

ano 22 – n. 88 | abril/junho – 2022

Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Comitês de Resolução de Disputas, processo civil e Constituição: aproximações principiológicas na Administração Pública

*Dispute Boards, civil procedure and
Constitution: principled approaches in
Public Administration*

Eduardo de Avelar Lamy*

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
lamy@lflamy.com

Felipe Cidral Sestrem**

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

Recebido/Received: 07.03.2022/March 7th, 2022

Aprovado/Approved: 06.06.2022/June 6th, 2022

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. Comitês de resolução de disputas, processo civil e Constituição: aproximações principiológicas na Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 131-158, abr./jun. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1592.

- * Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Florianópolis, Santa Catarina, Brasil). Docente da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina (ESA-SC). Pós-doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio de pesquisa no Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, em Luxemburgo. Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIBD) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *E-mail*: lamy@lflamy.com.
- ** Procurador do Município de Joinville (Santa Catarina, Brasil). Mestrando em Direito, Estado e Sociedade no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Florianópolis, Santa Catarina, Brasil). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Direito Tributário (IBET) e em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). *E-mail*: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br.

Resumo: O presente trabalho analisa os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) e sua aplicabilidade na Administração Pública brasileira a partir de uma perspectiva principiológica focada em três eixos: processual, constitucional e administrativo. Sob uma metodologia dedutiva, numa pesquisa exploratória da bibliografia nacional e internacional, o trabalho busca inicialmente conceituar os *Dispute Boards*, identificando os principais elementos do instituto. Num segundo momento, discutem-se os procedimentos relacionados à instituição dos Comitês (*board procedures*) e sua interação com o processo civil, a partir de perspectivas jurisprudenciais e legislativas. Por fim, avalia-se a aplicação de princípios processuais nos *board procedures* e quais as limitações principiológicas existentes na aplicação do instituto perante a Administração Pública brasileira. Sugere-se a existência de restrições para o uso dos Comitês de Resolução de Disputas, tanto quanto a necessidade de adotar cautelas e procedimentos mínimos (especialmente probatórios e de julgamento) na tramitação do método de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Comitês de Resolução de Disputas. Administração Pública. Processo civil. Constituição. Princípios processuais.

Abstract: The present work analyzes the Disputes Committees and their applicability in the Brazilian Public Administration from a principled perspective focused on axes: procedural, constitutional and administrative. Under a deductive methodology, in an exploratory research of the bibliography and international, the work initially seeks to conceptualize the Dispute Boards, identifying the main elements of the institute. In a second moment, the procedures related to the institution of the Committees (board procedures) and their interaction with the civil process are discussed, from jurisprudential and legislative perspectives. Finally, if the application of principles and processes in which public administration institutes are offered as existing principles in the application of Brazilian legislation. It is suggested the existence of restrictions for the use of Dispute Resolution Committees, as well as the need to adopt precautions and minimum procedures (especially evidentiary and judgment) in the processing of the dispute resolution method.

Keywords: Dispute Boards. Public Administration. Civil procedure. Constitution. Procedural principles.

Sumário: **1** Introdução – **2** *Dispute Boards*: aproximações iniciais – **3** Processo civil e os *board procedures* – **4** Processo civil e Constituição: horizontes de aplicação na Administração Pública – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A grande litigiosidade presente em demandas envolvendo a Administração Pública brasileira tem incentivado a produção de inúmeros estudos sobre formas alternativas para solução de controvérsias no âmbito público. Conquanto há muito tempo não se discuta as justificativas para se reputar ineficiente a administração da Justiça, salvo raras exceções,¹ atualmente os trabalhos estatísticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram a necessidade de mudança dessa perspectiva, internalizando fatores extrajurídicos aptos para se legitimar técnicas de solução jurisdicionais e não jurisdicionais de conflitos.

Alguns trabalhos têm identificado, ao revés das sugestões doutrinárias, a existência de vantagens em se promoverem e caracterizarem demandas repetitivas

¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 298-299.

no âmbito judiciário, dentre elas a maior experiência dos atores na gestão do conflito, a redução dos custos processuais com aplicação de processos massificados, o estabelecimento de relações informais com membros de instâncias revisoras.²

A edição da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, incluiu, no art. 138, inciso II, a possibilidade de extinção contratual por solução consensual a partir da instituição de Comitês de Resolução de Disputas, retomando as discussões jurídicas acerca desse método alternativo de solução de controvérsias já aplicado em contratos internacionais, sobretudo a partir da perspectiva de racionalização da prestação jurisdicional em demandas públicas.

O presente trabalho busca apresentar uma abordagem processual do uso dos *Dispute Boards* na Administração Pública, indicando os horizontes possíveis de interpretação a partir de aproximações principiológicas de três campos diferentes, adotados como eixos: Direito Processual Civil; Direito Constitucional; Direito Administrativo.

Inicialmente, analisam-se a gênese do instituto e os custos de sua implementação. Na terceira seção, o trabalho aborda os *board procedures*, componentes da quarta etapa do reconhecimento dos Comitês de Disputas, que definem as regras do direito a ser debatido e aplicado e o procedimento a ser adotado. É a partir da compreensão desses elementos depurados em princípios processuais que se propõe o estabelecimento de limites à utilização e à interpretação do instituto no Direito Administrativo brasileiro.

Na quarta seção, o trabalho avalia quais princípios constitucionais, processuais e administrativos podem ser aplicados aos *Dispute Boards* como forma de racionalização do uso da ferramenta e como podem limitar seu uso.

Por fim, o trabalho sugere que a interação dos princípios com as regras internacionais e as disposições normativas nacionais apresentam restrições, especialmente probatórias e de julgamento, na tramitação dos Comitês de Resolução de Disputas na Administração Pública.

2 *Dispute Boards*: aproximações iniciais

Os *Dispute Boards* remontam ao início da revolução tecnológica do final da década de 70 do século passado. O *boom* econômico derivado da indústria da construção civil³ do pós-Segunda Guerra Mundial, influenciado pelo incremento das

² BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 72.

³ FERRAZ, Francisco César Alves; RODRIGUES, Pauline Bitzer. Os Estados Unidos e as bases sociais e institucionais para o retorno dos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial. *Diálogos*, Maringá, v. 14, n. 3, p. 640, 2010.

taxas demográficas e da injeção de capital de giro na economia privada, derivado da realocação de gastos privados do segmento militar,⁴ gerou terreno fértil para conflitos sobre questões técnicas do segmento industrial.

A alta demanda existente sobre o mercado de construção civil impulsionou a maior injeção de somas financeiras nesse segmento econômico; permitiu também o reinvestimento do capital de maneira mais célere para a maximização dos lucros. A necessidade de se manter o capital em mãos, com ampla liquidez, impôs um desincentivo perpetuação de litígios perante o Poder Judiciário, marcados pelos altos índices de morosidade.

Em meados de 1950, esse segmento tornou-se mais competitivo, sobretudo no setor de imóveis populares (e de grandes conglomerados habitacionais) nos Estados Unidos. A construção sob demanda do Poder Público trouxe maior complexidade: exigências regulatórias; restrições ambientais e urbanísticas.⁵

Os *Dispute Boards* são produto dessa interação inicial. Apresentam-se como uma solução menos custosa do que a arbitragem, que ainda mantém o modelo formalista e adversarial do processo judicial, idealizada primordialmente para obras públicas e de infraestrutura. Representam uma evolução do modelo tradicional de mediação, derivados de um estudo⁶ patrocinado pelo Comitê Nacional Norte-americano de Tecnologias de Túneis, após bons resultados na utilização informal da ferramenta em obras de barragens. Inserem-se na ideia de contrato relacional,⁷ cuja aproximação das partes se dá cooperativamente, de maneira diversa do modelo bilateral.

Na história, grandes obras de infraestrutura estiveram relacionadas com a instalação de Comitês de *Dispute Boards*, inclusive no campo dos *Public Private Partnership contracts* (PPP).⁸ O primeiro *Dispute Board* (DB) foi realizado nos Estados

⁴ JANJULIO, Maristela da Silva. Arquitetura e consumo no pós-Segunda Guerra Mundial: os paralelos Brasil-EUA 1. *Oculum Ensaios*, Campinas, v. 17, p. 17-18, 2020.

⁵ DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 13.

⁶ A conclusão levou à criação de um manual de boas práticas de contratação para obras de infraestrutura subterrâneas, publicado em 1974, estabelecendo formalmente a primeira indicação do uso de Comitês de Disputas para solucionar questões técnicas (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 14-15).

⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 393-395.

