

DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP: ASPECTOS GERAIS E TEMAS CONTROVERSOS

Caio Gentil Ribeiro¹

Iago Oliveira Ferreira²

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira³

Vitor Gomes Moreira⁴

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Aspectos gerais sobre os *dispute boards* e a sua utilização nos contratos de concessão e PPP; 3 – O momento de constituição dos *dispute boards*; 4 – Regras para a escolha dos membros; 5 – O cumprimento de decisões que reconheçam obrigações pecuniárias a cargo do Poder Público; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a inserção dos *dispute boards* no âmbito dos contratos administrativos brasileiros, com foco específico sobre a sua aplicação aos contratos de concessão e PPP. Além de discutir as características gerais do instituto, enfrenta questões

-
- 1 Procurador do estado de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
 - 2 Procurador do estado de São Paulo designado para atuação junto à Assistência de Arbitragem da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). Mestrando em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).
 - 3 Procurador do estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro associado fundador do Instituto de Direito Administrativo Sancionador.
 - 4 Procurador do estado de São Paulo. Mestrando em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV Direito SP).

controversas que decorrem da sua aplicação à esfera público-privada – como o momento de constituição dos comitês de prevenção e solução de disputas, a escolha de seus membros e o cumprimento de decisões vinculantes de conteúdo pecuniário em desfavor do Poder Público –, na tentativa de oferecer algumas contribuições ao debate ainda incipiente que as acompanha.

PALAVRAS-CHAVE: *Dispute boards*. Concessões. Parcerias público-privadas. Meios alternativos de solução de controvérsias.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a inserção do mecanismo do *Dispute Board* (DB) nos contratos de concessão e PPP firmados entre o Poder Público e a iniciativa privada, explorando as principais características do instituto e enfrentando questões específicas que despontam da sua adaptação à seara público-privada.

Trata-se de tema relevante e na ordem do dia pois, não obstante existam importantes trabalhos sobre esse método de solução de conflitos na doutrina pátria, motivados pela sua crescente utilização nos contratos de construção celebrados no país, ainda são escassas as abordagens sobre a sua aplicação aos contratos administrativos, existindo questões sensíveis que ainda carecem de enfrentamento.

No intuito de abordar tais temáticas, propõe-se combinar a investigação bibliográfica e normativa a um estudo de caso, analisando recentes contratos editados pelo estado de São Paulo e pela União que preveem e disciplinam o instituto dos *dispute boards*, assim como regulamentações editadas por instituições que administram procedimentos dessa natureza.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS *DISPUTE BOARDS* E A SUA UTILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PPP

O *dispute board* é um mecanismo contratual voltado à prevenção e solução das disputas entre as partes, em que se institui uma junta de especialistas no objeto do contrato para que façam o acompanhamento da sua execução e resolvam as disputas que eventualmente surjam em sua decorrência.

Nesse sentido, conforme lição de Fernando Marcondes, o *dispute board* é um

comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado na fase inicial de execução de um projeto de construção para acompanhar o progresso da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva⁵.

No Brasil, utilizam-se diversos nomes para designar o instituto, sendo recorrente a previsão contratual de “juntas técnicas de solução de disputas”, ou “comitês/comissões de prevenção e solução de disputas”, sempre gravitando em torno da mesma ideia central, qual seja, a de instituir um colegiado de *experts* que previna e resolva disputas entre as partes. Tais funções podem ser exercidas por meio do acompanhamento da execução contratual, aconselhamento técnico, emissão de recomendações e/ou prolação de decisões vinculantes, a depender do tipo de comitê previsto contratualmente.

As principais classificações em que se encaixam as variações do *dispute board* dizem respeito ao momento de sua instituição e ao caráter vinculante de suas decisões.

Quanto ao momento de instituição, o *dispute board* pode ser instalado na fase inicial das obras, sendo classificado como permanente, ou apenas quando surja algum conflito, sendo *ad hoc*. Mais à frente neste escrito, serão discutidas as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos, assim como são previstos nos principais instrumentos normativos de referência.

Já quanto ao grau de vinculação, as decisões dos comitês de prevenção e solução de disputas podem ser vinculantes, não vinculantes ou, ainda, apresentar os dois efeitos⁶. Quando a decisão é vinculante para as partes, o comitê classifica-se como *Dispute Adjudication*

5 MARCONDES, Fernando. Dispute board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 98-114, 2017, p. 101.

6 AMARAL, Flávio. O *dispute board* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* (org.). *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. São Paulo: Fórum, 2020, p. 102-103.

Board (DAB), e quando não existe vinculação, mas mera recomendação, classifica-se como *Dispute Review Board* (DRB). Quando se prevê ambas as funções para o comitê, geralmente, a depender da matéria, institui-se um *Combined Dispute Board* (CDB)⁷.

É importante ressaltar que a vinculação das partes às decisões dos DABs – ou CDBs, quando aplicável – possui natureza contratual, e não jurisdicional. Isso implica que, de um lado, essas decisões podem ser revistas jurisdicionalmente e, de outro, que eventual descumprimento não prescinde do acionamento do juízo estatal ou arbitral para fins de dar executoriedade à decisão do comitê, tal como ocorreria com o descumprimento de uma cláusula contratual escrita.

