional (CP3P) Guide), Washington, 2014, p. 19. Disponível em <https://ppp-certification.com/pppguide/brazilian-portuguese>. acesso em 24.7.2021.

45 - SUNFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-31.

“Nos variados usos da concessão, ela tem sempre servido a uma função: viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”⁴⁶.

Todos estes elementos conduzem para a categorização do contrato de concessão como um contrato com especificidades que merecem ser observadas especialmente quando da escolha da forma de solucionar e prevenir as disputas decorrentes da relação contratual.

3.2. Viabilidade jurídica dos CRDs nos contratos realizados com a Administração Pública

Uma das questões que ainda hoje vem sustentando debates é a viabilidade jurídica da previsão dos CDRs em contratos com a administração pública. A celeuma, ao que parece, decorre muito mais de uma falta de compreensão sobre a natureza dos CRDs e sua adequação às disputas decorrentes de contratos de concessão do que uma fragilidade do sistema legal para admitir a incorporação destes comitês nos contratos feitos pela Administração Pública.

No entanto, e especialmente considerando a tradição de estrita legalidade formal na interpretação dada pelos órgãos de controle às iniciativas da Administração Pública, nunca é demasiado trazer fundamentos para a consolidação de uma posição jurídica que proporcione tranquilidade e segurança – tanto para o gestor público como para o parceiro privado – na adoção dos CRDs em contratos de concessão.

Ainda que esteja em trâmite proposta legislativa para regulamentar a utilização dos CRDs nos contratos administrativos (PL n° 2.421/2021 em trâmite na Câmara dos Deputados), o fato é que não existe uma regulamentação legal expressa e detalhada sobre o tema.

Quando do surgimento da necessidade de inclusão dos primeiros CRDs em contratos administrativos o seu uso pela administração pública vinha fundamentado na abertura proporcionada pelo art. 42, § 5º, da Lei n° 8.666/1993⁴⁷, que admitia na licitação a previsão de que houvesse a submissão dos contratos administrativos às condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, desde que os recursos fosse oriundos de agência de cooperação internacional ou bancos multilaterais. Como é praxe do Banco Mundial vincular seus financiamentos à previsão de *dispute boards* em seus contratos com valor superior a 10 milhões de dólares americanos, algumas licitações de grande porte no Brasil tiveram a previsão de CRDs no edital e nos respectivos contratos administrativos (como é o caso da Linha 4 do metrô paulistano e das obras para as Olimpíadas de 2016)⁴⁸.

46 - MONTEIRO, Vera. Concessões. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174.

47 - 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 n° 8.883, de 1994)

48 - LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 276.

Já no caso das concessões comuns há previsão expressa no art. 23-A da Lei nº 8.997/1997⁴⁹ e nas PPPs no art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004⁵⁰, sendo que ambos dispositivos apenas preveem de forma genérica a possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de conflitos, citando, exemplificativamente, a arbitragem e fazendo referência expressa a Lei que regula a arbitragem no Brasil (Lei nº 9.307/1996). Convém frisar, ainda, que estes dispositivos legais são de 2005 e 2004.

Recentemente, com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), surgiram regras mais explícitas sobre a possibilidade de uso dos CRDs, como se pode ver do regulamento que vem posto no art. 151:

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.

Ainda que não haja uma regulamentação detalhada, o texto legal ao menos traz uma maior segurança jurídica para os gestores públicos, na medida em que de forma expressa admite a utilização dos CRDs nos contratos administrativo, pacificando a questão relacionada a discussão sobre a ausência de permissivo legal. Este dispositivo, vale registrar, aplica-se aos contratos de concessão, já que a lei de licitações e contratos administrativos tem aplicação subsidiária nas concessões e PPPs.

Neste ponto é necessário observar que mesmo na ausência de texto legal explícito, já havia o entendimento sólido da doutrina – e de boa parte da jurisprudência – de que era plenamente jurídica a previsão de CRDs em contratos administrativos, seja porque ligado a um modelo mais moderno de administração pública, baseado na consensualidade da solução dos conflitos e na eficiência, seja porque devem ser superados alguns dogmas da administração pública, como a literalidade do princípio da legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público⁵¹.

A moderna administração pública não mais pode ser tida como detentora de prerrogativas absolutas ou mesmo de supremacia, exigindo-se dela um agir que seja constantemente legitimado pelas regras do Estado Democrático de Direito, e com respeito aos administrados⁵².

A consensualidade para a solução dos conflitos é pressuposto da moderna administração pública, sendo incentivada desde a década de 1990 (com normas autorizando o termo de ajustamento de condu-

49 - 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. \(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

50 - 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.