⁸ São exemplos a serem citados a construção do túnel do Canal da Mancha entre o Reino Unido e a França, a construção do aeroporto de Hong Kong e o projeto de construção da hidroelétrica de Ertan na China. Em razão da eficiência do uso dessa ferramenta, a partir de 1995 o Banco Mundial determinou o uso obrigatório de *Dispute Boards*, no modelo de três pessoas integrantes do Comitê, para contratos que superassem o montante de US\$50 milhões de dólares. Seguiu-se o modelo a Federação Internacional de Consultores em Engenharia (FIDIC) a partir de 1999. A partir de 2014, por meio da publicação “Dispute Board Rules” do Chartered Institute of Arbitrators, sugeriu-se a extensão do uso das regras dos Comitês de Disputas para quaisquer contratos de médio ou longo prazo de duração, sejam de construção ou não (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 15).

Unidos, em 1975, na construção da segunda perfuração do túnel Eisenhower para a Interestadual 70 no Colorado (US-CO).⁹ Já o primeiro *Dispute Board* realizado fora do território norte-americano ocorreu em Honduras, em 1980, na construção do “*El Cajón Dam*”. A complexidade das disputas em PPPs impõe, todavia, a modulação dos *Dispute Boards* em formatos dinâmicos.¹⁰

Os *Dispute Boards* inserem-se no movimento de estímulo aos novos instrumentos de solução alternativa de conflitos (MASCs ou ADRs) do final do século XX: adotam modelagens processuais extrajudiciais; expressam boas-práticas de gerenciamento de projetos; reduzem as externalidades decorrentes da implementação desses projetos¹¹ e de sua posterior execução.

Boards são painéis formados por profissionais especializados, com profundo conhecimento técnico sobre a execução do contrato, dos serviços e das demandas relacionados.

Na figura de Comitês de Prevenção (*dispute avoidance; ex ante*) os *Boards* apresentam a função de evitabilidade sendo instituídos previamente para o acompanhamento¹² do contrato e gerenciamento conflitos em tempo real¹³ com maior prontidão de resposta.

Na figura de Comitês de Resolução (*dispute resolution; ex post*), os *Boards* aumentam a segurança de projetos-executivos por meio do incremento dos incentivos relacionados à extração de benefícios contratuais sem a necessidade do emprego de altas somas em dinheiro decorrentes do custeio de apólices e prêmios de seguro, além de proporcionar uma análise de custo-benefício mais fidedigna aos contratos. Estão à disposição para a solução em curto espaço de tempo dos conflitos que

⁹ VAZ, Gilberio José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Los *dispute boards* y los contratos administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 99-32.

¹⁰ A dinamicidade mencionada abrange cinco dimensões de um Comitê de Disputas. A primeira delas voltada a cobrir todo o processo de contratação. A segunda modelagem relacionada à instituição de Comitês diferentes, um para o contrato de comissão, outro para a fase de projeto, desenho e construção (a depender do tipo de concessão aplicável no modelo de PPP) e outro para a fase de operação e manutenção. Uma outra proposta estaria condicionada à formação de um Comitê no contrato de concessão, com um convite de participação à empresa projetista e desenvolvedora, ou, ainda, uma última com a formação de um Comitê apenas no contrato de projeto e construção (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 80).

¹¹ “The primary types of risk that DBs address involve project cost and time. When cost and time issues arise within a Project (as they inevitably do), and the contracting parties disagree about their responsibility for these risks, a DB is able to advise, assist and resolve the issues” (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 18).

¹² ZACHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute boards e projetos de infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. *O direito da construção no ambiente internacional: contribuições para a consolidação de uma lex constructionis*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 341-372.

¹³ WALD, Arnaldo. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jun./set. 2011.

venham a surgir, sem a necessidade do acionamento de uma estrutura externa à matriz contratual.

No âmbito da Administração Pública, uma das maiores dificuldades está relacionada à natureza atribuída aos Comitês de Disputa e à forma pela qual são estruturados. A doutrina questiona o papel¹⁴ que a advocacia pública pode possuir na participação dos *Boards*, sobretudo por impor à iniciativa privada a pacificação de um conflito estritamente público.

Outras restrições decorrem da indefinição dos custos de *Dispute Boards* no plano nacional e da existência de dados bibliográficos substanciais apenas no exterior.¹⁵

Aproximações econômicas, utilizando-se a metodologia¹⁶ geral de estimativa de custos da DRBF, indicam que o custo mensal de DBs na modelagem *Three Person Board*, no Brasil, poderia alcançar o montante de 77 (setenta e sete)¹⁷ salários-mínimos, levando-se em conta o valor-hora do profissional, tempo de deslocamento e viagem à disposição do Comitê, taxa diária¹⁸ de remuneração etc.¹⁹

Analisando-se o cenário no Sul do Brasil, tomando-se por base a tabela de honorários da Câmara de Conciliação de Santa Catarina,²⁰ haveria um custo fixo de 0,5% do valor total do contrato, desprezando-se a taxa mensal de administração e

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; VALE, Luís Manoel Borges do. A inconstitucionalidade do art. 10 da nova lei de licitações: a invasão de competência dos estados e municípios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 20, n. 236, ago. 2021.

¹⁵ Os dados habitualmente tomados na literatura internacional indicam custos mensais variando entre R\$13.500,00 a R\$21.600,00 por membro, por mês de trabalho, para os *Dispute Boards* ocorridos na América Latina, tomando-se como parâmetro o dólar a R\$5,40, cotação de 11.11.2021, excluindo-se o custo de manutenção de atividades de assessoramento, pagamento de viagens, visitas, etc. (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 82-92).

¹⁶ “As an example, for a project with a three-person DB that meets quarterly and has a project duration of two years, the direct and overhead costs of the DB can be simply estimated as follows. *Direct costs* = [3 members x 4 meetings per year x 2 years duration x the daily fee per member] + [3 members x 24 months x the monthly retainer (if applicable) per member]. *Overhead costs* = the estimated travel expenses (including fares, accommodations, etc.) incurred by each DB member in 8 trips to visit the project site and attend meetings” (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 89).

¹⁷ Utilizou-se como parâmetro o teto da remuneração diária (U\$1.800,00) e da remuneração mensal (U\$4.000,00) apurado na América Latina pelo *Manual de Dispute Board* da Fundação de Comitês de Resolução de Disputas (DRBF) anteriormente citada.

¹⁸ Nos Estados Unidos da América, a taxa diária de remuneração dos membros dos Comitês de Dispute aproxima-se do valor de R\$6.480,00 a R\$13.500,00, a depender do profissional. Na América Latina, as taxas diárias tendem a ser menores (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 85-87).

¹⁹ Em contratos de trato sucessivo, numa estimativa de contratos de trato sucessivo de 5 (cinco) anos, com Comitês de Disputa permanentes, a exemplo da proposta de Belo Horizonte, o custo poderia alcançar o montante de R\$5.082.000,00, demonstrando a impropriedade da instituição dessa metodologia de solução extrajudicial de conflitos técnicos para contratos de baixa e média monta.

²⁰ A tabela de custas e honorários do Comitê de Resolução de Disputas (CCSC) pode ser visualizada em: SANTA CATARINA. Câmara de Conciliação. Comitê de Resolução de Disputas – CRD Dispute Boards: custas e honorários. [2021]. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1itHv5YIdO9Lq6APKj27xYjwy0WX7Wzg/view>. Acesso em: 14 nov. 2021.

o valor dos honorários mensais por membro (cujo valor é estimado em 0,4%, em contratos de no mínimo R\$1,5 milhão).²¹

Outra forma de mensuração adotada internacionalmente busca atrelar o valor do Comitê de Resolução de Disputas a um percentual mínimo e máximo do custo da obra. Estima-se um custo dos Comitês de Resolução entre 0,05% e 0,25% do custo do contrato, não superiores a 5% do valor total das disposições contratuais em casos excepcionais,²² indicando que DBs não deveriam ser admitidos em contratos de baixo valor.

Orienta-se também a adoção de uma cláusula-limite, evitando-se a oneração dos cofres públicos, assim como utilização de Comitês *ad hoc*, com função resolutiva, reduzindo-se sensivelmente os custos diante da ausência de um aparato e de profissionais ociosos, à disposição das partes contratuais.

3 Processo civil e os *board procedures*

De um ponto de vista geral, os casos submetidos aos Comitês podem ser regulados sob quatro diferentes perspectivas. Devem-se definir previamente os critérios de admissão de conflitos (*Dispute Resolution Clause* – DRC – ou *input clause*). Além disso, devem-se especificar as regras gerais (v.g., técnicas, administrativas) que serão aplicadas na disputa. Também se devem definir a modelagem que será atribuída, critérios de eleição dos membros e quem de fato o comporá. Por fim, devem-se definir o direito aplicável e as regras procedimentais operacionais que serão adotadas (*board procedures*), admitindo-se negócios processuais.

