

AS MANIFESTAÇÕES NÃO-JURISDICIONAIS SOBRE A EXECUÇÃO DE CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTEÚDO, CUMPRIMENTO E VINCULAÇÃO

André Rodrigues Junqueira¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Uma distinção necessária: atividades de apoio na gestão contratual e instrumentos de resolução de disputas contratuais; 2.1 – O papel do verificador independente e do auditor independente; 2.1.1 – Os setores sujeitos à regulação por agência independente; 2.2 – Os métodos de solução de disputas contratuais; 2.2.1 – Instrumentos autocompositivos; 2.2.2 – Instrumentos heterocompositivos; 2.2.2.1 – Jurisdicionais; 2.2.2.2 – Não jurisdicionais; 3 – O cumprimento das manifestações não jurisdicionais pelo gestor contratual; 3.1 – Manifestações que geram um fazer/não fazer e manifestações que provocam dispêndio de recursos; 3.2 – O cumprimento espontâneo; 3.3 – O cumprimento não espontâneo; 4 – Métodos formais para questionar manifestações não jurisdicionais;

¹ Procurador do estado de São Paulo. Doutorando, mestre e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3288-2613>

O autor agradece a Thamy Kawai Marcos e Thiago Mesquita Nunes pela leitura atenta e comentários críticos aos manuscritos preliminares que originaram este artigo. Eventuais erros e omissões são de responsabilidade exclusiva deste subscritor.

4.1 – Instrumentos não vinculantes; 4.2 – Instrumentos vinculantes;
5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo apresenta uma análise sobre órgãos de apoio à gestão contratual e instrumentos não jurisdicionais de solução de disputas contratuais. Especificamente, foram avaliadas algumas dúvidas relacionadas ao cumprimento e possibilidade de questionamento de tais recomendações e decisões, bem como seus efeitos em empreendimentos sujeitos à regulação por agência independente. O método de trabalho acadêmico é o estudo de caso, mediante pesquisa qualitativa de recentes contratos de Parcerias Público-Privadas celebrados pelo estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Resolução de disputas. Gestão. Jurisdição. Arbitragem.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar o efeito de manifestações apresentadas por pessoas ou entidades que apoiam a execução de contratos celebrados pela Administração Pública e os efeitos de pronunciamentos de órgãos destinados à resolução de conflitos em tais avenças.

Trata-se de tema extremamente amplo, de modo que se mostrou necessário delimitar a investigação acadêmica ao exame de determinados instrumentos obrigacionais, sob a ótica de algumas atividades de apoio à execução contratual e alguns instrumentos de resolução de conflitos.

Dessa maneira, este ensaio se debruçará sobre alguns recentes contratos de concessão comum e Parceria Público-Privada (PPP) do estado de São Paulo, cujas minutas foram elaboradas no atual mandato político (2019/2022), com uma análise marginal sobre contratos de PPP de outros entes federativos. Sob o prisma das atividades de apoio e esferas decisórias a serem examinadas, optou-se pelo maior enfoque aos *disputes boards*, verificadores independentes e auditores independentes, por serem os instrumentos mais corriqueiros nos empreendimentos selecionados para estudo.

A importância da análise aqui proposta está relacionada à crescente complexidade dos contratos de concessão e PPP, que demandam o assessoramento, aconselhamento ou mesmo a decisão sobre temas

controvertidos na relação jurídico-obrigacional por pessoas ou entidades que não representam o interesse das partes contratuais. Assim, a eficácia e vinculação da ação desses agentes de apoio à gestão contratual é tema que desperta dúvidas aos operadores do direito e administradores públicos.

No que concerne à metodologia de pesquisa, optou-se por um estudo de caso, ou seja, técnica de investigação das ciências sociais, para análise detalhada de grupos, instituições, programas sociais ou sociojurídicos². Referida proposta pode se valer de instrumentos quantitativos ou qualitativos, de modo que foi selecionada a perspectiva qualitativa, considerando que a quantidade de projetos de concessão e PPP em curso não permite a realização de um *survey*. Assim, foram selecionadas informações de processos com acesso público, localizados por meio das bases de dados na internet, por pesquisa booleana.

2. UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA: ATIVIDADES DE APOIO NA GESTÃO CONTRATUAL E INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS CONTRATUAIS

As relações jurídico-obrigacionais de trato sucessivo para construção, implantação e operação de empreendimentos públicos por longos anos possuem algumas características próprias no que concerne à gestão da avença e aos instrumentos de resolução de disputas³.

Inicialmente, é importante ressaltar uma característica imanente a tais contratos: sua natural incompletude⁴. Por se tratar de liames

2 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 155.

3 Em geral, essas relações jurídicas se instrumentalizam por contratos de concessão comum (regidos pela Lei Federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995) ou por Parcerias Público-Privadas (PPP), regulamentadas em âmbito federal pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que definiu que PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, de modo que a primeira categoria se refere à concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

4 A teoria dos contratos incompletos foi exposta com proficiência pelos professores Oliver Hart (Harvard) e John Moore (London School of Economics). (Cf. HART, Oliver; MOORE, John. *Foundations of incomplete contracts*. Cambridge: National Bureau

obrigacionais que vigorarão por décadas, cujos objetos são deveras complexos, suas cláusulas não conseguem prever todos os eventos que podem ocorrer ao longo de sua vigência. Diante dessas características, a literatura jurídica e econômica ressalta o aspecto relacional de suas disposições, de modo que o elemento confiança e a menor rigidez na relação entre as partes se mostram fundamentais⁵.

Mesmo com o intuito cooperativo entre as partes, a existência de discordâncias entre os representantes do contratante e do contratado é corriqueira em contratações dessa natureza, especialmente nas concessões e PPP. Apenas para citar um exemplo, é pertinente lembrar que a Lei federal nº 8.987/95 dispõe que o empreendimento poderá ser licitado com elementos do projeto básico (inciso XV do artigo 18), o que representa uma vantagem no modelo das concessões, desenvolvido para garantir flexibilidade na atuação do contratado, mas que poderá gerar divergências de entendimento entre as partes sobre a adequada execução do empreendimento.

Dessa forma, é recomendável que os contratos de concessão e PPP prevejam instrumentos de apoio à gestão contratual, a partir da atuação de terceiros que atestem a execução de serviços, verifiquem o cumprimento de indicadores de desempenho e resolvam contendas ocorridas na seara administrativa.