Nesse sentido lecionam Augusto Barros e Ricardo Medina:

A disposição contratual que cria um DAB se limita a definir que sua decisão será vinculante. Contudo, isso não significa que ela possui jurisdição. Afinal, o resultado da heterocomposição promovida pelo DAB vincula as partes apenas contratualmente, e não tem força de sentença judicial, como ocorre na arbitragem [...]. Diferentemente da sentença arbitral, que tem força de título executivo judicial e não é, em regra, sujeitável a recurso nem dependente de homologação em juízo, as decisões do DAB restringem-se a gerar aditivo contratual, e, por assim ser, podem ser revistas jurisdicionalmente, seja no judiciário, seja em arbitragem.⁸

Sobre a possibilidade de revisão jurisdicional das decisões vinculantes do DB, é preciso destacar dois pontos. O primeiro é que, apesar de a revisão ser admissível, em tese, com base na inafastabilidade da tutela jurisdicional⁹, é preciso haver uma relevante margem de deferência por parte dos órgãos jurisdicionais em relação às decisões do DB, dada a maior *expertise* técnica e conhecimento fático que esses colegiados possuem. Nesse sentido inclina-se, por exemplo, a jurisprudência do

7 WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, 2005, p. 18.

8 FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 58.

9 Segundo Ricardo Aprigliano, “seria inválida qualquer cláusula que estipulasse a renúncia prévia às vias jurisdicionais, por incompatibilidade com nosso modelo constitucional e inobservância do princípio da reserva legal” (Ibidem, p. 307-308).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que o Poder Judiciário somente deve impedir o cumprimento de uma decisão do comitê em casos que fujam à normalidade¹⁰.

De outro lado, ainda que permaneça aberta a via para a contestação em juízo, a natureza contratual da vinculação torna a decisão do DB obrigatória para a parte vencida enquanto não houver provimento jurisdicional que suspenda a sua eficácia, devendo, por isso, ser cumprida. É o que se sedimentou na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, por meio da edição do Enunciado n° 76, que assim dispõe:

As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.¹¹

Quanto às aplicações do *dispute board*, embora tenha se consolidado no direito da construção, o instituto possui campo fértil no âmbito das concessões e parcerias público-privadas. É que esses contratos também reúnem os principais elementos de compatibilidade com o DB, por serem contratos incompletos e de longa duração, e por terem execução que envolve matéria técnica altamente especializada, relativa a diversos campos do conhecimento¹².

A presença cada vez maior de *dispute boards* em contratos de concessão e PPP é constatada em manual elaborado pela *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)*, especialmente durante a fase de construção dos ativos de infraestrutura. O documento destaca, ao lado de outros exemplos mundiais, o sucesso na prevenção e rápida solução de disputas no âmbito do programa de parcerias público-privadas australiano¹³.

10 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000. Agravante: Consórcio TC Linha 4 amarela. Agravado: Metrô – Companhia do metropolitano de São Paulo. Relator: Torres de Carvalho, 30 de julho de 2018. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 2 ago. 2018.

11 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I jornada “prevenção e solução extrajudicial de litígios”: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, 2016, p. 12.

12 AMARAL, op. cit., p. 109.

13 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019, pos. 1115.

Existe, portanto, amplo campo para atuação dos *dispute boards* em contratos administrativos, desde que restritos a litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, como ocorre em questões de reequilíbrio contratual.

Não por menos, os comitês de prevenção e solução de disputas vêm começando a ser regulamentados no direito público brasileiro, com enfoque especialmente dirigido à realidade dos contratos de infraestrutura, tanto em sede contratual como normativa.

Pode-se citar como exemplo a Lei nº 16.873/2018 do município de São Paulo, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 60.067/2021. Em âmbito nacional, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021) dispôs sucintamente sobre o instituto em seus artigos 151 e 154, assim como existe um projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 9.883/2018) que visa estabelecer regulamentação mais detalhada.

Já em sede contratual, destaca-se a utilização do instituto pelo estado de São Paulo, adotando comitê de natureza vinculante (DAB) no âmbito da concessão das Linhas 8 e 9 de trens metropolitanos¹⁴, recentemente adjudicada à iniciativa privada, e no contrato de PPP do projeto denominado Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-Americana), que se encontra em fase de consulta pública¹⁵.

Nesse contexto, dada a inserção cada vez maior do tema no direito das concessões e parcerias, começam a despontar debates sobre pontos relevantes da aplicação dos *dispute boards* às relações contratuais travadas com o Poder Público, dentre os quais se destacam: (i) o momento adequado para a sua instituição; (ii) as regras para a escolha dos membros do comitê; e (iii) como deve se dar o cumprimento de decisões que

14 Cf. SÃO PAULO. Anexo VII ao Contrato n. 02/2021: contrato de concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das linhas 8 – diamante e 9 – esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021a. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em: 27 out. 2021.