51 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, nº 168, p. 9-28, fev/2015, p. 26/27.

52 - MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

tas e a possibilidade de acordos pela administração pública federal), até culminar na Lei nº 13.140/2015, que trata da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública federal⁵³.

No plano da imposição de eficiência na administração pública, alçada a princípio constitucional no art. 37, *caput*, CF, tem-se que ele direciona para a aplicabilidade de mecanismos alternativos na solução de conflitos que oferecem uma solução menos custosa, mais célere⁵⁴ e adequada à especificidade deste conflito. Aliás, é próprio do Estado Democrático de Direito que soluções menos conflituosas e mais efetivas sejam adotadas para qualquer disputa, e não poderia ser diferente quando o conflito envolve a administração pública, pois esta é uma exigência de um Estado “eficiente, pluralista, participativo e infra-estrutural”⁵⁵.

Soma-se a isto a concretização da consensualidade no âmbito do processo por força da interpretação do novo modelo fixado pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente o que consta dos arts. 3º, § 3º, 174 e 190, em combinação com o art. 15, que indica a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo. Este desenho traçado pela nova lei processual é o de admitir, inclusive para a administração pública, a viabilidade de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

Por isto se pode dizer que mesmo agregando uma segurança maior ao gestor público, em termos jurídicos, a previsão constante do art. 151 da Lei nº 14.133/2021 não constitui pressuposto para a validade do estabelecimento dos CRDs nos contratos de concessão. Neste sentido a doutrina já vem se posicionando para dizer que

Com relação à necessidade de regulamentação do instrumento, há razões de sobra para se afirmar que, embora seja bem-vinda, não é condição necessária para a sua adoção dos Comitês. O próprio artigo 190 do Código de Processo Civil, que dá ampla liberdade às partes de dispor sobre como resolverão controvérsias futuras, permite que os contratos de concessão e obra pública disponham sobre o funcionamento dos Comitês. Pode-se, alternativamente, adotar regulamentos pré-definidos de câmaras arbitrais ou guias de melhores práticas de instituições especializadas.⁵⁶

Esta posição e seus fundamentos devem ser levados em consideração, e defendidos, na medida em que entender de modo contrário traria uma insegurança aos inúmeros contratos de concessão onde há previsão do CRD e que são anteriores à nova lei de licitações. Do mesmo modo, esta defesa da viabilidade dos CRDs em contratos de concessão, mesmo sem regulamentação expressa, visa frear os ativismos retrógrados que vêm prosperando no âmbito dos órgãos de controle, como se pode ver da decisão proferida pelo TCU (Acórdão nº 4.037-Plenário) – que exigiu a prévia regulamentação legal do CRD para que pudesse constar em contrato realizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Esta decisão é questionável sob vários aspectos, especialmente jurídicos. Neste sentido

(...) a decisão tomada pelo TCU é um retrocesso, conforme apontado pelo próprio ministro Ben-

53 - LIMA, Felipe Herdem. A evolução da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-12/herdem-consensualidade-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 13.08.2021.

54 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 38, jul-set/2013. (edição eletrônica)

55 - BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 557.

56 - NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute Boards em projetos de infraestrutura. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021>. Acesso em 03.07.2021.

jamin Zymler, que ponderou que, mesmo que não exista previsão em lei até o momento quanto ao formato exato do dispute board, este segue a mesma lógica de outros mecanismos de resolução de conflitos já utilizados e regulamentados.⁵⁷

Aliás, a posição adotada pelo TCU inclusive contraria a já consolidada a jurisprudência do STJ que trata o CRD de modo análogo à arbitragem e outros métodos alternativos de resolução de conflitos, reconhecendo sua validade jurídica:

(...) salienta-se que o acórdão embargado apenas assentou que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos (“árbitro” x “arbitrador”, “avaliador”, “perito”, etc) remonta à própria gênese dos chamados “dispute boards”, conforme bem elucidado pelo artigo doutrinário citado que, após tecer um detido estudo de Direito Comparado sobre os institutos sob comento (árbitro x arbitrador/arbitragem contratual e dispute boards), propõe uma interpretação aberta aos diversos métodos de heterocomposição dos conflitos de interesses, sempre com adstrição, necessariamente, ao princípio da autonomia da vontade.⁵⁸

Por certo que uma regulação específica do instituto dará maior segurança a todos, administrador público e parceiros privados. Porém, há fundamento jurídico suficiente para sustentar a plena juridicidade da instituição dos CRDs em contratos de concessão, independentemente de regulamentação específica.