De forma complementar, é importante que referidos liames obrigacionais também contenham sistemas jurisdicionais de resolução de disputas, que pacifiquem a relação entre as partes sob o manto da coisa julgada⁶.

of Economic Research, 1998. NBER Working Paper Series, Working Paper 6726). No direito brasileiro, destaca-se a obra de MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- 5 Tais instrumentos de longa duração, cujo aspecto relacional é determinante entre as partes, já foram estudados pela teoria de Ian Macneil. De acordo com o autor, “Um sistema de contrato mais relacional e sua lei contratual neoclássica correspondente permanecem teoricamente estruturados nos modelos descontínuos e clássicos, com mudanças significativas. Tais contratos, sendo mais complexos e de maior duração do que as transações descontínuas, tornam-se disfuncionais se forem muito rígidos [...]. Assim, grande parte da flexibilidade precisa ser planejada, ou lacunas devem ser deixadas no planejamento, conforme necessário” (MACNEIL, Ian. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978, p. 856-905).
- 6 Conforme nos ensina Rosemiro Pereira Leal, “a coisa julgada, com a vigência da Constituição Brasileira de 1988, assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade de efeito da sentença de mérito com autoridade a suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial extintiva do

Atualmente, existe certo consenso na literatura jurídica especializada de que o Poder Judiciário não representa o melhor foro para resolução de disputas para empreendimentos de infraestrutura⁷, de modo que a arbitragem é utilizada em grande parte de tais contratos, para decisão final sobre temas relacionados a direitos patrimoniais disponíveis de tais avenças⁸.

É importante que se compreenda que os mecanismos de apoio à gestão contratual podem emitir recomendações, atentar à ocorrência de fatos ou decidir determinados conflitos, de forma vinculante ou não vinculante.

Por sua vez, os métodos de resolução de conflitos podem solucionar contendas com a formação de coisa julgada ou sem essa característica, quando não jurisdicionais.

O relacionamento entre o mosaico de formas de apoio à gestão contratual e de métodos de solução de disputas será explicitado abaixo, a partir de suas delimitações conceituais.

2.1 O papel do verificador independente e do auditor independente

O verificador independente e o auditor independente são agentes que passaram a ser previstos em contratos brasileiros de PPP e concessão⁹,

procedimento instaurado. Daí impõe-se a distinção entre a sentença transitada em julgado como ato jurisdicional afetado pela preclusão máxima e a coisa julgada, esta agora como garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritos pelo atendimento ao direito fundamental do devido processo”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181).

7 Como exemplo, podem ser destacados os seguintes trabalhos acadêmicos: LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007 e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 598-640.

8 Arbitragem é um meio privado e heterocompositivo de soluções de disputas disciplinado no Brasil pela Lei federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Para uma avaliação de uso do instituto em relações jurídicas complexas, Cf: FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas em Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiencia. *In*: TANZI, Attila *et al.* (ed.). **Derecho internacional de las inversiones em América Latina**. Boston: Leiden, 2016, p. 571 e ss.

9 Referidas nomenclaturas variam muito entre projetos, mas seus contornos básicos costumam ser os mesmos. Nos empreendimentos de infraestrutura de setores regulados federais e estaduais podem ser encontradas as denominações “Relator Independente” ou “Organismo de Avaliação de Conformidade”, com sentido semelhante ao “Verificador Independente”.

com inspiração em modelos internacionais, tendo como principal função oferecer apoio à gestão contratual¹⁰.

Trata-se de entidades que não estão previstas expressamente na legislação, cujos contornos e competências foram moldados ao longo dos anos pela prática dos redatores contratuais.

Especificamente quanto ao verificador independente, sua atribuição, em diversos empreendimentos, está relacionada à verificação do atingimento de índices de desempenho previstos no instrumento obrigacional. Sabe-se que a Lei federal nº 11.079/2004 prevê no parágrafo primeiro de seu artigo 6º que a remuneração do parceiro privado poderá ser variável e vinculada ao seu desempenho, conforme padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

De acordo com o levantamento efetuado para elaboração deste artigo, um dos primeiros contratos de PPP a prever tal figura foi a concessão patrocinada para exploração da Rodovia MG-050 em 2007, com extensão de 372 km, para a execução dos investimentos de reestruturação asfáltica, ampliação de faixas, conservação e manutenção rodoviária.

Trata-se de um dos primeiros contratos de PPP celebrados no Brasil e já previa, desde sua redação original, avaliações permanentes dos níveis de serviço do concessionário¹¹.

10 Conforme nos aponta a literatura internacional sobre o tema: “A revisão do projeto e a supervisão da construção podem ser realizadas por um ‘verificador’ independente. O papel do verificador é ser imparcial entre a empresa do projeto e a autoridade contratante e, no devido tempo, certificar que a instalação concluída atende às especificações iniciais de produção. Os custos são pagos pela empresa do projeto, mas a nomeação é conjunta com a entidade adjudicante. A contratação de um verificador não deve isentar a empresa do projeto de suas próprias obrigações nos termos do contrato de PPP para atender às especificações de produção”. (YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. *Public-private partnerships for infrastructure: principles, policy and finance*. 2. ed. Cambridge: Butterworth-Heinemann, 2018, p. 65).

11 OLIVEIRA, Eloy Henrique Saraiva de; PAIVA, Danuza Aparecida de. O papel dos verificadores independentes nos contratos de PPP: a experiência do estado de Minas Gerais. *In: Congresso Consad de Gestão Pública*, 4., 2013, Brasília, DF. *Anais [...]*. Brasília, DF: Consad. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/05/193-O-PAPEL-DOS-VERIFICADORES-INDEPENDENTES-NOS-CONTRATOS-DE-PPP-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DO-ESTADO-DE-MINAS-GERAIS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

Em âmbito conceitual, o *Manual de Parcerias do Estado de São Paulo* traz uma definição de verificador independente para os empreendimentos de referido ente federativo¹².

Uma das peculiaridades em torno do verificador independente se relaciona com a forma de sua contratação. Alguns empreendimentos, como o contrato de PPP dos Complexos Penitenciários de Minas Gerais celebrado em 2009, imputam ao Poder Concedente essa atribuição¹³. Em sentido oposto, alguns contratos direcionam o dever de contratar ao concessionário, como o caso da PPP para prestação dos serviços de esgotamento sanitário em diversos municípios do Mato Grosso do Sul¹⁴.

Por sua vez, o auditor independente se encontra presente em uma quantidade menor de contratos e sua atribuição não possui contornos totalmente definidos para o contexto brasileiro.

Nessa seara podem ser destacadas as concessões para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros sobre trilhos das Linhas 8 e 9 da Rede Metropolitana de São Paulo e a minuta do contrato do Trens Intercidades–TIC (trecho São Paulo-Americana)¹⁵. Especificamente em relação ao TIC, a proposta inicial prevê a utilização do auditor independente como agente técnico e tecnológico de certificação do cumprimento no

12 De acordo com tal documento técnico: “Em termos práticos, o Verificador Independente é responsável por preparar e aplicar os fluxos de processos necessários para aferição de desempenho da Concessionária, bem como dispor de infraestrutura lógica de Tecnologia de Informação para verificação dos indicadores e consequente cálculo do pagamento a ser feito pelo Poder Concedente. Ele poderá assumir as atividades a seguir relacionadas: Cálculo da variação da contraprestação pública; Desenho dos Processos para Monitoramento e Controle do Desempenho; Diagnóstico e Recomendação para Atualização Tecnológica; Proposição e Operação do Sistema para Monitoramento e Controle; Criação de Painel de Controle para Gestão de Indicadores; Monitoramento de desempenho; Gerenciamento de riscos; Gestão de conhecimento” (SÃO PAULO. *Manual de parcerias do estado de São Paulo*. São Paulo: Secretaria do Governo, [2015]. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 20 out. 2021, p. 173).