15 Cf. Cláusula Octogésima Terceira da Minuta de Contrato constante da Concorrência Internacional nº 01/2021 (SÃO PAULO. Concorrência Internacional n. 01/2021. Minuta de contrato. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021b. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 27 out. 2021).

reconheçam obrigações pecuniárias ou de fazer com caráter pecuniário. Os próximos tópicos buscam oferecer luzes sobre tais temas, na tentativa de contribuir para o debate que se inicia.

3. O MOMENTO DE CONSTITUIÇÃO DOS *DISPUTE BOARDS*

Em contratos de concessão e PPP, os *dispute boards* podem ser constituídos e desconstituídos em diferentes momentos da execução do contrato. Como já referido acima, uma primeira opção é que tenham caráter permanente, sendo criados e mantendo-se em operação independentemente de existência de uma controvérsia.

Uma segunda opção é a dos chamados *dispute boards ad hoc*, que são constituídos provisoriamente apenas com o surgimento de controvérsia entre as partes com o objetivo específico de solucioná-la. Finalmente, também há a hipótese em que o contrato prevê a constituição também provisória de *dispute boards*, mas diante da ocorrência de situações definidas, como o início de fase de construção ou de revisões ordinárias.

O Regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, prevê que os *dispute boards* permanentes serão constituídos a requerimento de qualquer das partes em até 60 dias após a celebração do contrato (Cláusula 2.12) e que será extinto findas as obrigações contratuais e resolvidas as controvérsias a ele submetidas (Cláusulas 2.13). O mesmo regulamento prevê que os *dispute boards ad hoc* serão constituídos para tratar de controvérsia específica e serão extintos após emissão de Provimento Final ou eventual resposta a pedido de esclarecimentos (Cláusula 2.14).

O *dispute board* permanente é visto como a forma padrão de constituição de *dispute boards*. Foi essa a modalidade adotada nas concessões das linhas 8 e 9 do Metrô de São Paulo¹⁶ e é a prevista para o Trem Intercidades¹⁷. A forma permanente também é prevista supletivamente no citado Regulamento da CCBC para a hipótese em que não haja escolha expressa pelos contratantes (Cláusula 2.10).

16 Conforme disciplinado em SÃO PAULO, 2021a.

17 “Cláusula 83.2. O COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS será constituído até o fim da FASE PRELIMINAR” (SÃO PAULO, 2021b, p. 423).

Em especial, esta é a forma padrão de constituição em contratos de construção, que foram os contratos em que a figura do *dispute board* surgiu. Apontam-se uma série de vantagens na escolha dessa modalidade de constituição. Em especial, os membros de *dispute board* permanente têm mais oportunidade de ganhar familiaridade com o projeto e de acompanhar sua execução por meio de relatórios e visitas periódicas.

Além disso, a própria escolha dos membros do comitê tende a ser mais fácil nesse caso, pois é feita em momento em que ainda não surgiu nenhuma controvérsia sobre a execução do contrato que poderia levar a preferências contingentes das partes por membros que tenham uma ou outra orientação sobre a questão controversa¹⁸. De qualquer forma, quanto a essa segunda vantagem, observa-se que a dificuldade de constituição de comitês *ad hoc* pode ser parcialmente reduzida por previsões como a feita pela Cláusula 2.15 do Regulamento CCBC, segundo a qual “salvo disposição contrária das partes, os Membros do Comitê *ad hoc* serão automaticamente reconduzidos para a solução de eventual nova controvérsia”¹⁹.

Apontam-se, por outro lado, também algumas desvantagens na constituição de *dispute boards* permanentes. A primeira é o custo de remunerar os membros do comitê desde o início da execução do contrato. A segunda é que, no momento inicial do contrato, não se sabe com clareza quais são as controvérsias que irão surgir, o que torna difícil definir que tipo de qualificação profissional deveria ser exigida dos integrantes do comitê. Uma terceira desvantagem seria, diante de contratos complexos, submeter uma quantidade muito grande de controvérsias ao comitê, o que poderia atrasar a execução do contrato²⁰. Um contrato recente que previu constituição de *dispute boards ad hoc* foi o da BR-153/TO/GO²¹.

18 PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura*. RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, 2016, p. 165-166.

19 CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. *Regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas do CAM-CCBC*. São Paulo: Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2018, p. 4.

20 Ibidem, p. 166.

21 “Cláusula 41.4.2 A adoção do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute board*) previsto nesta cláusula possui caráter facultativo para as Partes e será instaurada *ad hoc*” (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Contrato de concessão*: edital n. 1/2021. Brasília, DF: ANTT, 2021, p. 66. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/abf5ab13-7964-a23b-03a5-6317dd73df96>. Acesso em: 18 nov. 2021).

Essas desvantagens dos *dispute boards* permanentes são mais salientes em contratos de longo prazo, em que diferentes fases geram diferentes potenciais de litigiosidade. Enquanto o contrato de construção vige apenas durante as obras, que ocorrem justamente no momento em que tendem a surgir mais controvérsias, contratos de concessão têm diversas fases com mais ou menos complexidade e potencial de controvérsia. Esses seriam os casos em que um modelo híbrido poderia ser preferível, prevendo-se a constituição do *dispute board* em fases específicas da execução do contrato.