Admite-se, portanto, a existência de um processo de regulação geral dos Comitês de Resolução de Disputas (*External Dispute Board process*), tanto quanto a regulação interna do processo de solução da controvérsia submetida (*Internal Dispute Board process*).

A primeira das etapas externas do DB, a cláusula de resolução de disputas, define quais reclamações serão processadas: um filtro, permitindo que apenas casos realmente importantes se tornem disputas processadas em um Comitê, pautando-se na ideia de que nem todas as questões (*issues*) são de fato conflitos (*disputes*).

Disputas são reclamações (*claims*) qualificadas pela resistência. A negativa ou a falha na resposta configura uma disputa ou um conflito apto para processamento

²¹ Em contratos com duração mínima de três anos e com valor aproximado de milhão e meio de reais, o valor da instituição dos Comitês de Disputa não seria inferior a R\$222.000,00 utilizando-se os parâmetros da Câmara de Conciliação de Santa Catarina para pagamento de custas e honorários, isso é, 14,8% do valor total do contrato. Na mesma modelagem, para contratos com duração de cinco anos, os *Dispute Boards* poderiam atingir um custo percentual de 24,4% do montante total da contratação, demonstrando sua baixa atratividade quando comparados aos custos de um processo judicial.

²² WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jun./set. 2011.

no Comitê. *DRC clauses* ou *input clauses* podem definir quais disputas são passíveis de serem processadas e, ainda, quais *claims* serão admitidos como *disputas*.

A especificação das regras gerais, a segunda etapa do processo externo, exige o suprimento mínimo dos seguintes elementos: a) obrigação de ambas as partes estabelecerem o *Dispute Board*; b) a forma de composição do Comitê, com a indicação dos critérios de nomeação dos membros, a forma de julgamento, bem como o número de participantes, inclusive com a divulgação e o suprimento de regras de conflitos de interesses e testes de vieses;²³ c) regras de controle das atividades, estabelecendo providências em caso de ilícitos e falhas de procedimento; d) o processo de recebimento, tratamento e resolução dos conflitos referenciados; e) a definição da responsabilidade das partes; f) a possibilidade de atribuição da confidencialidade do procedimento ou, ainda, da inutilidade dos documentos produzidos para fins probatórios (*without prejudice status*);²⁴ g) os procedimentos pós-conclusão do processo de *Dispute Board* caso as partes não se mantenham satisfeitas.

O acordo de instituição do Comitê (*nomination and appointment*) pode ser considerado como a parte mais importante da efetividade do método. Ele é estruturado em duas partes.

A primeira delas é a nomeação dos candidatos, a partir de regras mínimas de escolha (*candidate requirements*). A nomeação é rígida por um princípio de ampla informação das partes. Ela imputa um dever aos candidatos de fornecimento de um currículo detalhado e uma declaração de divulgação de vínculo e relacionamento (*disclosure statement*).

A efetividade do *Dispute Board* está diretamente atrelada a uma boa divulgação de vínculo e relacionamento, que inclui acesso ao nome das principais pessoas envolvidas no projeto e que possuem colocação junto às partes. Exige-se também a subscrição de um termo de imparcialidade e independência (*impartial and independent*

²³ Nos termos da Cláusula 4 das Condições Gerais do *FIDIC Model DB Agreement*, o acordo prévio de instituição do Comitê de Disputas deve minimamente prever a ausência de vínculos financeiros com as partes ou com o engenheiro; a inexistência de empregos prévios ou histórico de consultoria de uma parte, nenhum relacionamento profissional ou pessoal anterior com qualquer funcionário de uma parte ou engenheiro; nenhum emprego como consultor ou outra forma de relação com as partes ou engenheiro; não dar conselhos a menos que solicitado por ambas as partes; não dispor sobre contratações ou empregos futuros; estar disponível para visitas ao local e audiências; familiarizar-se com o contrato de obras e manter-se sempre atualizado sobre a execução; manter a confidencialidade; divulgar dados apenas com consentimento das partes (ambas) e dos demais membros do Comitê; estar disponível para conselhos, opiniões e demais ações quando solicitado pelas partes (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 67-68).

²⁴ NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute boards em projetos de infraestrutura: entre a governança do contrato e da república. *Jota*, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021>. Acesso em: 15 nov. 2021.

statement), isso porque elas não respondem pessoal ou profissionalmente por suas ações, salvo má-fé.²⁵ Mais do que uma atividade estanque, a adequada nomeação dos membros do Comitê de Disputas é parte de um processo de divulgação contínua (*continuous disclosure*).

A segunda delas é a nomeação em si (*appointing a DB member*). Nacionalidade, habilidades linguísticas e outras características que garantam a dialeticidade do procedimento são elementos importantes. Em Comitês estrangeiros, é importante que a escolha de membros não recaia em profissionais da mesma nacionalidade das partes.

Essa escolha é uma atividade consensual a partir de uma base mínima de dados. Dificuldades na escolha mútua de membros são naturais. A celeridade da solução de disputas, especialmente nas fases iniciais do contrato, impõe uma atuação importante da legislação: estabelecer em contratos administrativos um mecanismo de nomeação-padrão²⁶ (*default appointment mechanism*) ou de seleção de órgãos de renome (i.e., federações, institutos, associações, conselhos de classe, fundações de profissionais técnicos), encurtando o procedimento de escolha.²⁷ A vedação da delegação ou da subcontratação de pessoas jurídicas ou físicas substitutas no processo de solução de disputas também devem ser consideradas.

Dentre os métodos aceitos para seleção de membros que integrarão o banco de dados estão a escolha conjunta, a indicação de cadeiras (que envolve um processo de justificação e de posterior escolha do terceiro membro, naturalmente presidente do Comitê), painéis de banco de dados pré-aprovados, recurso a um órgão de indicação, dentre outros. O acordo de instituição também deve determinar o procedimento de rescisão ou de renúncia do *Dispute Board*.

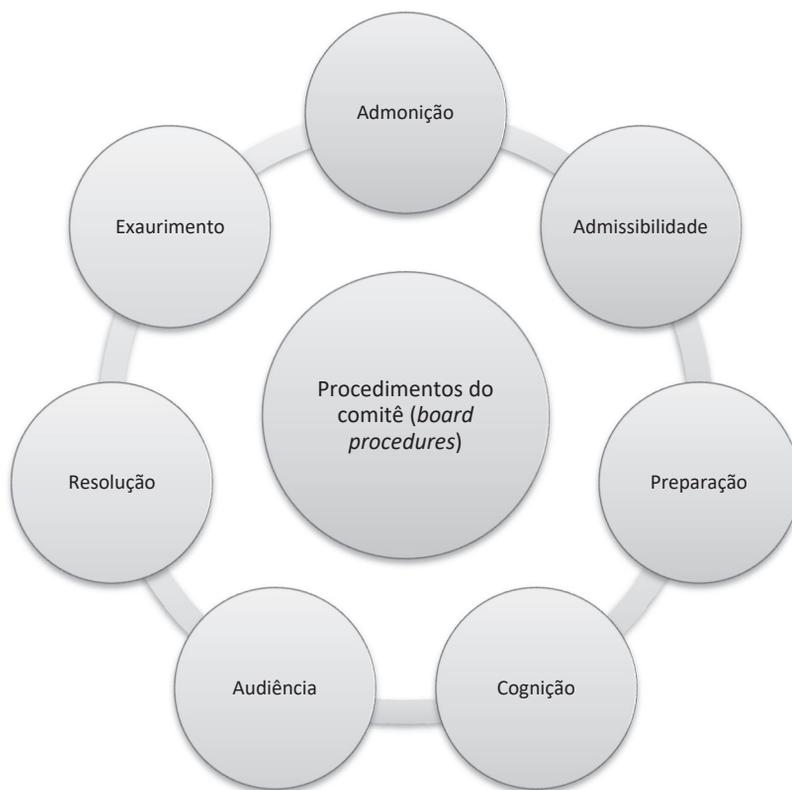
Os board procedures, por sua vez, são as especificações procedimentais que regem a atividade e o dia a dia do Comitê de Disputas. A condução do procedimento de acordo com as previsões contratuais e as regras operacionais procedimentais, especialmente respeitando-se a lealdade processual (*procedural fairness*),²⁸ são obrigações inegociáveis.

²⁵ WALD, Arnaldo. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jun./set. 2011.

²⁶ A nomeação-padrão pode levar em conta pesquisa de perfil de membros, emissão de chamadas para registro de interesse (*call for registration*) ou solicitação de qualificações de profissionais (*request for qualifications*).