3.3. Adequação e limites dos CRDs nos contratos de concessão da administração pública

Do desenvolvimento sobre a origem e características do CRD, bem como da concepção sobre os contratos de concessão, resulta a compreensão de que para além de serem indicados, os CRDs são mecanismos integralmente adequados e aderentes a estas espécies de relações contratuais.

A complexidade destes contratos e a necessidade de que os conflitos sejam resolvidos de modo célere e sem maiores impactos na relação indica esta adequação. Na verdade, os CRDs têm como seu palco principal os contratos de concessão de serviços e obras de infraestrutura, até mesmo em observância a flexibilidade e especificidade da atuação dos CRDs. É de ser salientado que “a crescente utilização dos comitês em relações contratuais complexas e de ampla diversidade técnica promoveram a capacidade de adaptação dos DBs às necessidades específicas dos projetos em que são utilizados.”⁵⁹

Quanto a adequação dos CRDs e sua flexibilidade veja-se, por todos, os ensinamentos de Arnoldo Wald, para quem

57. A flexibilidade nos dispute boards é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convêm, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os dispute boards tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e parcerias público-privadas, em contratos de

57 - PEREZ, Ana. A decisão do TCU sobre o uso de dispute board. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board>. Acesso em: 31.05.2021.

58 - EDcl no REsp nº 1.569.422/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 16.08.2016.

59 - GUIMARÃES, Marcello e FIGUEIREDO, Augusto Barros de. Um novo aliado nas contratações da administração pública. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-aliado-contratacoes-administracao-publica>. Acesso em: 15.07.2021.

fornecimento a longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.⁶⁰

Outro ponto relevante diz respeito aos limites do CRD nos contratos de concessão realizados pela administração pública. Aqui entra em campo o famoso dogma da indisponibilidade do interesse público, que na maioria das vezes é utilizado como um elemento impeditivo da utilização dos CRDs pela administração pública.

No particular tem-se que devam desde logo ser superadas as questões relativas a discussão sobre a possibilidade de dispor o próprio interesse público primário, algo que não faz sentido. A administração deve perseguir sempre o interesse público, logo não há como entender seja ele, em si, passível de disposição pelo administrador. Porém, a parcela de realizações de interesses públicos a ser concretizada mediante contratos e outros atos negociais, onde reside justamente a disponibilidade de determinados direitos, é absolutamente passível de disponibilidade. Como consta da lição clássica de Hely Lopes Meirelles sobre a distinção entre interesses públicos primários e secundários:

O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público está na implantação daquela unidade, consistindo a locação em interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele. A satisfação dos interesses públicos secundários [...] se resolve em relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis.⁶¹

O interesse público é, por óbvio, indisponível. Porém os bens e direitos da administração pública necessários à consecução do interesse público podem, a depender do caso, ser disponíveis.

No caso específico das concessões o serviço, obra ou bem a ser concedido é devidamente autorizado pela Constituição (art. 175) e pelas leis específicas de concessão após prévio procedimento licitatório, tudo com o objetivo de atingir um interesse público primário. Apenas a concretização deste interesse é que se dará por meio de contrato, onde há, por certo, a disponibilidade de uma série de bens e direitos. Como refere a doutrina

Contratos de infraestrutura, via de regra, envolvem direitos disponíveis da Administração Pública. Aliás, é difícil encontrar direitos indisponíveis negociados por contrato. Afinal, como ter contratos (que são atos voluntários) sobre direitos indisponíveis in abstracto? É mais perceber, imaginar, o Direito Administrativo como cogente às partes e ao árbitro, e os direitos negociados via contrato como disponíveis.⁶²

Deste modo, o que importa aqui é ver quais são os limites relacionados justamente a parcela de direitos disponíveis que estão envolvidos numa relação contratual a ser realizada pela administração pública. Da mesma forma como ocorre na arbitragem, o CRD somente poderá ter como objeto direitos

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

61 - MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 249.

62 - TIMM, Luciano Benetti e SILVA, Thiago Tavares da. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem. v. 29, p. 43-59, jun/2011. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186. Acesso em: 20.8.2021.

patrimoniais que sejam disponíveis pela administração pública, o que desde logo afasta os direitos regulamentares (decorrentes do poder de império do Estado).

Contudo, a abertura semântica do termo *direitos patrimoniais disponíveis*, bem como ausência de uma estipulação legal taxativa, faz com que a interpretação sobre quais sejam estes direitos disponíveis fique também suscetível de divergências. Seja uma interpretação mais ampla ou mais restritiva, pode ser condensado que ao menos estão envolvidos nestes direitos as questões relativas a: o seu equilíbrio econômico-financeiro e as alternativas adequadas para a sua manutenção; as eventuais disputas acerca dos bens reversíveis; a validade da cláusula compromissória; os descumprimentos contratuais de ambas as partes; as indenizações por ocasião da extinção contratual e as penalidades, o que inclusive de alguma forma foi incorporado na Lei nº 13.448/2017 (sobre relicitações) e na Resolução 5.845/2019 da ANTT⁶³.