13 Os contratos celebrados com verificadores independentes de mencionado empreendimento podem ser obtidos em: <http://www.ppp.mg.gov.br/projetos/contratos-assinados/complexo-penal/114-as-ultimas-noticias/contratos-assinados/670-verificador-independente-penal>. Acesso em: 20 out. 2021.

14 De acordo com o Anexo X da minuta contratual, disponível em: <http://www.epe.segov.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/Anexo-X-Diretrizes-para-Contrata%C3%A7%C3%A3o-de-Verificador-Independente.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

15 A documentação da modelagem de ambos os projetos está disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Portfolio>. Acesso em: 25 out. 2021.

processo de transição operacional, de transferência da infraestrutura existente à concessionária e de certificação da infraestrutura a ser construída.

Assim como o verificador independente, o auditor independente também constitui elemento de apoio à gestão do contrato, cuja contratação costuma ser delegada ao contratado da concessão ou PPP. Trata-se de medida para reduzir todas as dificuldades relacionadas com a seleção de tal profissional pela Administração Pública, como a obtenção de dotação orçamentária específica, a realização de procedimento licitatório ou de procedimento de dispensa de licitação.

Ocorre que essa prática de atribuir a contratação de tais profissionais ao concessionário foi recentemente compreendida pelo Tribunal de Contas da União como elemento apto a macular sua independência, o que ensejou a proposta de determinação ao ente público contratante (no caso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) de supressão de tal figura contratual na minuta de contrato.

De acordo com o entendimento apresentado pela Corte de Contas em dois precedentes, a atribuição do dever de contratação ao concessionário cria um conflito de interesses, pois o verificador independente tenderia a emitir posicionamentos favoráveis para quem for responsável por sua remuneração. Tal linha de raciocínio foi expressamente consignada no acórdão nº 4036/2020, Plenário (processo nº 016.936/2020-5, rel. Min. Vital do Rêgo, para concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO) e no acórdão nº 4037/2020-TCU, Plenário (processo nº 018.901/2020-4, Rel. Min. Benjamin Zymler, para concessão de trechos das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA)¹⁶.

16 Conforme consignado expressamente no TC 016.936/2020-5: “O relator dito independente, ainda que encontre pendências na fase de trabalhos iniciais, dificilmente terá condições de reportar tais óbices à ANTT e de se manifestar contrariamente ao início da cobrança de pedágio, uma vez que isso acarretaria uma perda de arrecadação de grande monta à sua contratante, o que colocaria em risco a própria continuidade de sua prestação de serviços” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 016.936/2020-5. Desestatização. Agência nacional de transportes terrestres. Acompanhamento. Primeiro estágio da outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Determinações. Recomendações. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Relator: Min. Vital do Rêgo, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 11 jul. 2022, p. 60).

Posteriormente, o TCU evoluiu seu entendimento nos acórdãos n° 1766/2021 (rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) e n° 1769/2021 (rel. Min. Raimundo Carreiro), que analisaram a estruturação dos projetos de concessão da Nova Dutra (BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ) e das Rodovias BR-381/MG e BR-262/MG/ES. Em linhas gerais, mencionados precedentes admitiram a previsão de Organismo de Avaliação de Conformidade (nova denominação para o mesmo instituto, a ser contratado pelo parceiro privado), ressaltando que os pareceres por ele emitidos serviriam como mero instrumento de tomada de decisão pelo ente regulador federal, de forma não-vinculante, resguardando-se a competência fiscalizatória estatal¹⁷.

Verifica-se, portanto, que a utilização dos verificadores independentes e auditores independentes se encontra em momento sensível no Brasil, diante da cautela apontada pelo Tribunal de Contas da União em relação a tais institutos.

2.1.1 Os setores sujeitos à regulação por agência independente

Antes de adentrar nos métodos de solução de disputas contratuais, cabe uma breve observação acerca dos setores de infraestrutura brasileiros sujeitos à regulação por meio de agências reguladoras independentes, verificando-se eventuais peculiaridades desses segmentos no que tange ao uso de verificador independente e auditor independente.

A ideia de concentração de poderes regulamentares e disciplinadores de determinada atividade em uma agência governamental inspira-se no

17 Nos termos do acórdão n° 1766/2021: (i) “O primeiro passo seria a definição de que os pareceres emitidos pelo OAC, para serem utilizados nas tomadas de decisão da ANTT, acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, dependeriam da validação de órgão técnico do poder concedente, que não estaria vinculado às conclusões desses pareceres e responderia solidariamente por eventuais irregularidades, garantindo, assim, a competência fiscalizatória exclusiva prevista nos artigos 29 e 30, caput e parágrafo único, da Lei 8.987/1995; (ii) mediante deliberação devidamente motivada do poder concedente, a concessionária seja obrigada a rescindir o contrato com o OAC, em razão da emissão de informações não fidedignas ou de qualidade duvidosa; e (iii) eventual interesse da concessionária em rescindir o contrato com a OAC deverá ser submetido previamente à manifestação da ANTT, com a apresentação dos respectivos fundamentos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1766/2021. Processo n. TC 039.400/2020-4. Acompanhamento (desestatização). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 jul. 2021. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 96, 6 ago. 2021, p. 8).

modelo norte-americano das *commissions*, desenvolvido a partir do Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt (1933-1945). Assim, a percepção de que a concentração de poderes e especialização seria adequada para setores complexos, com intensas inovações tecnológicas, foi marcante nos Estados Unidos ao longo do século XX, influenciando outros países.

Especificamente no Brasil, o movimento de criação das agências reguladoras se intensifica a partir dos anos noventa do século XX, dentro de contexto liberal de diminuição do aparato estatal, a partir de processos de privatização e de transferência da prestação de serviços públicos *lato sensu* para o setor privado, com a subsequente regulação de tais atos concessórios por autarquias especializadas. Em sentidos opostos, o movimento das agências reguladoras brasileiras se prestou a colaborar com a descentralização das atividades estatais, ao passo que nos Estados Unidos simbolizou um período de centralização do controle estatal sobre as atividades econômicas.

Independentemente das diferenças evolutivas entre os países, parece haver similitudes acerca da competência das agências reguladoras enquanto foros que recebem um mandato estatal para estabelecerem diretrizes e colaborarem com a definição de políticas públicas de determinado setor. Compreende-se, inclusive, que decisões relacionadas à política regulatória não seriam suscetíveis de revisão judicial em seu mérito administrativo¹⁸.

Diante de tal contexto, questiona-se qual o papel a ser exercido por verificadores independentes e auditores independentes em setores regulados.