²⁷ O problema da delegação do critério de escolha é o enfraquecimento da confiabilidade das decisões, estabelecendo Comitês não vinculantes nos casos em que as partes não elejam os membros do DB.

²⁸ "Procedural fairness requires that the contracting parties receive a proper opportunity to prepare and present their submissions and all relevant information to the DB. A party must also be given the opportunity to answer submissions and information put before the DB by the other party" (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 48).

Figura 1 – Etapas do procedimento do Comitê (*board procedures*)

O primeiro dos procedimentos a serem desenvolvidos é a evitabilidade ou admonição do conflito (*dispute avoidance role*). A supervisão de um projeto, monitorando-o a partir de indicadores existentes, abordando em tempo real os problemas e facilitando a comunicação entre os participantes é a base para se evitar disputas. A produção de relatórios periódicos, pelo próprio Comitê ou pelas partes, pode conduzir mais facilmente à resolução. A prontidão e o fato de *experts* estarem à pronta disposição para solução de potenciais disputas incentivam a evitabilidade perseguida e promovem acordos.²⁹

O segundo ponto dos *board procedures* é a estipulação da regra de admissibilidade de uma reclamação (*claim*).³⁰ Habitualmente, no início da formação

²⁹ GARCÍA, Roberto Hernández. Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 23-32.

³⁰ *Claims*, ou reivindicações, são pedidos ou afirmações de partes reclamando uma determinada posição contratual.

do Comitê, estabelece-se a metodologia de apresentação da disputa (*notice of referral*). Em contratações públicas, é comum que a referida metodologia esteja prevista na legislação. A formalização das *claims* pode se dar com a apresentação integral do caso e das razões ou, ainda, realizada por meio de resumos ou ementas (*summary format*). Para todos os casos, a análise da *claim* exige um documento de posição da parte (*procedure paper*), formado em contraditório, outorgando-se de quatro a cinco semanas de prazo para elaboração da resposta técnica e jurídica à reclamação formulada.

Apesar dessas considerações, esse regramento não foi legislado nas experiências práticas de São Paulo,³¹ Porto Alegre,³² Belo Horizonte³³ e do Projeto de Lei da União³⁴ que optaram por remeter a forma de admissibilidade de reclamações às regras de funcionamento da instituição especializada contratada, salvo previsão específica produzida individualmente, caso a caso, de forma unilateral pela Administração Pública.³⁵

Um tema relevante acerca do *notice of referral* é a existência da regra *Kompetenz-kompetenz* atribuída ao *Dispute Board*.³⁶ É recomendável que a legislação de regência sobre o Comitê aplicado a contratos administrativos preveja o poder do DB de decidir sobre sua própria jurisdição, declinando aquilo que será alvo da admissão e aquilo que não será processado. Por outro lado, é possível que a

³¹ SÃO PAULO. *Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018*. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. São Paulo: Câmara de Vereadores, 2018. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 28 out. 2021.

³² PORTO ALEGRE. *Lei Municipal nº 12.810, de 3 de março de 2021*. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Porto Alegre: Câmara de Vereadores, 2021. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2021/1281/1_2810/lei-ordinaria-n-12810-2021-preve-a-instituicao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-boards-nos-contratos-administrativos-celebrados-pelo-municipio-de-porto-alegre?r=p. Acesso em: 28 out. 2021.

³³ BELO HORIZONTE. *Lei Municipal nº 11.241, de 19 de junho de 2020*. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Belo Horizonte: Câmara de Vereadores, 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2020/1125/11241/lei-ordinaria-n-11241-2020-regulamenta-a-utilizacao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-para-prevenir-e-para-solucionar-conflito-relativo-a-direito-patrimonial-presente-em-contrato-administrativo-de-execucao-continuada?q=11241>. Acesso em: 28 out. 2021.

³⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 9.883, de 23 de março de 2018*. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 5 nov. 2021.

³⁵ Esse modo de definição da especificação das regras gerais ou da definição dos *board procedures* pode ser visto no art. 3º da Lei Municipal nº 12.810, de 3 março de 2021, do Município de Porto Alegre: “Art. 3º. O Comitê será instituído e processado de acordo com regras específicas de instituição especializada quando o edital de licitação ou o contrato a elas se reportar, podendo-se, igualmente, definir em anexo contratual a regulamentação própria para sua instalação e processamento”.

³⁶ Por semelhança, admite-se que a arbitragem desenvolva a competência sobre sua própria atividade (DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. I. p. 83-84).

legislação impute ao edital do certame ou ao contrato administrativo o dever de explicitar quais disputas serão submetidas ao Comitê e quais não serão aceitas.

Realizada a comunicação da disputa e admitida a reclamação, o Presidente do Comitê agendará uma espécie de audiência de saneamento (*procedural conference*), integrante da fase de preparação do *Board*, na qual serão estabelecidos os pontos controvertidos e será entabulado um negócio jurídico processual, fixando-se cronograma (CPC, art. 191) para ações e para a coleta dos pontos de vista das partes (*procedure papers*). No mesmo ato serão declaradas as provas que serão produzidas, os peritos que serão ouvidos, os advogados³⁷ e consultores jurídicos que atuarão no caso, evitando-se procedimentos-surpresa e a instabilidade da relação.

O ato inaugural comumente é convolado num documento unificado intitulado *Statement of Dispute*, no qual as partes declaram a controvérsia em exame submetida ao Comitê, com o resumo das posições e das expectativas.

Os documentos de posição da parte (*procedure papers*) para serem processados são submetidos a um escrutínio mínimo de admissibilidade, semelhante à análise da petição inicial (CPC, art. 319): a) devem apresentar a natureza dos fatos conflituosos; b) devem argumentar os motivos pelos quais do ponto de vista fático-técnico haveria acolhimento da posição; c) devem referenciar as disposições contratuais aplicáveis, inclusive cláusulas; d) devem apresentar o posicionamento jurídico aplicado à posição da parte; e) devem apresentar documentação pré-constituída; f) devem apresentar uma análise do impacto do conflito no cronograma (preferencialmente quantificadas em dias de atraso). Documentos extensos não são habitualmente aceitos, qualificados como incompatíveis com a racionalidade dos Comitês.

Sob uma perspectiva processual alargada, o *procedure paper* assemelha-se a um *writ of mandamus*,³⁸ pleiteando de pessoas habilitadas e investidas de poder a solução das disputas: o *procedure paper* exige, assim, uma ação mandamental a ser implementada, cuja executoriedade depende da natureza adjudicatória do Comitê de Disputas.

Procedimentalmente, os *procedures papers* são tomados em três momentos diferentes. O primeiro deles estabelecendo a posição do reclamante. O segundo, com a posição do entrevistado e a eventual reconvenção. Por fim, numa terceira

³⁷ No exterior, as partes possuem ampla liberdade de negociação, podendo restringir a atuação de advogados em procedimentos operacionais. Ocorre que, no Brasil, em contratos administrativos, questiona-se a restrição de acesso ao procedimento à Advocacia Pública, sob pena de nulificá-lo. A liberdade contratual em Direito Administrativo no Brasil é, portanto, temperada.

³⁸ O Instituto de Informações Legais da Cornell University define o *writ of mandamus* como uma ordem de um órgão jurisdicional (Corte) endereçada a um agente governamental ordenando-o a executar adequadamente seus deveres ou corrigir um eventual abuso da execução de um ato discricionário. Apesar da natureza pública da autoridade, é possível aproximar a atuação do Comitê à produção de ordens decorrentes de um *mandamus* (CORNELL, University. *Legal Information Institute – LII: open access to law since 1992. Wex: Term Mandamus*. Cornell: Cornell Law School. 2021. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/mandamus>. Acesso em: 9 nov. 2021).

etapa, abre-se resposta para as eventuais reconvenções, sem espaços para réplicas ou tréplicas. Apesar do caráter sumário, nos *procedures papers* os membros do Comitê devem respeitar o princípio da paridade de armas e a igual oportunidade de serem ouvidos, sem perpetuar o conflito.

Como uma forma de simplificação dos procedimentos, é comum aos Comitês exigirem das partes a elaboração de um *Common Reference Document* (CRD), isso é, um pacote conjunto (*joint bundle*) de documentos que instruirá a análise unificada dos membros na resolução do caso. A delimitação dos documentos comuns às partes auxilia na aceleração do procedimento. A mesma lógica aplica-se às análises técnicas firmadas por *experts* ou peritos contratados pelas partes. É comum que os Comitês exijam a produção de *joint reports* sobre questões técnicas.