No caso do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁶⁴, do inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e do cálculo de indenizações, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/2021 também foi expresso ao deixar consignado como sendo direito disponível passível de apreciação pelo CRD.

Também deve ser entendido que qualquer discussão sobre a remuneração da concessionária constitui direito patrimonial disponível.

É pertinente salientar que para espantar dúvidas sobre quais os direitos patrimoniais disponíveis serão objeto de apreciação pelo CRD a cláusula contratual que fixar a competência do comitê poderá enumerar, de modo objetivo, quais serão as matérias passíveis de serem levadas à apreciação do CRD.

Por fim, a doutrina tem ponderado sobre o modelo mais adequado de CRD para a administração pública, tendo em conta o caráter de suas decisões. Suscita-se que o modelo de CRD adjudicativo, onde são proferidas decisões vinculantes, não seria o mais adequado, devendo a administração pública utilizar apenas o modelo de CRD revisor, seja em vista da inexistência de lei fixando expressamente este efeito vinculante⁶⁵, seja em razão da tradição jurídica de *civil law* do Brasil⁶⁶.

Entretanto, parece que em vista do atual estágio de evolução dos CRDs e da própria administração pública é preciso dar um passo adiante. Como já observado, a natureza contratual, a autonomia da vontade e a conformação do objeto dos CRDs – envolvendo apenas direitos patrimoniais disponíveis – fazem concluir que possa ser utilizado o modelo de adjudicação, com decisões vinculantes. Neste sentido

63 - MENONCIN, Bruna Maria Pereira. Arbitrabilidade objetiva em contratos de concessão. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/arbitrabilidade-objetiva-em-contratos-de-concessao/>. Acesso em : 30.08.2021.

64 - Neste sentido já havia inclusive o Enunciado nº 19, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo, realizada, em 2020, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

65 - LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 276.

66 - VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica)

(...) defendemos ao longo deste trabalho a possibilidade de submissão de contratos de concessão tradicional, PPPs e contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 ao mecanismo dos dispute boards em todas as suas espécies – tanto aqueles que emitem recomendações quanto os que proferem decisões – independentemente de lei autorizativa expressa, desde que o DB esteja previsto no edital da licitação e no contrato, reservando-se ao Poder Judiciário apenas a prerrogativa uso do poder coercitivo para o cumprimento da solução dada pela junta técnica do DB.⁶⁷

Em acréscimo deve ser frisado que se observadas a conformação de um CRD que contemple a sua instalação desde o início do contrato (como comitê de acompanhamento, prevenção e solução de disputas), que haja a pluralidade (colegiado/painel) de membros, que os membros sejam profissionais técnicos especializados e isentos, que no contrato esteja desenhada de forma objetiva e específica o objeto e o procedimento do CRD, resultará seguro que as decisões por ele proferidas possuirão uma legitimidade que sustentará a produção de efeitos vinculantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida proporciona a compreensão de que os CRDs são mecanismos altamente viáveis, técnica e juridicamente, para serem utilizados como método alternativo de solução de conflitos, até mesmo em consideração dos problemas de saturação e de ausência de especialização do sistema de justiça estatal.

Percebe que os CRDs, como mecanismo derivado dos métodos alternativos de resolução de conflitos, e que possuem características próprias, incorporam as técnicas dos métodos tradicionais de conciliação, mediação e arbitragem, podendo ser considerado uma evolução sincrética destes métodos.

Além disto, e considerando as características de contratualidade e flexibilidade dos CRDs, resta possível asseverar que sua instalação desde o início do contrato, com o objetivo de acompanhamento, prevenção e solução de disputas contratuais, bem como sua formação por membros técnicos e especializados, faz com seja ele se constitua um instrumento adequado para a prevenção e resolução de conflitos na mais variada espécie de contratos, especialmente, naqueles mais complexos e de longo prazo.

Neste ponto é que se pode constar sua plena adequação aos contratos de concessão, observada a natureza complexa do objeto destes contratos, seja quanto a aspectos técnicos, econômico-financeiro ou jurídicos. Além disto, como os contratos de concessão são, em regra, de longa duração, os conflitos decorrentes da relação contratual tendem a ser mais frequente e recorrentes, motivo pelo que o CRD servirá como instrumento célere e eficiente para a prevenção e resolução de conflitos sem que haja a interrupção ou extinção do contrato, tudo isto em um ambiente menos litigioso e mais especializado.