A dúvida levantada é bastante pertinente, pois haveria risco de redundância, ou mesmo sobreposição de atribuições, caso a Administração Pública constitua uma agência reguladora especializada, com equipe técnica

18 Cass Sunstein, professor da Universidade de Harvard, é um dos defensores da valorização das agências como intérpretes *prima facie* dos temas relacionados à sua esfera decisória e como entidades formuladoras de políticas públicas (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: redeeming the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2020, p. 126). Em sentido semelhante, no contexto brasileiro: “é preciso destacar o fato de que, no Brasil, a atividade de jurisdição (seja estatal, seja arbitral) não alcança as decisões reservadas à atividade de administração pública, notadamente aquilo que configura poder de polícia e mérito administrativo (e sua ínsita discricionariedade na análise de conveniência e oportunidade), por vezes instrumentalizados em contratos por meio de cláusulas regulamentares”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 153.

contratada e competências definidas em lei para regulação de contratos em determinado setor de infraestrutura e, ao mesmo tempo, identifique a necessidade, em um contrato de concessão ou PPP nesse setor, de seleção de um auditor independente com competências generalistas, para elaboração de laudos e relatórios de observância compulsória entre as partes.

Em atenção a esse risco, o contrato de concessão das Linhas 8 e 9 trouxe previsão expressa no sentido de tornar as manifestações de verificadores independentes e auditores independentes como mero subsídio técnico para tomada de decisão da agência reguladora, quando essa entidade estiver formalmente instaurada e receber a delegação para regulação de referida concessão¹⁹.

2.2 Os métodos de solução de disputas contratuais

A cláusula de solução de disputas nos contratos celebrados pela Administração Pública pode assumir diversos formatos e valer-se de inúmeros instrumentos para a adequada decisão sobre o litígio.

A solução tradicional adotada em contratos públicos para julgamento de conflitos é a cláusula de foro comum, que submete ao Poder Judiciário estatal a resolução de quaisquer questões relacionadas à avença celebrada. Trata-se de instrumentalização da previsão contida no § 1º do art. 92 da Lei federal nº 14.133/2021 e no § 2º do art. 55 da Lei Federal nº 8.666/93²⁰. Contudo, aos poucos, outros métodos de

19 De acordo com a previsão contratual: “20.1.3. As previsões, neste CONTRATO, e nos ANEXOS, que atribuem aos laudos, relatórios, ou outros documentos correlatos, produzidos pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e ao AUDITOR INDEPENDENTE, natureza de observância compulsória pelas PARTES, perdurarão exclusivamente até que a fiscalização e regulação deste CONTRATO seja delegada definitivamente à agência reguladora que integra a Administração Pública do Estado de São Paulo” (SÃO PAULO. **Contrato n. 02/2021**. Processo STM n. 2907444/2019. Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros, das linhas Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da região metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 13 jul. 2021. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837_1000459120_Acessorio.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022, p. 78-79). Tal previsão se encontra, inclusive, alinhada com os julgados mais recentes do TCU sobre o tema.

20 “§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses” (BRASIL. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021, p. 16).

solução de disputas passaram a ser inseridos em contratos do Estado, a começar pela arbitragem.

A combinação desses métodos é comum atualmente em empreendimentos de infraestrutura. São as denominadas cláusulas escalonadas, identificadas por Fernanda Levy como “estipulações contratuais que preveem fases sucessivas que contemplam os mecanismos de mediação e arbitragem para solução de controvérsias”²¹.

Na atual prática dos contratos públicos, verificam-se cláusulas dessa natureza. Em geral, o capítulo de solução de disputas contratuais possui cláusulas escalonadas, com a possibilidade de utilização de negociação, mediação, *dispute boards*, arbitragem, entre outros meios.

2.2.1 Instrumentos autocompositivos

Ao contrário da arbitragem, negociação, conciliação e mediação são métodos autocompositivos para solução de controvérsias, ou seja, são instrumentos utilizados para que as próprias partes cheguem à solução do litígio.

Na negociação, as partes buscam um consenso acerca da divergência, que pode resultar em um acordo subscrito por ambas. Em determinados casos, pode haver a necessidade de participação de negociadores profissionais, que as auxiliem a instrumentalizar suas vontades.

Por sua vez, conciliação e mediação são mecanismos de solução de disputas que contam, necessariamente, com a participação de terceiros, que auxiliarão as partes a solucionar a contenda. Francisco José Cahali distingue ambos os institutos, ao pontuar que o foco da mediação é o conflito, de modo que caberá ao mediador o restabelecimento de uma convivência harmônica entre as partes; ao passo que a conciliação se

21 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163. Cabe destacar que os institutos da mediação e conciliação não serão objeto de análise aprofundada neste artigo, de acordo com as opções metodológicas explicadas em sua introdução.

concentra na solução, com uma atuação mais rápida, sem que haja preocupação com a relação dos litigantes²².

2.2.2 Instrumentos heterocompositivos

O presente tópico apresentará ao leitor a definição, com exemplos, dos meios jurisdicionais de solução de conflitos e dos instrumentos de pacificação de controvérsias despidos das características nucleares para formação da coisa julgada. Trata-se de pressupostos para compreensão dos itens subsequentes sobre o cumprimento e as formas de questionamentos das decisões emanadas por terceiros ao longo da execução contratual.

2.2.2.1 Jurisdicionais

Os meios jurisdicionais de solução de disputas são a arbitragem e o processo judiciário estatal. De acordo com a literatura processual, jurisdição pode ser conceituada como o poder de decidir imperativamente, com capacidade de gerar o cumprimento de suas decisões, combinado à função de pacificar conflitos²³.

A despeito da existência de antiga controvérsia sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, a doutrina brasileira majoritária atual admite que o monopólio da jurisdição não é estatal, especialmente a partir do advento da Lei Federal nº 9.307/96, que estabelece ser o árbitro juiz de

22 “Pela sua natureza, e principalmente por não se investigar, posto que inexistente, a inter-relação subjetiva das partes, o desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação. Outras duas características fundamentais da conciliação são a celeridade do procedimento – que, muitas das vezes, se resume a uma única sessão – e a desnecessidade de conhecimento profundo da relação das partes pelo conciliador. [...]. O foco da mediação é conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. E com tratamento às partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada” (CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47).

23 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149.

fato e de direito, de modo que a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário²⁴.

A partir de tais premissas, impõe-se às partes o cumprimento obrigatório da sentença, seja ela proferida pelo Poder Judiciário ou por um Tribunal Arbitral, de modo que a alternativa para a parte irresignada com a solução do litígio ofertada pela jurisdição é se valer dos instrumentos revisionais ou anulatórios da decisão (quando cabíveis).

2.2.2.2 Não jurisdicionais

Dentre os possíveis instrumentos heterocompositivos e não jurisdicionais de solução de disputas contratuais utilizados em empreendimentos de infraestrutura, destaca-se (entre outros) o *Dispute Board* (DB), foro técnico composto por especialistas que estudam o caso e sugerem uma possível solução da contenda²⁵. Tal órgão pode ser previsto em contratos por outras nomenclaturas, como comitê/comissão de prevenção e resolução de disputas/conflitos.