O terceiro ponto dos *board procedures* está relacionado com a apreciação das posições das partes, a realização de audiência e a prolação da decisão: ou seja, com o exercício da cognição técnica em disputa. É nesse momento que se definirá sobre quais elementos recairá a análise. É comum que Comitês busquem apenas a solução de questões meritórias, desprezando-se questões formais ou processuais, inclusive afetas ao custo ou ao *quantum* devido. Os valores são questões secundárias que devem prioritariamente ser decididas pelas partes. Não obstante, pode-se estabelecer, na sequência, uma disputa sobre valores.

O Comitê deve buscar o agendamento de audiências, inclusive com a realização de reuniões prévias a fim de ajustar o procedimento que será adotado (*prehearing conference*). O diálogo e a solução coletivamente construídos derivam da opção do modelo cooperativo de solução de controvérsias aplicável aos *Dispute Boards*. Todavia, o caráter sumarizado do procedimento leva à simplificação da participação, oportunizando um momento singular para a produção da manifestação. Nesse ponto, o Comitê de Disputas ostenta um viés inquisitorial³⁹ (nas jurisdições de *common law*)⁴⁰ sem, contudo, perder seu caráter cooperativo.

O agendamento das audiências habitualmente ocorre na oitava semana de tramitação da disputa, resolvendo-se o caso em até doze semanas (i.e., 84 dias para se proferir uma decisão).⁴¹ No modelo europeu, exige-se a notificação pós-decisão do *Dispute Board* apresentando a parte sua discordância ao conteúdo veiculado

³⁹ "Particularly when decisions are non-binding, eventual acceptance of the DB decision depends on the parties' confidence in the DB process. This process is inquisitorial and thus in contrast to the adversarial processes of arbitration and litigation" (CHAPMAN, Peter H. J. The use of dispute boards on major infrastructure projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. I, issue n. 3, p. 219-232, oct. 2015. p. 229-230).

⁴⁰ CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards: practice and procedure*. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015. p. 34-36.

⁴¹ Na prática, tem-se compreendido que o prazo médio de 84 dias (um pouco menos de três meses, demonstrando a grande contribuição à celeridade que os Comitês possuem) é adequado para o desenvolvimento de uma disputa-padrão. Nos casos de disputas complexas, com declarações longas e detalhadas, o prazo pode se ampliar.

na decisão para lhe proporcionar posteriormente o início de uma arbitragem ou de uma demanda judicial.

Também no modelo europeu, a participação de advogados nas audiências é desestimulada. No entanto, caso haja dúvidas sobre a aplicação de cláusulas, interpretação legais e aplicação de dispositivos de lei, admite-se a participação de advogados em auxílio aos membros do *Dispute Board*, não como representantes ou participantes da causa. Por outro lado, as disposições do art. 7º da Lei Federal nº 8.906/1994 demonstram como no Brasil o panorama da inevitabilidade da participação de advogados seria outro.

As audiências tomam forma de apresentações expositivas. Primeiro, ouve-se a posição da parte autora da reclamação, abrindo-se o mesmo prazo para oitiva da posição da parte contrária (CPC, art. 361, II). A terceira etapa consiste na elaboração de perguntas pelos membros do Comitê de Disputas às partes, com a réplica da parte adversa. Resumos orais finais são admitidos (CPC, art. 364).

No plano internacional, as regras processuais relativas às audiências não são aplicáveis: não se aplicam juramentos, regras de evidência, questionamentos diretos das partes (CPC, art. 459; *crossover examination*), dentre outros procedimentos legais. O Presidente do Comitê desempenha um Poder Geral de Provas no âmbito do *Dispute Boards*, inclusive para medidas urgentes (CPC, art. 297; 360), podendo determiná-las de ofício ou a requerimento, caso seja essencial à solução da disputa.

Uma das controvérsias relacionadas à aceitabilidade da aplicação de um *substantive due process of law* nos *Dispute Boards* está relacionada ao caráter jurisdicional dos Comitês, inclusive com o poder de império dele decorrente. A resposta dos Tribunais acerca de sua natureza jurisdicional no Brasil, até o presente momento, é negativa.⁴² As decisões dos Comitês podem ser executadas? Há necessidade de homologação das decisões adjudicativas em juízo?

Tem-se compreendido que os Comitês de Disputas têm natureza contratual *sui generis*, afeta à criatividade dos contratantes, ocupando posição conceitual entre a perícia e a decisão arbitral, mais próxima da segunda.⁴³

No exterior, dado o caráter ampliado da arbitragem, admite-se que a executoriedade das decisões dos Comitês seja submetida ao procedimento arbitral, por meio da emissão de uma tutela de urgência (*partial award obliging the defaulting party to comply with the DB decision*), garantindo-se a celeridade exigida para que os *Dispute Boards* resolvam as questões técnicas.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.569.422/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 26.04.2016.

⁴³ WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jun./set. 2011.

Um outro elemento processual relacionado à fixação do Comitê de Disputas é a vinculatividade da eleição e a indicação dos membros pelas partes. Poder-se-ia cogitar a existência de um princípio do *juiz natural* aplicável aos *Dispute Boards*?

Admite-se que a dissolução dos Comitês não pode ocorrer sem prévio aviso de, no mínimo, seis semanas (princípio da vedação à não surpresa, decorrente da confiança legítima gerada em razão da instituição de um órgão de resolução célere de controvérsias). Por outro lado, uma única parte não poderia excluir o membro do Comitê por ela indicada nos trabalhos, tampouco dissolver o grupo inteiro. Apesar disso, o Comitê pode, por iniciativa própria, após deliberação, deixar de prestar as atividades, com aviso mínimo de oito a nove⁴⁴ semanas da sua instalação. Essas são as regras habitualmente aplicadas no plano internacional.

O encerramento das atividades do Comitê tem sido descrito como vinculado não à execução do objeto contratual, mas ao término do prazo legal de notificação quanto aos defeitos potencialmente existentes. O que se busca garantir não é o término da obra no prazo, mas a qualidade e a efetividade do objeto contratado.

No Brasil, independentemente da questão relacionada à resolução do Comitê, o que tem prevalecido é o caráter estritamente contratual,⁴⁵ não jurisdicional, e, por esse motivo, regras aplicáveis à restrição processual, por força da aplicação do princípio do *juiz natural*, não poderiam ser opostas. O Enunciado nº 131⁴⁶ da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do CJP estipulou a atividade dos *Dispute Boards* como um reflexo da vontade contratual das partes.

É por isso mesmo que a doutrina tem indicado a função dos *Disputes Boards* mais assemelhada ao caráter consultivo-preventivo das disposições contratuais,

⁴⁴ Experiências posteriormente demonstraram a necessidade de redução do espectro de discricionariedade da rescisão unilateral do *Dispute Boards*. O Rainbow Suite, na *General Condition 10.1. do DB Agreement* reduziu o prazo máximo de solução do Comitê por iniciativa própria para 4 (quatro) semanas (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 74).

⁴⁵ “Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta” [GARCÍA, Roberto Hernández. *Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias*. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica, experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 27].

⁴⁶ Enunciado nº 131: As decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral.

inserindo-se numa seara técnico-jurídica do que propriamente um modo de solução jurisdicional.⁴⁷

O foco estaria numa fase pré-conflituosa, não numa maneira de superar o conflito já instaurado. Por isso, muitas legislações preveem o caráter contínuo dos trabalhos desenvolvidos pelo Comitê de Disputas, reforçando-se sua atividade admonitória. Sob essa configuração, os *Dispute Boards* estariam mais próprios de um órgão de controle externo das atividades técnicas contratadas (i.e., Tribunal de Contas) ou de órgãos de fiscalização (i.e., Receita Federal do Brasil) do que propriamente órgãos jurisdicionais (i.e., Tribunais). A opinião consultiva (*advisory opinion*) é um dos aspectos positivos e eficazes do caráter radial e difuso que os Comitês de Disputas podem efetivamente exercer.⁴⁸

Comitês de Disputas instaurados para emissão de recomendações não vinculantes (*nonbinding recommendations*)⁴⁹ são comuns, especialmente nos casos de fixação de parâmetros gerais de identificação do quantitativo de medições, cláusulas e demais obrigações contratuais. Alguns modelos de *DBs* exigem que as partes justifiquem expressamente os motivos pelos quais não aceitarão a recomendação, buscando apoiar negociações vindouras.

Há dois pontos que depõem contra a procedimentalização geral do *Dispute Boards*.

Em regra, a adoção de um modelo de *DB*, seja ele vinculante (*Dispute Adjudication Board – DAB*) ou de revisão (*Dispute Review Board – DRB*), decorre de um desincentivo da participação mais densa de órgãos de advocacia. Habitualmente a intervenção de advogados, na visão da literatura internacional, tende a favorecer um modelo adversarial⁵⁰ e de resistência das partes. A aproximação de instrumentos

⁴⁷ CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards: practice and procedure*. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015. p. 4-5.