4. REGRAS PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS

Outra questão relevante no tema dos *dispute boards* em contratos com a Administração Pública consiste na delimitação de regras para escolha dos membros que compõem os aludidos comitês.

A princípio, cabe reforçar que as partes detêm liberdade para ajustar a forma e o funcionamento do comitê de solução de conflitos, o que inclui desde o procedimento até a indicação dos respectivos membros. No entanto, embora haja espaço para conformação contratual nesse tema, é corrente a adoção de certos modelos já consagrados na prática ou regulamentados por instituições de renome internacional²².

O número de técnicos que compõem o comitê pode variar, na esteira das condições contratuais avençadas. É comum, todavia, a composição por junta de três membros, cabendo a cada parte o direito de indicar um integrante. O presidente do comitê, então, é indicado por comum acordo entre os dois técnicos apontados pelas partes. Esse modelo foi adotado, por exemplo, na concessão das linhas 8 e 9 do Metrô de São Paulo²³.

22 Nesse sentido: 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*, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, 2015, p. 11.

23 Conforme Anexo VII, do Contrato de Concessão: “3. COMPOSIÇÃO 3.1 A COMISSÃO será formada por 3 (três) membros especializados, com experiência na gestão de ou assessoria a projetos de longo prazo no setor de transporte urbano de passageiros, que deverão, no âmbito de sua competência, conforme delimitado no item 2 deste ANEXO, atuar encorajando as PARTES a evitar disputas e as assistir na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva, sempre aplicando o disposto no CONTRATO e seus ANEXOS e observando a legislação aplicável. 3.1.1 Cada uma das PARTES indicará um membro para compor a COMISSÃO, devendo os membros indicados, de comum acordo, nomear o terceiro membro, a quem caberá a presidência da COMISSÃO (‘PRESIDENTE’)” (SÃO PAULO, 2021a, p. 2).

Sob a perspectiva dos interesses subjacentes ao contrato, é natural que a composição do comitê de resolução de disputas se apresente como componente importante do contrato, com impacto sobre a execução. A definição de regras de seleção daqueles que irão integrar o comitê é valiosa e delicada para as partes, já que irão se submeter às orientações e/ou decisões fixadas pelos membros técnicos²⁴.

Nesse sentido, desponta o elemento da confiança que as partes depositam nos membros por elas indicados. Contudo, para além dessa feição, é fundamental que integrantes do comitê sejam imparciais e com conhecimento técnico a respeito do objeto executado no projeto, como aponta a doutrina²⁵.

Para assegurar a imparcialidade dos membros, concebe-se, por exemplo, previsão contratual de que membros do comitê sujeitem-se a hipóteses similares de impedimento e suspeição previstas nos artigos 144 e 145, do Código de Processo Civil, para o exercício de função pelo magistrado, como consta no Anexo VII, do Contrato de Concessão das linhas 8 e 9²⁶. Neste ponto, vale cogitar, em especial, a vedação de indicação de sujeitos que tenham vínculo profissional preexistente, seja com a Administração Pública ou com o pactuante privado.

No âmbito do município de São Paulo, a Lei nº 16.873/2018 – que regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura – contém previsão expressa, no artigo 7º, de que estão impedidos de funcionar como membros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio submetido, algumas das relações caracterizadoras de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que

24 Em vista da relevância na fixação de regras de escolha, é oportuna a minuciosa disciplina contratual neste tema, sem prejuízo de que eventuais lacunas sejam reportadas a regulamentos preexistentes de instituições com experiência na área.

25 PITRE; ANDRADE, *op. cit.*, p. 164.

26 Conforme previsto na Cláusula 3.4: “Ressalvado o disposto no item 3.2 in fine, todos os membros da COMISSÃO deverão possuir experiência na gestão de ou assessoria a projetos de longo prazo no setor de transporte urbano de passageiros e deverão ser independentes em relação às PARTES, sendo-lhe aplicáveis as regras de impedimento e suspeição dos juízes previstas no Código de Processo Civil vigente e aquelas existentes no Capítulo III da Lei Federal nº 9.307/1996” (SÃO PAULO, 2021a, p. 3).

couber, os mesmos deveres e responsabilidades, nos termos do diploma processual civil. Afora o dispositivo, estipulou-se que os integrantes do comitê devem proceder com imparcialidade, independência, competência e diligência, conforme artigo 6º, § 3º, da lei municipal.

É possível discriminar, ainda, contratualmente, relações específicas de parcialidade ou conflito de interesses que possam minar a tarefa desempenhada pelos técnicos, proibindo-se a escolha daqueles que se enquadrem em determinadas situações objetivas.

Além do quesito da imparcialidade, o caráter técnico na escolha dos membros também pode ser reforçado por meio da estipulação de condições mínimas de formação técnica e experiência profissional reconhecidas e proporcionais às atividades a serem desempenhadas.