Aponta-se que o DB inicia seu desenvolvimento em grandes obras nos Estados Unidos, a partir de uma iniciativa do corpo de engenharia de tais empreendimentos, em estabelecer um mecanismo preventivo e, concomitantemente, resolutivo de conflitos de cunho técnico, que evitasse o caráter excessivamente adversarial de disputas arbitrais e judiciais, e que permitisse a conclusão da obra com menos atrasos e menores riscos de interrupção nos trabalhos.

Assim, adotou-se tal método de prevenção e solução de disputas na construção do *Boundary Dam* em 1960 (Washington/EUA) e nas obras do *Eisenhower Tunnel* (Colorado/EUA) em 1975.

24 Como exemplo de tal posicionamento: “Não parece adequada, nessa medida, a afirmação de que falar em solução imperativa de conflitos corresponde a afirmar que o processo civil constitui monopólio estatal porque só ao Estado compete o exercício do poder com a conotação de imperatividade. A decisão arbitral, também é dotada desse elemento, podendo ser imposta coercitivamente mediante recurso ao Judiciário”. (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem nos contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 92).

25 Conforme definido pelo Regulamento da Câmara de Comércio Internacional: “*Dispute Board* é um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Dispute board rules*. Paris: International Centre for ADR, 2015, p. 2, tradução nossa).

A experiência foi bem-sucedida, de sorte que o Banco Mundial passou a recomendar a inserção de cláusulas de *dispute boards* em empreendimentos que contavam com seu financiamento a partir de 1995. Na mesma toada, a Federação Internacional de Engenheiros Construtores (Fidic) passou a prever o uso de tal instrumento em suas minutas contratuais a partir de 1996²⁶.

Nesse contexto, o estudo de Peter Wallace, Frank Giunta e Felipe Gutierrez destaca como tal instituto tem sido utilizado em empreendimentos de grande porte, como o Programa Aeroportuário de Hong Kong (1997) e a expansão do Canal do Panamá (2007). No cenário brasileiro, os principais casos são em São Paulo: o contrato de obras civis da Linha 4 do Metrô e os contratos para obras do Rodoanel²⁷.

Atualmente, uma das principais entidades dedicadas ao estudo e divulgação do DB é a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), entidade sem fins lucrativos fundada em 1996 e presente em diversos países²⁸.

O DB pode ser subdividido em três categorias, a saber: (i) *Dispute Review Boards* (DRBs), caracterizado pela presença do comitê técnico que emite opiniões para as partes; (ii) *Dispute Adjudication Boards* (DABs), caracterizado pela presença do comitê técnico que emite decisões vinculantes para as partes; e (iii) *Combined Dispute Boards* (CDBs), instrumento que compatibiliza os dois tipos supramencionados em um mesmo contrato²⁹.

26 Nos termos previstos em: www.fidic.org. Acesso em: 25 out. 2021.

27 WALLACE, Peter; GIUNTA, Frank; GUTIERREZ, Felipe. Dispute boards: internacional and Latin American experiences. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (coord.). *CRD – comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura*. São Paulo: Pini, 2016. p. 193-214.

28 Para maiores informações: <https://www.drb.org/history>. Acesso em: 25 out. 2021.

29 De acordo com o regulamento da CCI de 2015 sobre *Dispute Boards*: “O Regulamento de 2015 continua a oferecer às partes a escolha de três tipos diferentes de Dispute Boards, cada qual diferenciado pelo tipo de conclusão que ele determina no caso de uma remissão formal. Os ‘Dispute Adjudication Boards’ (DAB) pronunciam decisões que devem ser cumpridas imediatamente. Os ‘Dispute Review Boards’ (DRB), por outro lado, formulam recomendações, as quais não são imediatamente vinculativas para as partes, mas passarão a ser vinculativas se nenhuma das partes apresentar objeção no prazo de 30 dias. Os ‘Combined Dispute Boards’ (CDB) oferecem uma solução intermediária entre o DRB e o DAB: eles normalmente formulam recomendações, mas podem pronunciar decisões por solicitação de uma das partes se não houver objeção de nenhuma outra parte, ou se o Dispute Board pode tomar uma decisão com base nos critérios definidos no Regulamento” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, op. cit., p. 3, tradução nossa). Em sentido semelhante, o Regulamento do *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB) de 2014 também prevê o *dispute review board* e o *dispute adjudication board*.

No plano do direito positivo brasileiro, o assunto é disciplinado pelo município de São Paulo, por meio da Lei nº 16.873/2018, que consolida as práticas supramencionadas para o âmbito local. Em nível nacional, por ora existe apenas a previsão geral da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) e o Projeto de Lei nº 9.883/2018, que visa regulamentar o tema de modo mais específico³⁰.

3. O CUMPRIMENTO DAS MANIFESTAÇÕES NÃO JURISDICIONAIS PELO GESTOR CONTRATUAL

O campo investigativo do presente estudo são os instrumentos não jurisdicionais de solução de conflitos, na tentativa de examinar as formas de cumprimento e eventual contestação de seu conteúdo, quando possível. Isso porque os mecanismos de solução de conflitos de cunho jurisdicionais, por definição, emitem mandamentos vinculantes às partes, que somente poderiam ser descumpridos em caso de sua revisão, por outra decisão igualmente jurisdicional.

No cumprimento desse desiderato, os próximos tópicos examinarão os diversos tipos de conteúdo das manifestações emanadas por *Dispute Boards*, verificadores independentes e auditores independentes.

3.1 Manifestações que geram um fazer/não fazer e manifestações que provocam dispêndio de recursos

As manifestações emitidas por *Dispute Boards*, verificadores independentes e auditores independentes ao longo da execução de um contrato de infraestrutura provavelmente estarão relacionadas a temas de natureza técnica, questões de obra civil, implementação de sistemas, propriedade intelectual, cumprimento dos índices de desempenho, entre outros.

Nesse contexto, por exemplo, tais foros poderão verificar a correta execução de fases de uma obra, avaliar a qualidade de um serviço realizado pela concessionária, analisar o cumprimento dos índices de desempenho

30 De acordo com a Nova Lei de Licitações e Contratos: “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” (BRASIL, 1 abr. 2021, p. 20).

aptos ao pagamento integral ou desconto das contraprestações contratuais. Verifica-se que uma parte dos conteúdos de tais manifestações poderão imputar/recomendar às partes um mero fazer e outras poderão gerar dispêndios de recursos financeiros além daqueles previstos e legalmente empenhados pela Administração Pública contratante.

Especificamente em relação à segunda hipótese, instala-se uma controvérsia jurídica, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro admite que apenas a atividade jurisdicional possa impor uma obrigação de pagar à Fazenda Pública, de modo que a execução desses valores necessitaria (em princípio) seguir a sistemática prevista no artigo 100 da Constituição Federal³¹.

Esse entendimento, por exemplo, restou consignado no parecer jurídico que aprovou a modelagem da concessão das Linhas 8 e 9 da Rede Metropolitana do Estado de São Paulo, ao analisar os instrumentos do auditor independente e do verificador independente³².