Ficou ainda demonstrado que há viabilidade e segurança jurídica para que os CRDs sejam incorporados em contratos realizados pela administração pública. A natureza contratual ligada a autonomia da vontade, bem como a busca pela não litigiosidade para a solução adequada dos conflitos, fazem com que os CRDs estejam em conformidade com a ideia de uma moderna administração pública, consentânea com o Estado Democrático de Direito. Isto, conjugado com a existência de regulamentações legais que, apesar

67 - PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015, p. 27.

de amplas e não específicas, conferem ao instituto a possibilidade jurídica de ser utilizado pela administração em suas contratações.

Por derradeiro, se pode concluir que a adequação do uso dos CRDs em contratos de concessão feitos pela administração pública é uma decorrência natural das próprias características destes dois institutos. Os CRDs, em verdade, nasceram e vêm evoluindo em meio a contratos que envolvem grandes projetos de infraestrutura, os quais exigem um mecanismo eficiente e célere para a prevenção e resolução dos complexos conflitos técnicos, econômicos e jurídicos que deles resultam. No caso da administração pública, cabe apenas observar que sua aplicação vai limitada a objetos que configurem direitos patrimoniais disponíveis, sendo que os CRDS, na forma da previsão contratual, poderão tanto emitir recomendações como proferir decisões com caráter vinculante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de A. C.; LEVY, Daniel; ALVES, Rafael F. *Lei de arbitragem anotada – a jurisprudência do STF e do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ADB, EBRD, BID, IsBD, PPIAF e WBG. *Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) da APMG (Certified PPP Professional (CP3P) Guide)*, Washington, 2014.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. *Resolução de conflitos para representantes de empresa*. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2014. Disponível em <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/enapres/biblioteca/resolucao-conflitos-representantes-empresa.pdf>.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GUIMARÃES, Marcello e FIGUEIREDO, Augusto Barros de. *Um novo aliado nas contratações da administração pública*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-aliado-contratacoes-administracao-publica>. Acesso em: 15.07.2021.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. *Fundamentos de negociação*. Trad. Félix Nonnemacher. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LIMA, Renata Faria Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In:

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LIMA, Felipe Herdem. *A evolução da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-12/herdem-consensualidade-direito-administrativo-brasileiro>, 13.10.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENONCIN, Bruna Maria Pereira. *Arbitrabilidade objetiva em contratos de concessão*. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/arbitrabilidade-objetiva-em-contratos-de-concessao/>. Acesso em: 30.08.2021.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. *Dispute Boards em projetos de infraestrutura – entre a governança do contrato e da República*. Disponível em www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Public governance on public-private partnership, may/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Pedro Ribeiro. Formas e características dos Dispute Boards, considerações úteis na sua escolha. In: SION, Alexandre Oheb (Coord.). *Empreendimentos de Infraestrutura e de Capital Intensivo: Desafios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 179/191. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2845/2958/21306>.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, nº 168, p. 9-28, fev/2015.

PEREZ, Ana. *A decisão do TCU sobre o uso de dispute board*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/ane-perez-decisao-tcu-uso-dispute-board>. Acesso em: 31.05.2021.

PITRE, Paloma Guerzeli e ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Dispute Boards: fundamento e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura*. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, nº 10, p. 151-184, jul-dez/2016.

RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 197-219, jan-mar/2017.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps>. Acesso em 15.08.2021.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamento pessoais e profissionais*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute Boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 56, jan-mar/2018 (edição eletrônica).

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os dispute boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, nº 02, p. 69-95, jul-dez/2019.

SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentação e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRINDADE, Bernardo Ramos (org.). *Comitê de Resolução de Disputas-CRD nos contratos de construção e infraestrutura: uma abordagem prática sobre os Dispute Boards no Brasil*. São Paulo: Pini, 2016.

TRINDADE, Bernardo Ramos e LINHARES, Camila Pereira. A possibilidade de aplicação das técnicas de mediação no Comitê de Resolução de Disputas. *Revista Vértice Crea-Minas – Edição Especial CMA/CREA-MG*, Belo Horizonte, junho/2017, p. 14-15. Disponível em: <http://www.crea-mg.org.br/images/Documentos/Comunicacao/vertice/verticeCMA-web.pdf>. Acesso em: 10.7.2021.

URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade e MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (org.). *A arbitragem na contemporaneidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para as disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, jul-set/2013 (edição eletrônica)

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

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

WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: EModara, 2018.