Por fim, é lícito avançar procedimento para impugnar a indicação realizada por qualquer das partes, quando em descompasso com os critérios fixados no contrato, como forma de assegurar vigência às regras, além de conferir segurança às partes quanto à lisura do comitê e fomentar a resolução extrajudicial de eventuais controvérsias. A viabilidade de impugnação está prevista, por exemplo, no Decreto municipal nº 60.067/2021, que regulamenta a Lei nº 16.873/2018, no município de São Paulo, nos termos do artigo 7, § 6º²⁷.

Cabe acrescentar que a disciplina normativa de parâmetros para escolha de membros dos comitês de resolução de disputas passou a estar positivada no ordenamento jurídico, de forma expressa, por meio da Lei nº 14.133/2021, que impôs a observância de “critérios isonômicos, técnicos e transparentes”, no artigo 154, inserido no Capítulo próprio para tratar dos meios alternativos de resolução de controvérsias em contratos administrativos.

O comando normativo, embora qualifique os critérios de escolha, não fornece clareza a respeito da efetivação desses parâmetros,

27 “§ 6º A autoridade mencionada no caput deste artigo poderá impugnar a nomeação, por qualquer contraparte, de membro de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas que se enquadre nas hipóteses de impedimento e suspeição” (SÃO PAULO. Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. *Diário Oficial do Município de São Paulo*: seção 1, São Paulo p. 1, 10 fev. 2021c, p. 1).

em especial no que concerne à observância da isonomia no processo de escolha dos membros.

Uma interpretação possível da necessidade de se observar isonomia no processo de escolha exigiria, por exemplo, a necessidade de “rodízio” entre aquelas pessoas tidas pela Administração Pública como possíveis e qualificáveis membros do comitê de determinado projeto, vedando-se a indicação reiterada do mesmo sujeito para figurar nesta posição, ainda que detenha capacidade técnica e confiança do Poder Público. Essa interpretação, todavia, não é de simples aplicação concreta, de modo que seria interessante que a legislação tivesse precisado, de forma percutiente, o conteúdo do comando normativo²⁸.

De toda forma, o dispositivo ressalta a necessidade de escolha impessoal, técnica e com observância da publicidade. Por esse motivo, cabe à Administração Pública estabelecer regime detalhado, que reforce o cumprimento desses parâmetros no processo de seleção, a exemplo das previsões anteriormente exemplificadas, sem prejuízo de outras.

5. O CUMPRIMENTO DE DECISÕES QUE RECONHEÇAM OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS A CARGO DO PODER PÚBLICO

Uma última celeuma que se coloca na utilização dos *dispute boards* em contratos de parceria diz respeito ao cumprimento das decisões que reconhecem a exigibilidade de obrigações de pagar a cargo do Poder Público, ou obrigações de fazer que tenham conteúdo pecuniário.

Como é sabido, a sistemática de pagamento e execução orçamentária dos entes públicos tem peculiaridades próprias, que exigem o prévio planejamento de gastos de forma compatível com as verbas disponíveis para cada exercício financeiro.

Nesse contexto, sobrevindo decisão vinculante do comitê de resolução de disputas que reconheça obrigação de pagar quantia pelo poder público, colocam-se, principalmente, duas questões: (i) se é possível

28 Para endereçar esse aspecto da indicação dos membros dos comitês, é viável que a Administração Pública se utilize de soluções como o cadastramento de sujeitos ou o tradicional recurso à hipótese de inexigibilidade de licitação, desde que promova e fomente, como dito, apontamento isonômico.

o seu cumprimento espontâneo pelo ente público e, em caso positivo, que formalidades devem ser observadas; e (ii) em caso de não cumprimento espontâneo, quais remédios executórios ficam à disposição do particular para efetivar a decisão.

Como se destacou no tópico 2, entende-se que a decisão vinculante dos comitês de resolução de disputa possui natureza obrigacional e força executória, de modo que o seu cumprimento é obrigatório para as partes, aplicando-se o *pacta sunt servanda*²⁹.

Assim, o cumprimento espontâneo das decisões do *Dispute Adjudication Board* pelo Poder Público não apenas é possível como recomendável, independente da natureza da obrigação reconhecida. Isso porque a parte pública se vincula ao contrato da mesma forma que a parte privada³⁰, não sendo diferente do que se passa com o cumprimento de uma cláusula contratual escrita.

Frise-se que, para tanto, não é necessária a celebração de aditivo ao contrato, pois a decisão vinculante do comitê já possui, por previsão contratual, eficácia constitutiva da obrigação a ser adimplida.

Naturalmente, será preciso tomar as necessárias cautelas do ponto de vista orçamentário e financeiro, uma vez que o cumprimento espontâneo de decisão de caráter pecuniário acarretará despesa não prevista originalmente.

Na forma do art. 165, § 5º, da Constituição Federal e do art. 6º da Lei nº 4.320/64, todas as despesas devem estar previstas no orçamento – é o que exigem os princípios da legalidade e universalidade orçamentárias. Por sua vez, o art. 167, inc. II, da Constituição Federal veda a realização de despesas fora do orçamento. Tais vedações têm por objetivo permitir o melhor planejamento da execução orçamentária e evitar que despesas feitas à margem da Lei Orçamentária Anual (LOA) desequilibrem as contas públicas.