Em outra perspectiva, pode-se argumentar que deixar unicamente à avaliação do Estado o cumprimento de manifestações não jurisdicionais emitidas pelos agentes supramencionados poderia gerar o risco de ineficiência no uso de tais instrumentos de prevenção e solução de disputas.

Referida *vexata quaestio* será aprofundada nos próximos tópicos.

31 De acordo com o texto constitucional: “art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2022, art. 100).

32 De acordo com o Parecer SubG-Cons nº 123/2020 da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo: “177. Vale destacar que o caráter de observância compulsória de algumas das definições técnicas trazidas pelo Auditor Independente e pelo Verificador Independente tem o seu potencial impacto neutralizado pela própria previsão, no contrato, do mecanismo da Comissão, disciplinado no Anexo VII, o qual, conforme será analisado mais adiante, configura um espaço bastante célere de solução de litígios de natureza técnica, cujas decisões deverão ser observadas, compulsoriamente, por ambas as partes, ressalvada exclusivamente decisão arbitral em sentido contrário, sempre observada a sistemática de pagamentos a que se submete a Fazenda Pública quando se trate de decisão de cunho pecuniário” (NUNES, Thiago et al. **Parecer SubG-Consultoria n. 123/2020**. Ementa: licitação. Concorrência internacional. Interessado: Secretaria dos Transportes Metropolitanos. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2020, p. 1-115).

3.2 O cumprimento espontâneo

O cumprimento espontâneo de recomendações emitidas por entidades de apoio à gestão contratual (verificadores independentes, auditores independentes e institutos semelhantes), bem como de eventuais decisões de comitês de prevenção e resolução de disputas (*Dispute Boards*), ou mesmo de acordos decorrentes de procedimentos de conciliação e mediação, não deve ser compreendido como tema controvertido pelo gestor contratual.

Em passado recente, quando o uso de alguns desses instrumentos não estava expressamente previsto nas legislações que regem as contratações da Administração Pública, poder-se-ia questionar a necessidade de celebração de aditivo contratual para que, por exemplo, uma decisão de *Dispute Board* pudesse vincular as partes de uma concessão ou PPP.

No atual cenário, todavia, é possível afirmar que tal debate (que sempre representou um apego exagerado ao formalismo) está superado, a partir do advento da Lei Federal nº 14.133/2021, que expressamente prevê a possibilidade de uso dos comitês de resolução de disputas. No entanto, a iniciativa de alguns entes federativos e do Congresso Nacional em propor novação legislativa específica sobre o tema é salutar, para incremento da segurança jurídica nessa seara.

Em sentido semelhante, o gestor público poderá se sentir confortável em cumprir mandamentos que se fundamentam em processos de mediação ou em pareceres de verificadores independentes, diante das previsões contidas no artigo 33 da Lei Federal nº 13.140/2015 e inciso VII do artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/2004³³.

33 Eis o conteúdo expresso da Lei de Mediação: “Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei” (BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015, art. 33). Por sua vez, prevê a Lei Federal de PPP: “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado” (BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004, art. 5º).

Obviamente, caso o gestor contratual realize a opção de cumprir deliberação decorrente dos instrumentos contratuais supramencionados que gere dispêndios financeiros pelo Estado não previstos originalmente na modelagem da concessão comum ou de uma PPP³⁴, deverão ser tomadas as necessárias cautelas de cunho financeiro, orçamentário e administrativo.

Nesse sentido, será importante atentar para as formalidades legais para assunção de novas despesas, mediante créditos adicionais ou suplementares, de acordo com o artigo 41 da Lei Federal nº 4.320/64 e os dispositivos contidos na Lei Complementar nº 101/2000. Além disso, será necessário avaliar a necessidade de participação de eventuais órgãos colegiados na decisão prévia pela adequação contratual em razão do resultado obtido pelo uso dos instrumentos não jurisdicionais supramencionados ou mesmo a necessidade de comunicação a órgãos responsáveis pelo monitoramento de riscos financeiros em contratos de concessão e PPP do respectivo ente federativo³⁵.

3.3 O cumprimento não espontâneo

A questão mais relevante se coloca no momento em que os gestores públicos do contrato de concessão ou PPP se deparam com uma proposta de encaminhamento de determinada controvérsia cujo conteúdo não seja aderente com seu entendimento. A dúvida que se apresenta seria em relação às suas consequências para o cumprimento do contrato.

Inicialmente, é importante que se estabeleça a distinção entre duas circunstâncias. Existem determinados métodos de apoio à gestão do contrato ou instrumentos de solução de disputas qualificados como “obrigatórios” ou “vinculantes” aos contratantes, que convivem com institutos que não recebem essa qualificação.

34 O que excluiria, por exemplo, os pagamentos decorrentes do atingimento de índices de desempenho pelo contratado, expressamente previstos em contrato.

35 Especificamente no caso do estado de São Paulo, seria possível destacar a necessidade de oitiva prévia do Conselho Gestor de PPP, disciplinado inicialmente pelo Decreto estadual nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, dos órgãos deliberativos das agências reguladoras (quando pertinente) e a necessidade de comunicação à Comissão de Acompanhamento de Contratos de Parcerias Público-Privadas (CAC-PPP), disciplinada pelo Decreto estadual nº 62.540, de 11 de abril de 2017 e pela Resolução SPOG-2, de 12 de janeiro de 2021.

Assim, eventuais propostas decorrentes de procedimentos de mediação ou conciliação, bem como manifestações finais de *Dispute Review Boards*, ou recomendações de verificadores e auditores independentes que se enquadrem na segunda categoria supramencionada, de modo que seu cumprimento jamais pode ser imposto ao gestor público do contrato, que tem a liberdade para concordar com seu conteúdo (procedendo-se ao trâmite descrito no item 3.2 supra) ou notificar sua discordância à parte contrária.

Contudo, caso os gestores públicos se deparem com uma decisão de *Dispute Adjudication Board* ou uma manifestação vinculante de verificador ou auditor independente (quando o contrato assim o previr) a questão será mais complexa e demandará uma análise mais detalhada.

Em uma avaliação qualitativa realizada em contratos celebrados pela União e diversos entes federativos, verificou-se que a preocupação aqui descrita não foi contemplada em tais avenças. Por exemplo, o contrato de PPP celebrado em 2009 pelo estado de Minas Gerais para construção e gestão de Complexo Penal da Região Metropolitana de Belo Horizonte não apresenta qualquer previsão que resolva tal dilema, a despeito da existência do verificador independente em tal empreendimento³⁶.

Na mesma toada, a minuta de contrato de concessão disponibilizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para concessão do Sistema Rodoviário BR-1638230/MT/PA prevê o uso de *Dispute Boards*, mas sem qualquer previsão específica sobre o cumprimento de decisões contra a Administração Pública³⁷.

Por sua vez, o estado de São Paulo se debruçou com atenção sobre o tema, especialmente a partir do momento em que optou por inserir os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (equivalente ao *Dispute Board*, com variada nomenclatura) em seus contratos de PPP mais recentes.