⁴⁸ Dois são os fatores indicados como sucesso para o modelo dos *advisory opinions*. O primeiro deles é a consensualidade ou mutualidade: ambas as partes querem a solução do caso por meio de consulta. O segundo é o chamado *efeito back-stop*, isso é, o depósito da confiança e da autoridade da decisão no *Dispute Board* caso uma das partes se reserve o direito de abrir formalmente uma disputa (*dispute*) após a solução amigável. Na prática, a opinião dos *Dispute Boards* é uma antecipação da posição que será defendida numa disputa, caso instaurada: a *advisory opinion* é, portanto, um termômetro da futura resolução da disputa.

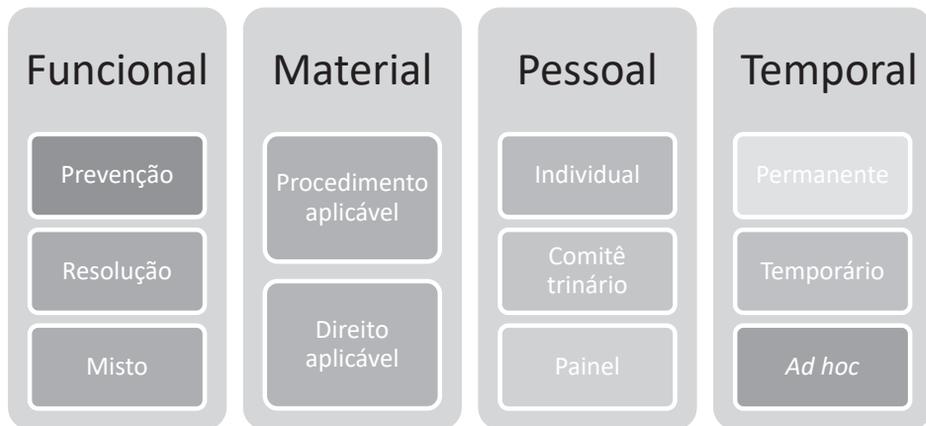
⁴⁹ Apesar de não vinculantes, os Tribunais estrangeiros tendem a aceitar as *nonbinding recommendations* como provas processuais, hábeis a confirmação um pedido cominatório ou condenatório em Juízo (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 125).

⁵⁰ CHAPMAN, Peter H. J. The use of dispute boards on major infrastructure projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. I, Issue n. 3, p. 219-232, oct. 2015. p. 229.

de *justiça negociada*⁵¹ ou *parceria assistida*⁵² está mais afeta à condução de métodos típicos de solução alternativa de conflitos, a exemplo da arbitragem, do que propriamente dos *Dispute Boards* que possuem uma função mais dialogada.

Toda a argumentação lançada demonstra que os tipos ou modelagens dos Comitês de Disputas em cada conflito e cada ordenamento jurídico é definida a partir de quatro eixos, com diversas opções de composição: a) funcional; b) material; c) pessoal; d) temporal.

Figura 2 – Tipos/modelagens dos Comitês de Disputa



Quanto às decisões finais, a partir da funcionalidade dos DBs, são identificadas três naturezas diferentes dos provimentos: a) decisões não vinculantes (meramente opinativas); b) decisões com vinculação interpartes (*interim binding decisions*); c) decisões definitivamente vinculantes (*final and binding decisions*).⁵³ A publicidade

⁵¹ Cita-se como exemplo de procedimentos de justiça negociada a aplicação de *procedural rules* no âmbito da Arbitragem. Admite-se, no âmbito internacional, o uso de *discovery* de provas e documentos, *interlocutory and dispositive applications*, uso de *statements of evidence on oath*, oitivas oficiais para coleta de prova testemunhal, *cross-examination proceedings* etc. (DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 28).

⁵² CHAPMAN, Peter H. J. The use of dispute boards on major infrastructure projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. 1, issue n. 3, p. 219-232, oct. 2015. p. 227.

⁵³ Referidas decisões também são conceituadas no âmbito internacional como *decisões provisoriamente vinculantes*. Elas funcionam como determinações contratuais provisórias que podem ser revistas *a posteriori*, passíveis de serem reembolsadas monetariamente (quanto ao custo e ao valor das obrigações imputadas) caso haja reversão por decisão arbitral ou judicial. As cláusulas gerais de DB podem também prever um prazo específico, muitas vezes curto, para se submeter a controvérsia ao Poder Judiciário (CHICCHÓN, Jaime Gray; VENEGAS, Jonnathan Bravo. La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los *disputes boards*. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica, experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 48-62), verdadeira cláusula de procedimento escalado. A restrição de acesso ao Judiciário por decisão com *status* de cláusula contratual, especialmente em contratos administrativos, é rara na jurisprudência, ainda que

das conclusões deve ser garantida, admitindo-se a extensão do prazo de julgamento com o consentimento de partes e de membros.

As decisões proferidas pelos *Disputes Boards* devem ser preferencialmente unânimes e fundamentadas (CF/88, art. 93). Dado o caráter vinculante atribuído a alguns provimentos, submetem-se aos princípios aplicáveis às decisões judiciais. Contudo, por revestirem-se de tecnicidade e não apresentarem o *status* de procedimento jurisdicional, não podem se basear em juízos de justiça ou equidade.

O raciocínio que leva à solução da reclamação deve ser claramente explicado e demonstrado (CPC, art. 489). Na experiência internacional as decisões minoritárias (*minority reports*) devem ser registradas apenas quando houver robusta discordância e risco de reversão do julgado na esfera jurisdicional, exaurindo perspectivas. Todavia, não se compreende possível no Brasil admitir a supressão⁵⁴ do argumento contrário como razão de decidir no âmbito da solução alternativa de conflitos de direito administrativo, por força do §3º do art. 941 do Código de Processo Civil. Conquanto o registro deva ser sugestivamente produzido, a identidade do membro vencido deve ser preservada, sob pena de violação às normas de ética e integridade das conclusões, aproximadas do princípio da lealdade processual (CPC, art. 5º).

Admitem-se a correção de erros e o esclarecimento de omissões por meio de provocação da parte interessada (*clarifications and further consideration*), semelhante ao manejo de embargos de declaração (CPC, art. 1.022, inciso II), dado o dever de informação e o princípio da não-surpresa. O prazo ao exercício dessa faculdade deve ser definido no calendário processual fixado na audiência preliminar de saneamento (*procedural conference*).

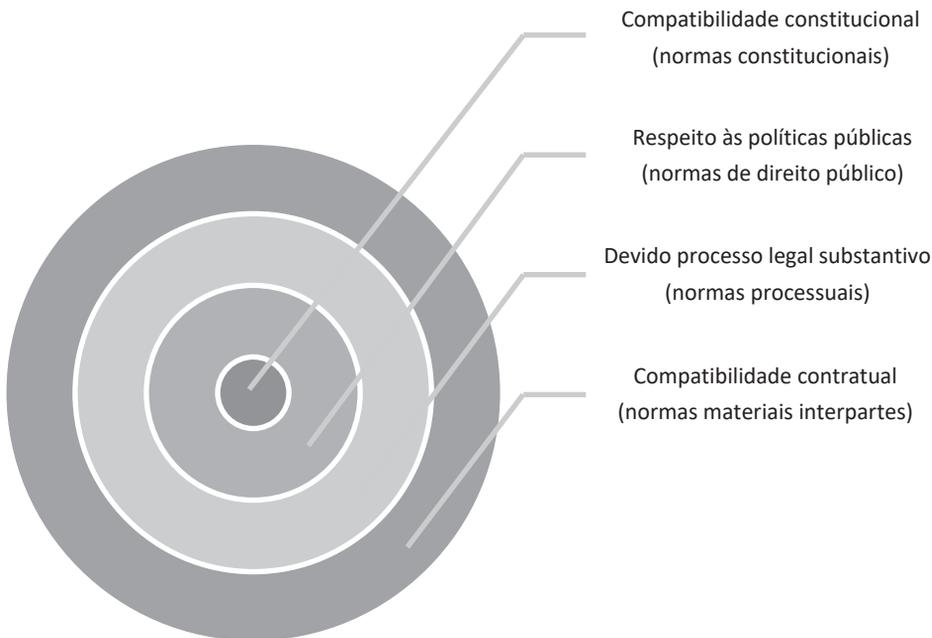
Surpreendentemente, o menor problema dos *Disputes Boards* está relacionado ao *enforcement*. Apesar da ausência de império na atividade dos membros do Comitê, culturalmente se aceita a regra *pague agora e discuta depois* para os casos envolvendo DBs. Isso porque o maior objetivo das partes é a conclusão célere do contrato, tanto para a contratada obter os retornos financeiros inerentes às obras de infraestrutura quanto para a contratante obter o mais rápido possível a conclusão da obra pretendida (no caso do Poder Público brasileiro, dar cumprimento aos princípios de Direito Administrativo, cf. art. 37, *caput*, da CF/88).

arbitral. Cita-se como exemplo o caso *PepsiCo Investment v. Sichuan Provicen Yun Lu Industrial Co.* (DARWAZEH, Nadia; YEOH, Friven. Recognition and enforcement of awards under the New York Convention: China and Hong Kong perspectives. *Journal of International Arbitration*, v. 25, issue 6, p. 837-856, 2008). Apresenta-se problemática na realidade brasileira, diante da incidência de princípios como da *supremacia do interesse público* ou *ordem pública* e da *legalidade administrativa*, a exemplo do que verificado no Peru.