29 “Desse modo, verifica-se que as decisões dos *dispute boards* têm natureza obrigacional e, conseqüentemente, possuem força executória, já que integram o contrato como se um dispositivo contratual fosse” (FIGUEIREDO; SALLA, op. cit., p. 73-74).

30 “Com relação à obrigatoriedade das decisões, essa característica também se dará para o Poder Público da mesma forma que ocorre com os atores privados. O *dispute board* tem natureza contratual, logo, suas decisões, que integram o próprio contrato, obrigarão as partes que assim anuíram” (PEREIRA, op. cit., p. 25).

Nesse sentido, para o pagamento voluntário deve-se observar as formalidades legais para a assunção de novas despesas, na forma da Lei Federal nº 4.320/64 e da Lei Complementar nº 101/2000, mediante a abertura de crédito suplementar – caso o pagamento reconhecido pelo DAB possa se enquadrar em alguma dotação orçamentária pré-existente – ou especial – caso se trate, efetivamente, de nova despesa, não enquadrável na Lei Orçamentária Anual (LOA) vigente³¹. Igualmente, será preciso verificar a existência de disponibilidades financeiras suficientes para cobrir a despesa a ser realizada, pressuposto para a abertura de qualquer dos mencionados créditos adicionais³².

Essa imposição constou da recente regulamentação feita pelo estado de São Paulo na concessão das Linhas 8 e 9 de trens metropolitanos, que se utilizou da figura do *Dispute Adjudication Board* – denominado Comissão de Prevenção e Solução de Disputas –, com caráter vinculante.

Ali se estipulou que o cumprimento de decisões da Comissão que reconheçam obrigação de pagar a cargo do Poder Público deve observar a sistemática de execução orçamentária-financeira da Administração Pública³³. A única exceção a essa sistemática diz respeito às decisões que envolvam o cumprimento de indicadores de desempenho, eis que, em relação a estas, posições favoráveis à Concessionária não importarão, propriamente, em um pagamento por parte da Administração

31 “Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública” (BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964, art. 41).

32 “Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa” (Ibidem, art. 43).

33 “4.14. As decisões emitidas pela COMISSÃO que determinarem a uma das PARTES a obrigação de pagar quantia à outra PARTE, ou a obrigação de fazer que possa ser representada em conteúdo pecuniário, deverão conferir o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para o adimplemento da obrigação de fazer precitada e, em se tratando de obrigação de pagar, observar a sistemática de pagamento e execução orçamentária-financeira aplicável à ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ressalvadas as decisões envolvendo os INDICADORES DE DESEMPENHO ainda que de cunho pecuniário” (SÃO PAULO, 2021a, p. 7).

Pública, mas em ausência de desconto – ou desconto em patamar inferior ao pretendido – sobre a remuneração já prevista contratualmente, remuneração esta oriunda da arrecadação tarifária dos usuários e, portanto, não sujeita ao mencionado regime de execução orçamentária.

Cenário diverso se verifica caso haja discordância por parte da Administração Pública em relação à decisão prolatada pelo comitê de resolução de disputas, optando o gestor por contestá-la.

Nesse âmbito, o natural é que a discussão passe à seara jurisdicional, seja pela tomada de iniciativa da própria Administração Pública em questionar a decisão do DAB, ou, no caso de sua inércia, pela provocação do juízo estatal ou arbitral por iniciativa do particular prejudicado pelo inadimplemento da obrigação reconhecida pelo comitê, visando seu cumprimento. É que, não obstante ao DAB sejam outorgado poderes para emitir determinações vinculantes às partes, não lhe é outorgado qualquer poder coercitivo – o que nem mesmo seria possível, haja vista se tratar de matéria sujeita a reserva legal, não disponível à autonomia negocial das partes.

Caso venha a ser chancelada em sua validade e eficácia pela esfera jurisdicional, o cumprimento da decisão do comitê deverá seguir o regime de pagamento por precatório, conforme previsto no artigo 100 da Constituição Federal, dado ser este o único regime admissível no ordenamento jurídico para fins de determinação do dispêndio involuntário de recursos públicos.

Há de se admitir que o procedimento elimina ganhos de eficiência que poderiam ser obtidos por meio da utilização do instituto do *Dispute Adjudication Board* nos contratos com o Poder Público, no sentido de dar efetividade e celeridade ao equacionamento das disputas contratuais, permitindo a plena continuidade da execução contratual, conforme a prática utilizada no mercado de construção civil de “pagar agora e discutir depois”³⁴. Na prática, as decisões pecuniárias do comitê assumem mero caráter recomendatório, cuja efetividade imediata fica na dependência do acatamento pela parte pública prejudicada. É possível, inclusive, que a disputa acabe se alongando por tempo ainda maior do que o

34 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION, op. cit., pos. 1884.

que levaria caso o instituto não fosse contratualmente previsto, caso em que as partes ingressariam imediatamente em juízo ou instaurariam uma arbitragem para equacioná-la, fazendo com que a cláusula de *dispute board* promova resultado contrário ao buscado pelas partes.