36 O contrato assinado e seu extrato de publicação podem ser obtidos no seguinte link de acesso público: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/Penal/Contrato%20e%20Extrato%20Publica%C3%A7%C3%A3o%20PPP%20Complexo%20Penal.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

37 A minuta de contrato pode ser obtida no seguinte link de acesso público: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430337/Contrato.pdf/a99a9c2b-f001-6012-e936-3f50ee98eee0?version=1.1&t=1617764862403>. Acesso em: 27 out. 2021.

Como exemplo, pode ser mencionada a minuta do contrato de PPP do projeto denominado Trem Intercidades – TIC (Trecho São Paulo-Americana), que se encontra atualmente na fase de consulta pública. Foi realizada previsão de Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências, estabelecendo que suas decisões que importem em conteúdo pecuniário em desfavor do Estado seguirão a sistemática de pagamento e de execução orçamentária-financeira aplicável à Administração Pública, ressalvadas as decisões envolvendo os indicadores de desempenho (cláusula 83.22.1).

Em sentido semelhante, com previsões contratuais muito parecidas, pode ser destacado o projeto das Linhas 8 e 9 do Sistema Metropolitano de Trens³⁸.

Por sua vez, no projeto paulista de concessão comum das Travessias Litorâneas, que se encontra na fase de publicação de edital, autorizada pelo Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) em sua 109ª Reunião Ordinária, contém alguns pontos ligeiramente diferentes³⁹.

Da mesma forma que os demais projetos paulistas supramencionados, foi previsto o uso de verificador independente para aferição de indicadores de desempenho e a possibilidade de resolução de conflitos por Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos ou por mediação, nos termos da Lei nº 13.140/2015.

Contudo, acerca de divergências de natureza técnica, foi prevista a possibilidade de uso de Juntas Técnicas, relator independente ou outras formas de solução amigável de conflitos, cuja instauração deve ser acordada consensualmente ou determinada pela Agência Reguladora de Transportes

38 Cf. item 3.1 *supra*. Cabe pontuar que os empreendimentos do TIC e das Linhas 8 e 9 são bem parecidos no que diz respeito aos instrumentos de apoio à gestão contratual e de resolução de divergências entre as partes. Ambos preveem auditor independente e verificador independente, cujas análises deverão ser de observância compulsória até que a fiscalização e regulação do contrato sejam delegadas à agência reguladora que integre a Administração Pública do estado de São Paulo. Igualmente, ambos os projetos possibilitam o uso de câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos ou mediação, nos termos da Lei n. 13.140/2015, juntas técnicas, relator independente ou Comissão de Prevenção e Solução de Disputas (nesse último caso com nomenclaturas diferentes a depender do contrato, mas positivando a figura do *dispute board* em ambas as hipóteses).

39 As informações públicas sobre o andamento do projeto estão disponíveis em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/148>. Acesso em: 28 out 2021.

do Estado de São Paulo (Artesp), para dirimir questões expressamente delimitadas no contrato⁴⁰, sem qualquer valoração sobre os impactos de decisões de cunho pecuniário contra a Administração Pública.

Diante do exposto, verifica-se uma recente preocupação do estado de São Paulo em resguardar sua posição em relação aos instrumentos de apoio à gestão contratual e de resolução de disputas (de cunho não jurisdicional) que emitam pronunciamentos que possam gerar obrigações pecuniárias em desfavor da Administração Pública, quando houver uma clara pretensão governamental resistida em relação a tal pronunciamento. Como natural consequência dessa irresignação, será necessário questionar seu conteúdo pelas formas previstas na lei e no contrato, o que será objeto de análise a seguir.

4. MÉTODOS FORMAIS PARA QUESTIONAR MANIFESTAÇÕES NÃO JURISDICIONAIS

Os itens a seguir se debruçarão sobre a forma pela qual a Administração Pública contratante poderá tomar medidas aptas à revisão de pronunciamentos apresentados no bojo de foros de apoio à gestão contratual ou dos instrumentos de decisão de natureza não-jurisdicionais. Para os instrumentos decisórios dotados de jurisdicionalidade (arbitragem e processo judiciário estatal), existem os instrumentos impugnativos específicos da Lei Federal nº 9.307/96 e da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que não serão objeto de análise neste ensaio acadêmico.

4.1 Instrumentos não vinculantes

A emissão de uma manifestação por um foro de apoio à gestão do contrato (verificador independente, auditor independente e figuras semelhantes) ou a recomendação exarada por um *Dispute Review Board*

40 A saber: exploração de receitas acessórias que originem impactos, ainda que potenciais, sobre os serviços delegados e/ou ao Poder Concedente e/ou à Artesp; incorporação de inovações tecnológicas que sejam pertinentes à prestação dos serviços delegados; transição do Sistema de Travessias Litorâneas para o Poder Concedente ou para sucessora; ao cálculo das indenizações eventualmente devidas à concessionária nas hipóteses regradas neste contrato.

pode ser questionada pelas partes nos termos das previsões contidas no instrumento contratual.

Em geral, os contratos estabelecem que a parte pode encaminhar uma correspondência discordando do pronunciamento emanado, o que a imediatamente desobriga de seu cumprimento.

Especificamente nos *Dispute Boards*, caso as partes façam a opção pelo uso de um regulamento institucional, como editado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), são previstas disposições sobre a forma de manifestar descontentamento com a recomendação emitida pelo *review board*⁴¹. Nesses casos, foi positivada a determinação de que o silêncio da parte poderá ser entendido como ausência de irrisignação em relação ao pronunciamento exarado, tornando-o vinculante às partes⁴².

4.2 Instrumentos vinculantes

A previsão contratual de instrumentos de apoio à sua gestão, com competência para emissão de pronunciamentos vinculantes às partes, ou de métodos de solução de disputas cujas decisões sejam vinculantes e não-jurisdicionais, geram desafios adicionais para seu questionamento ou impugnação.

Como uma decorrência lógica da organização constitucional brasileira, toda lesão ou ameaça a direito poderá ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário ou por órgão dotado de jurisdição (como um Tribunal Arbitral, livremente escolhido pelas partes)⁴³.

41 Nos termos previstos no item 5 do artigo 4º do Regulamento de DB da CCI: “Qualquer Parte que não esteja satisfeita com uma Recomendação deverá, nos 30 dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra Parte e o DRB de sua insatisfação. Essa notificação poderá especificar os motivos de sua insatisfação, na ausência dos quais o DRB poderá solicitar que a Parte forneça ao DRB e à outra Parte, de modo resumido, as razões de sua insatisfação” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, op. cit., p. 16, tradução nossa).

42 Novamente, prevê do Regulamento de DB da CCI, no item 3 do artigo 4º: “As Partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Recomendação, nenhuma das Partes notificar a outra Parte e o DRB, por escrito, de sua insatisfação com a Recomendação, esta passará a ser final e vinculativa para as Partes. As Partes deverão cumprir sem demora a Recomendação que se tornou final e vinculativa e concordam em não contestar essa Recomendação, a menos que tal acordo seja proibido pela lei aplicável” (Ibidem, p. 16, tradução nossa).