⁵⁴ Se o STJ (AgInt no AREsp nº 1.501.406/SC. Relator: Min. Francisco Falcão. Segunda Turma. DJ, 02.04.2020) admite como possível o prequestionamento de matéria federal a partir da veiculação do voto-vencido, com maior razão a necessidade de explicitação das razões para a emissão da divergência no âmbito do procedimento do DB.

Apesar da aceitação cultural das decisões dos Comitês, os problemas mais recorrentes de aplicação (*enforcement*) estão relacionados a quatro⁵⁵ grandes grupos de normas. Os ciclos do *enforcement* das decisões dos *Dispute Boards* abrangem compatibilidade de normas constitucionais (regras, princípios e preceitos, inclusive de Direito Administrativo), possíveis violações a políticas públicas (avaliação da aplicação de normas de Direito Público), o respeito ao devido processo legal substantivo (normas processuais) e a compatibilidade contratual da decisão a partir das normas materiais firmadas *interpartes* que regem a relação bilateral.

Figura 3 – Ciclos do *enforcement* das decisões dos *Dispute Boards*



Do ponto de vista estritamente processual, três são as possíveis causas de anulação das decisões dos Comitês de Disputa: a) decisão baseada em valores subjetivos dos membros do *Dispute Boards* (CPC, art. 489, §1º, incisos II e III; LINDB, art. 20); b) decisão sem fundamentação baseada em dados técnicos, fáticos ou contratuais (CPC, art. 489, §1º, inciso IV); c) violação do devido processo legal, especialmente na produção de atos durante a audiência, não respeitando a paridade de armas, princípio da não surpresa e o contraditório.

⁵⁵ DRBF – THE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute board manual: a guide to best practices and procedures*. Charlotte: Spark Publications, 2019. p. 127.

4 Processo civil e Constituição: horizontes de aplicação na Administração Pública

Abordar os Comitês de Disputa sob uma perspectiva processual é admiti-los como um elemento da formação do processo cultural⁵⁶ da sociedade da qual o próprio processo civil é parte. Afora o caráter ritualístico, a aproximação da solução de conflitos à interação dialógica das partes, em solidariedade, demonstra o compromisso pela transformação que a sociedade possui consigo mesma.⁵⁷ Problematisa-se o fato de a solução dos conflitos por meio dos *Dispute Boards* poder ostentar um caráter estritamente interno (buscar solucionar a pretensão das partes contratantes e à eliminação da controvérsia resistida), ou, ao revés, em razão da natureza pública da relação, poderia ser qualificada a partir do seu escopo social e político?

Pensados sobre um viés processual, os Comitês seriam igualmente determinados por sua função social, assim como contingenciados conjecturalmente ao tempo e ao espaço no qual são desenvolvidos, especialmente a partir da visão institucional na qual são operacionalizados.⁵⁸

O trunfo dos *Dispute Boards* está na proximidade⁵⁹ do conflito: seja por meio das revisões regulares, seja por meio do monitoramento, recebendo atualizações diretas da obra, inclusive com inspeções *in loco*.

Um dos pontos principais para o desenvolvimento dessa cooperação especial ou *parceria assistida*, de natureza contratual, é o dever de informação. A familiaridade ao objeto contratual e a disponibilidade de estar presente às reuniões são outros elementos essenciais.

Mais do que um modelo a ser seguido, a colaboração apresenta-se como princípio jurídico a partir da perspectiva do Código de Processo Civil de 2015: é um *estado de coisas* que deve ser promovido.⁶⁰ Entre a dispositividade e a inquisitorialidade, também presentes no procedimento do Comitê, a colaboração apresenta-se como *tertium genus*,⁶¹ derivada da adequada e equilibrada distribuição da cota de participação de cada um. Em termos práticos, a depuração dos DBs a

⁵⁶ Considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que definem e atribuem um sentido único a determinado momento histórico de uma sociedade (LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961).

⁵⁷ AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Editora UnB, 2007. p. 45-46.

⁵⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 52-54.

⁵⁹ CHAPMAN, Peter H. J. The use of dispute boards on major infrastructure projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. 1, issue n. 3, p. 219-232, oct. 2015. p. 227-228.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 104-107.

⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre participação do juiz no processo civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 65-66.

partir de um viés de cooperação restringe os *board procedures* aos quatro pilares da cooperação processual: para um dever de esclarecimento, dever de diálogo, dever de prevenção e dever de auxílio.⁶²

Se, de alguma forma, o procedimento conduzido tolhe das partes a satisfação desses direitos-deveres, reputa-se viciado o procedimento conduzido pelo Comitê. É inegável, portanto, depurá-lo sob uma perspectiva principiológica processual.

Um segundo condicionamento derivado de uma perspectiva processual aplicada aos *Dispute Boards* relaciona-se à vinculatividade das decisões ou, ainda, à possibilidade de se atribuir uma espécie de *coisa julgada material* à decisão adotada. Aqui, a discussão toma contornos constitucionais, atraindo a incidência do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

De antemão, poder-se-ia refutar a aproximação à coisa julgada dada a ausência do exercício de jurisdição propriamente dita (conquanto os Comitês Adjudicatórios – DABs – possam apresentar certa identidade às arbitragens propriamente ditas). A doutrina debate se essa vinculatividade poderia ser uma restrição ao princípio da legalidade, sobretudo por afastar a Administração Pública da tutela jurisdicional⁶³ sem previsão legal correspondente.

Uma das grandes marcas dos *Disputes Boards* é a tentativa de afastá-lo dos *civil procedures* presentes em países estrangeiros. É comum a utilização de termos diversos para tratar os mesmos fenômenos processuais, a exemplo do emprego da expressão “conferência” ao invés de “audiência”. Essa preocupação de segregação deriva da intenção de não o qualificar como um processo propriamente dito. A proposta do presente trabalho é justamente buscar o caminho inverso (ao menos sob uma ótica processual brasileira): estabelecer uma relação de contato e de correlação entre o processo civil, as garantias processuais (especialmente o devido processo legal e sua vertente substantiva) e o procedimento deflagrado no âmbito dos Comitês.

Gilberto José Vaz sinaliza a impossibilidade de restringir direitos da Administração Pública em razão das disposições de cunho eminentemente contratual estipuladas no âmbito de Comitês de Disputas. Para o autor, os Comitês Adjudicatórios não poderiam limitar o exercício do direito de ação por parte do Poder Público, não caracterizando normas prescricionais especiais. Da mesma forma, não poderiam afastar leis de procedimento administrativo próprias dos entes públicos.⁶⁴ Por compreender que os *Dispute Boards* não representariam relações processuais

⁶² GOUVEIA, Lucio G. de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

⁶³ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2, p. 128-159.

⁶⁴ VAZ, Gilberto José. Os dispute boards e os contratos administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 141-178, 2013.

formalmente estabelecidas, não haveria uma conexão direta entre o devido processo legal e as etapas adotadas no âmbito dos Comitês (cláusula de resolução; especificação de regras gerais; acordo de instituição; definição do direito aplicável e das regras procedimentais).

O problema do caráter vinculante ou adjudicatório dos *Dispute Boards* está depositado no potencial transcendente, para além da relação contratual bilateral de Direito Administrativo. Em Direito Público, admite-se que as decisões proferidas nos contratos atinjam terceiras partes, ostentando eficácia *erga omnes*. Até que ponto a decisão dos Comitês de Disputa atingiria essas pessoas não integrantes da relação contratual?

No Direito norte-americano, permite-se que a vantajosidade dos acordos estabelecidos em *settlements*, a partir da *justiça da composição*, seja definida na contingência de uma homologação.⁶⁵ Controlando-se esse elemento, a jurisdição estadunidense exige que acordos em processos coletivos, para obterem validade, sejam submetidos ao crivo judicial.