No entanto, o regime constitucional dos precatórios é de aplicação cogente e intimamente conectado a preceitos de ordem pública, de modo que, salvo quanto às exceções consignadas na própria Constituição, não há como dispensá-lo nas execuções pecuniárias em face do Poder Público, qualquer que seja a natureza da obrigação de pagamento.

Face a esse dilema, definitivamente não há respostas prontas. Uma forma de evitar os desafios aqui comentados é a adoção de comitês com poderes meramente recomendatórios para os contratos com a Administração Pública. Trata-se da posição encampada pelo município de São Paulo, por meio do Decreto nº 60.067/2021³⁵, que regulamentou a utilização do instituto pelo ente, assim como por parcela da doutrina. O argumento é de que tal modalidade, além de adequada aos conflitos público-privados, não careceria de efetividade, pois a qualidade técnica das decisões recomendatórias, aliada à costumeira chancela por elas recebidas em sede jurisdicional, impeliria as partes ao cumprimento espontâneo³⁶.

Porém, é fato que outros entes federativos fizeram ou podem vir a fazer opção pela adoção da modalidade de comitê vinculante, em relação aos quais o dilema em torno do cumprimento de decisões que reconhecem a exigibilidade de pagamentos por parte da Administração Pública permanece. No caso do estado de São Paulo, que vem adotando tal modalidade em projetos recentes, a solução contratual parece ter indicado a execução por precatório como obrigatória, o que decorreria da já mencionada previsão de que o cumprimento de decisões com

35 “Art. 2º, § 3º. O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas a que for atribuída natureza revisora poderá emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, não sendo aplicável qualquer regulamentação em sentido contrário” (SÃO PAULO, 2021, art. 2º).

36 Nesse sentido: VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 131-151, 2013.

caráter pecuniário deve observar “a sistemática de pagamento e execução orçamentário-financeira” aplicável à Administração Pública³⁷.

Uma possível via para o equacionamento do problema pode se dar pelo oferecimento de garantias públicas para assegurar o adimplemento de valores devidos pelo Poder Concedente, uma vez que, vindo o DAB a reconhecer a exigibilidade de obrigação coberta pelo mecanismo de garantias, estas podem ser executadas diretamente pelo parceiro privado, sem recurso à jurisdição, para a satisfação de seu crédito³⁸.

Não obstante seja usual a previsão de uma abrangência limitada ao instituto das garantias públicas, voltando-se ao resguardo de obrigações financeiras bem definidas no contrato (*v.g.*, pagamento de contraprestações), nada impede que se preveja um escopo mais abrangente para a cobertura por elas oferecida, que possa albergar, se não todas, a grande maioria das obrigações adjudicáveis pelo DAB em benefício do parceiro privado. Exemplo de formulação nesse sentido é utilizada nos contratos de PPP celebrados pelo estado da Bahia, em que se prevê garantia pública não apenas em relação aos pagamentos expressamente previstos no contrato, mas também abrangendo “as indenizações em geral” devidas pelo Concedente à Concessionária³⁹, hipó-

37 Além do mencionado projeto da concessão das Linhas 8 e 9 da Rede de Trens Metropolitanos, a mesma previsão consta do contrato de PPP do Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-Americana), que se encontra em fase de consulta pública (SÃO PAULO, 2021b, Cláusula 83.22.1). Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/136>. Acesso em: 29 out. 2021.

38 No estado de São Paulo, por exemplo, há previsão genérica admitindo que o Poder Público ofereça garantias com o objetivo de “mitigar os riscos e diminuir os custos” associados a PPPs e outras categorias de contratos administrativos (art. 17, parágrafo único, Lei Estadual nº 16.933/2019).

39 Cf. o Contrato de Concessão Patrocinada para Implantação e Operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, cuja Cláusula 29.2 assim dispõe: “29.2. O fiel adimplemento das obrigações pecuniárias do CONCEDENTE no âmbito do presente CONTRATO será garantido com cotas do FGFB, a ser efetivamente constituído até a assinatura do CONTRATO, nos termos da Lei estadual nº 12.610, de 27 de dezembro de 2012 e eventuais alterações posteriores, e do seu Estatuto e Regulamento. 29.2.1. As obrigações pecuniárias do CONCEDENTE garantidas pelo FGFB são as seguintes: (i) as CONTRAPRESTAÇÕES EFETIVAS; (ii) as parcelas acrescidas às CONTRAPRESTAÇÕES EFETIVAS decorrentes dos riscos assumidos pelo CONCEDENTE, nos termos das cláusulas 25.4.6 e 25.4.7; (iii) o APORTE DE RECURSOS; e (iv) indenizações em geral devidas pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, sobretudo aquelas decorrentes das hipóteses de extinção antecipada do CONTRATO” (BAHIA. Contrato n. 01/2013: contrato de concessão patrocinada para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Salvador: Secretaria de Desenvolvimento Urbano, 2013, p. 110-111). Disponível em: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_metro.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

tese na qual podem ser enquadrados variados pleitos de reequilíbrio que venham a ser submetidos ao crivo do comitê de prevenção e solução de disputas.