43 De acordo com o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, combinada com a interpretação emanada nos autos do Agravo em Sentença Estrangeira nº 5.206 – Reino da Espanha.

Contudo, permanece a dúvida sobre as consequências para as partes contratuais em relação à emissão de pronunciamentos administrativos vinculantes, até que sobrevenha decisão jurisdicional que revise seu conteúdo ou suspenda sua eficácia.

Em termos gerais, não se vislumbra qualquer fundamento jurídico para a negativa de cumprimento de deveres contratuais reconhecidos por verificador independente, auditor independente, *Dispute Adjudication Board*, entre outros foros. Se as partes contratuais optaram por inserir tais instâncias na avença celebrada, ou qualificá-las como vinculantes, o *pacta sunt servanda* se impõe.

A peculiaridade reside nos casos em que tais instâncias reconheçam obrigação de cunho pecuniário em desfavor da Administração Pública, que somente poderá ser compelida à realização involuntária de pagamentos mediante decisão jurisdicional, nos termos da sistemática prevista no artigo 100 da Constituição Federal⁴⁴.

Nesse campo, haverá o embate entre dois pressupostos, que merecem consideração. Por uma perspectiva, determinados instrumentos de resolução de disputas contratuais somente fazem sentido se permitirem a plena eficácia e obrigatoriedade de suas decisões. Exemplificando, um *Dispute Adjudication Board* que faculte a uma parte não cumprir decisão que gere efeitos pecuniários contra si se tornará um *Dispute Review Board*. Assim, é importante que se compreenda que a liberdade contratual para reconfigurar institutos jurídicos poderá encontrar resistência diante da própria delimitação conceitual desses institutos, consolidada em nível global ao longo dos anos⁴⁵.

Em outra perspectiva, o regime de organização administrativa, orçamentária e financeira do Estado se sedimentou em torno do poder jurisdicional como único apto a determinar o dispêndio involuntário de recursos públicos, por meio do precatório, como instrumento constitucional de organização de pagamento da dívida pública.

44 Conforme já exposto no item 3.1 supra.

45 Por esse motivo, já existem estudos acadêmicos que defendem ser recomendável apenas o *Dispute Review Board* para a Administração Pública. Cf. LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. *A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações*. 2021. Trabalho de conclusão (Especialização em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, 2021.

Nesta seara ainda não existem respostas absolutamente corretas, tampouco jurisprudência ou doutrina majoritária, ante a novidade do tema. Caberá aos operadores do Direito que militam nessa área escrever os próximos capítulos desta história.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe uma análise sobre os instrumentos de apoio à gestão contratual e os institutos de solução de divergências contratuais de conteúdo não jurisdicional.

A partir de um estudo de caso, desenvolvido por pesquisa qualitativa delimitada por recentes contratos de PPP do estado de São Paulo, verificou-se a presença de tais órgãos, por vezes com atribuição para emissão de pronunciamento vinculante às partes da avença.

Diante desse contexto, descortinam-se cenários complexos, especialmente quando estamos diante de setores de infraestruturas públicas regulados por agência independente, ou quando os foros de apoio à gestão contratual ou de resolução não jurisdicional de conflitos emitirem pronunciamentos contra a Administração Pública com efeitos pecuniários.

As análises apresentadas forneceram alguns subsídios para aprofundamento e potenciais soluções para problemas que ainda demandam um maior experimentalismo no cotidiano da execução contratual, para que possamos encontrar caminhos ótimos ao desenvolvimento do Brasil nessa temática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre

a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-23, 1 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1766/2021. Processo n. TC 039.400/2020-4. Acompanhamento (desestatização). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 28 jul. 2021. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 96, 6 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 016.936/2020-5. Desestatização. Agência nacional de transportes terrestres. Acompanhamento. Primeiro estágio da outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental. Determinações. Recomendações. Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Relator: Min. Vital do Rêgo, 8 de dezembro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 11 jul. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas em Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiencia. *In*: TANZI, Attila *et al.* (ed.). **Derecho internacional de las inversiones em América Latina**. Boston: Leiden, 2016. p. 571-600.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HART, Oliver; MOORE, John. **Foundations of incomplete contracts**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1998. NBER Working Paper Series, Working Paper 6726.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Dispute board rules**. Paris: International Centre for ADR, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. **A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações**. 2021. Trabalho de conclusão (Especialização em Advocacia Pública) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, 2021.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978.

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

OLIVEIRA, Eloy Henrique Saraiva de; PAIVA, Danuza Aparecida de. O papel dos verificadores independentes nos contratos de PPP: a experiência do Estado de Minas Gerais. *In: Congresso Consad de Gestão Pública*, 4., 2013, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: Consad. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/05/193-O-PAPEL-DOS-VERIFICADORES-INDEPENDENTES-NOS-CONTRATOS-DE-PPP-A-EXPERI%C3%8ANCIA-DO-ESTADO-DE-MINAS-GERAIS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 598-640.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem nos contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 2011.

SÃO PAULO. **Contrato n. 02/2021**. Processo STM n. 2907444/2019. Concessão da prestação do serviço público de transporte de passageiros,

das linhas Linhas 8 – Diamante e 9 – Esmeralda da rede de trens metropolitanos da região metropolitana de São Paulo. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 13 jul. 2021. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/09/Acessorio/1000384837_1000459120_Acessorio.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

SÃO PAULO. **Manual de parcerias do estado de São Paulo**. São Paulo: Secretaria do Governo, [2015]. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

WALLACE, Peter; GIUNTA, Frank; GUTIERREZ, Felipe. Dispute boards: internacional and Latin American experiences. *In*: TRINDADE, Bernardo Ramos (coord.). **CRD – comitê de resolução de disputas nos contratos de construção e infraestrutura**. São Paulo: Pini, 2016.p. 192-214.

YESCOMBE, E. R.; FARQUHARSON, Edward. **Public-private partnerships for infrastructure: principles, policy and finance**. 2. ed. Cambridge: Butterworth-Heinemann, 2018.

NUNES, Thiago *et al.* **Parecer SubG-Consultoria n. 123/2020**. Ementa: LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. Concessão onerosa 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. Exame da instrução dos autos e da minuta do edital e anexos, incluindo a minuta de contrato. Matéria regida pelas Leis Federais nº 8.987/95 e nº 12.587/12 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº 8.666/93. No âmbito estadual, aplicação das Leis Estaduais nº 6.544/89 e nº 7.835/92. Concessão com prazo de 30 (trinta) anos. Adjudicação pelo critério de maior oferta pela outorga fixa da concessão. Recomendações efetuadas para o prosseguimento do procedimento licitatório. Anotações a respeito das minutas fornecidas e propostas nelas contidas. Viabilidade jurídica da pretensão, se atendidas as recomendações. Interessado: Secretaria dos Transportes Metropolitanos. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2020.