Por fim, a par do equacionamento via garantias públicas, haverá também quem defenda soluções alternativas ao regime de precatórios para fins de dar efetividade prática à aplicação do instituto do DAB nos contratos público-privados, como se faz em relação às sentenças arbitrais⁴⁰, apesar de ainda não se ter conhecimento de escritos que adotem essa abordagem, talvez pelo estágio embrionário em que se encontra o debate.

Diante de todo esse contexto, a única certeza é que o tema carece de maior reflexão doutrinária e prática, na tentativa de encontrar soluções efetivas e compatíveis com o ordenamento jurídico-constitucional. O objetivo aqui foi apenas apresentar os principais contornos da discussão e o paradoxo que a envolve, mencionando as primeiras tentativas para o seu equacionamento e lançando sementes para um aprofundamento subsequente.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou apresentar as características principais do instituto do *dispute board*, ressaltando a sua adequação e utilização crescente no âmbito dos contratos administrativos, especialmente na área de concessões e PPPs.

Como se pôde ver, a tradução desse instituto para a área das concessões e PPPs, apesar de recomendável, não se faz sem controvérsias e desafios, decorrentes da necessidade de compatibilizar um instituto que surge no direito privado para as relações contratuais público-privadas.

40 Advogando tal posição: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública**: uma proposta de regulamentação. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 81. Apesar de haver quem defenda soluções nesse sentido, aderimos à posição de que é obrigatória a observância do regime do artigo 100 da Constituição Federal, por previsão legal e para fins de coerência sistêmica do ordenamento processual brasileiro. Para maior detalhamento dessa discussão, cf. MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 278 ss.

Nesse contexto, destacou-se a escolha quanto ao momento de constituição dos comitês de resolução de disputas, apontando as vantagens e desvantagens dos *dispute boards* permanentes e *ad hoc* e ressaltando como cada uma dessas modalidades encontra previsão nos regulamentos de referência, ilustrando também como vêm sendo traduzidas para o cenário dos contratos de parceria no Brasil.

Igualmente, enfrentou-se as principais questões envolvendo a escolha dos membros e as soluções normativas aplicáveis para a garantia de sua imparcialidade, destacando-se a importância desta última quando se tem como contratante uma parte pública.

Por fim, abordou-se as peculiaridades que envolvem o cumprimento de decisões vinculantes de caráter pecuniário em desfavor da Administração contratante, cenário em que se verifica verdadeiro dilema entre a necessidade de observância à sistemática de pagamentos própria dos entes públicos e o reclamo por maior efetividade do mecanismo dos *dispute boards* nos contratos públicos. Buscou-se ensaiar algumas soluções nesse tema, que permanecem, no entanto, carentes de maior aprofundamento.

Longe de pretender exaurir o tema, o presente ensaio tencionou tão-somente oferecer singelas contribuições para esses importantes debates que ora se iniciam na esfera do direito público brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Contrato de concessão**: edital n. 1/2021. Brasília, DF: ANTT, 2021.

AMARAL, Flávio. O *dispute board* e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* (org.). **Direito administrativo e *alternative dispute resolution***: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. São Paulo: Fórum, 2020. p. 99-113.

BAHIA. **Contrato n. 01/2013**: contrato de concessão patrocinada para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Salvador: Secretaria de Desenvolvimento Urbano, 2013.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços

da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. **Regulamento para o comitê de prevenção e solução de disputas do CAM-CCBC**. São Paulo: Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I jornada “prevenção e solução extrajudicial de litígios”**: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, 2016.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. **Dispute board manual: a guide to best practices and procedures**. Charlotte: Spark Publications, 2019.

FIGUEIREDO, Augusto Barros de; SALLA, Ricardo Medina (coord.). **Manual de dispute boards: teoria, prática e provocações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARCONDES, Fernando. Dispute board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 30, p. 98-114, 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, 2015.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000. Agravante: Consórcio TC Linha 4 amarela. Agravado: Metrô – Companhia do metropolitano de São Paulo. Relator: Torres de Carvalho, 30 de julho de 2018. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 ago. 2018.

SÃO PAULO. **Anexo VII ao Contrato n. 02/2021**: contrato de concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, sobre trilhos, das linhas 8 – diamante e 9 – esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes

Metropolitanos, 2021a. Disponível em <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/129>. Acesso em 18 nov. 2021

SÃO PAULO. **Concorrência Internacional n. 01/2021**. Minuta de contrato. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2021b.

SÃO PAULO. Decreto n. 60.067, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a lei n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. **Diário Oficial do Município de São Paulo**: seção 1, São Paulo p. 1, 10 fev. 2021c.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública**: uma proposta de regulamentação. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano. 10, n. 38, p. 131-151, Jul./2013.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, 2005.