Se a atividade jurisdicional propriamente dita é um limite para atingir terceiras partes, não se poderia admitir o caráter imutável das decisões dos Comitês: isso é, não se poderia atribuir a impossibilidade de as partes levarem as controvérsias ao Poder Judiciário, sob pena de frustração do disposto no do art. 5º, inciso XXXV,⁶⁶ da Constituição Federal. Em termos práticos, o caráter adjudicatório dos Comitês restaria prejudicado por um limite constitucional, ao menos numa perspectiva jurídica brasileira.

Da mesma forma, na definição do direito aplicável (*board procedures*), a exemplo do que ocorre com a contratação de cláusula de arbitragem, discute-se a possibilidade de existir uma expressa exclusão de normas de Direito Público ou de precedentes obrigatórios aplicáveis à Administração Pública. Márcio Bellocchi⁶⁷ compreende que na arbitragem, por força da aplicação do devido processo legal, seria impossível o afastamento das regras do art. 927, III, art. 988, II, IV e §5º, art. 1.030, I, alíneas “a” e “b” e, ainda, art. 1.039 do CPC/15.

Sob essa perspectiva, excluir a aplicação de precedentes ou de determinadas normas de Direito Administrativo protetivas do interesse público do âmbito dos

⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 199-229, set./dez. 2018.

⁶⁶ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

⁶⁷ Esse quadro afrontaria, de modo inadmissível, a ideia de *unidade* ou de *universalidade do direito*, transformando a jurisdição em um verdadeiro jogo de loteria, o que, definitivamente, não é o intuito da jurisdição, qualquer que seja a sua natureza. Se a convenção de arbitragem prevê a aplicabilidade do direito brasileiro, e neste, como vimos, inserem-se os precedentes vinculantes, como afastar a sua aplicabilidade no processo arbitral? (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 165).

Comitês seria negar ao direito os atributos de universalidade, segurança jurídica⁶⁸ e isonomia necessários à solução justa da disputa. Por esse motivo, a conclusão deve ser quanto à restrição dos *board procedures* apenas a questões procedimentais ou metodológicas, do ponto de vista da comprovação e demonstração das posições das partes: impossível a restrição do direito material aplicável ao caso concreto dada a preponderância das normas protetivas de Direito Público.

Em outras palavras, o limite dos *board procedures* em Direito Administrativo, no Brasil, insere-se na estruturação de regras probatórias e de julgamento (não tecnicamente de direito material; tampouco da extensão e da profundidade da interpretação do direito).

Esses dois exemplos demonstram como, sob uma perspectiva processual, ainda que se repute os Comitês de Disputa derivados de uma matriz contratual, a tramitação e solução das disputas levadas à atribuição e ao crivo dos *experts* não poderia violar princípios gerais do processo, notadamente o *devido processo legal* sob uma perspectiva substantiva e o princípio da cooperação (CPC, art. 6º). Igualmente, suprimir a supremacia do interesse público sobre o privado, bem como a ideia de que existe um regime processual público inerente à participação da fazenda pública em juízo, seria um exagero.

Numa outra perspectiva, a aplicação do devido processo legal público aos *Dispute Boards* atrairia a lógica da *responsabilidade* inerente a um processo equitativo, tratando-se diferentemente os desiguais, conforme cada procedimento efetivamente venha exigir. A maior abertura à participação das partes, num modelo cooperativo, somada ao dever substantivo de levar-se em consideração as posições dos contratantes faz com que o meio de solução, ainda que contratual, seja uma instância de *accountability* social sob um viés processual.

A possibilidade de avanço dos contratantes de maneira efetiva sobre questões técnicas, concentrando-se no êxito das soluções eficazes do ponto de vista científico à solução dos problemas da obra (i.e., medições, especificações de materiais, adequações de projeto e previsibilidade da alocação de forças de trabalho) e menos em questões formais e jurídico-processuais indica como o *Dispute Board* pode servir como ferramenta de *enforcement* das obrigações contratuais, assim como o *compliance* tem se apresentado.⁶⁹

⁶⁸ Sobre a perspectiva de previsibilidade das decisões, assim como de estabilidade das relações jurídicas preestabelecidas (THEODORO JR., Humberto. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, n. 1, p. 92-118, abr. 2006).

⁶⁹ Três parecem ser os elementos que podem levar à consolidação do *compliance* como ferramenta de *enforcement* (não só no âmbito antitruste – como tem feito o CADE de maneira bem-sucedida – mas em outras áreas do Direito): a criação de uma cultura institucional mais pedagógica, e menos apegada ao aspecto retributivo e sancionatório; o respaldo normativo, por meio da edição de leis que estabeleçam o *compliance* como alternativa à provocação do cumprimento normativo e que estabeleça suas métricas de adequação (programa efetivo), notadamente em se tratando de um país de *civil law*; o fomento educacional

A efetivação da solução de conflitos por parte dos Comitês reafirma a responsabilidade das partes e a possibilidade de órgãos de controle sindicarem o objeto da disputa, *a posteriori*. Regras de governança pública aplicáveis aos contratos levam à responsabilização (ou *responsividade*)⁷⁰ dos membros do *Dispute Boards* pelos custos do meio alternativo na hipótese de descumprimento do cronograma processual estabelecido ou, ainda, na hipótese de anulação do procedimento em razão do desrespeito de princípios e regras processuais.

A permeabilidade dos princípios processuais abordados demonstra clara uma conclusão: a existência de uma matriz constitucional aos *Dispute Boards* que não pode ser abandonada na condução dos trabalhos. A natureza jurídica contratual *sui generis* admitida pelos tribunais justifica o emprego dos *Dispute Boards* como reforço à eficiência administrativa (CF/88, art. 37), à razoável duração dos processos administrativos (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e ao dever de prevenção de disputas depurado na cooperação processual (CPC, art. 6º).

A cooperação apresenta, assim, um aspecto dúplice: ela é um limite para a condução dos procedimentos dos *Dispute Boards*, ao mesmo tempo que é justificativa da opção da Administração Pública pelo uso dos Comitês para solução de conflitos técnicos.

O ganho de eficiência dá-se no âmbito da racionalização dos procedimentos, com a redução do tempo⁷¹ de resolução do conflito e por meio da aproximação do Comitê (*Board*) à cognição efetiva das disputas em jogo.

Sob a ótica de um *Estado Consensual*,⁷² deve-se admitir que o uso dos *Dispute Boards* para dirimir questões eminentemente técnicas seja o melhor método a ser empregado para a garantia da eficiência administrativa dos contratos públicos, respeitada a lógica do *custo-benefício* ou *custo-efetividade*. A resolutividade, numa matriz de riscos e de potencial incremento dos custos públicos por meio de recorrentes pedidos de reequilíbrios econômico-financeiros em instrumentos contratuais somente pode ser mensurada se o conflito é saneado em tempo hábil

e o incentivo ao diálogo entre instituições de controle e empresas, a fim de que se estabeleça *a priori* o que é considerado ideal do ponto de vista legal em sua opinião. Isso poder-se-ia alcançar a capacitação dos atores do Direito, para que se desafiem a utilizar alternativas ao modelo clássico que consiste na aplicação de sanção com a influência ao cumprimento de normas.

⁷⁰ Cada uma das posições processuais exercidas pelas partes, inclusive a posição processual adotada pelos julgadores do Comitê de Disputas gera consequências na pacificação do conflito e, inclusive, na possibilidade das partes não aderirem à solução proposta. Por isso, contraditoriamente, o DRBF sugere a não apresentação de posições dissidentes no corpo do relatório de julgado das disputas.

⁷¹ RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, ano 14, v. 52, p. 197-219, jan./mar. 2017.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 41-50.

e reduzido. É por esse motivo que parte da doutrina aproxima⁷³ a eficiência da consensualidade à solução negociada das disputas envolvendo o Poder Público.

A grande interação com princípios fundamentais, tanto quanto o papel *sui generis* que vem sendo atribuído às Advocacias Públicas indicam a maior participação dos órgãos de controle da legalidade do processo de gestão contratual, seja sob uma perspectiva consultiva, seja a partir de uma lógica de intervenção processual extrajudicial. Parte da doutrina critica a terceirização da solução de conflitos ao largo dos órgãos internos,⁷⁴ demonstrando um derradeiro limite a ser superado para instituição dos *Dispute Boards* no Brasil.

5 Considerações finais

Por meio de uma abordagem dedutiva, o presente trabalho demonstrou a operacionalização dos *Dispute Boards* no âmbito internacional, bem como as aproximações ao Direito Administrativo brasileiro, com ênfase na internalização dos Comitês de Disputa na Administração Pública sob um viés principiológico.

A natureza jurídica estritamente contratual dos *Dispute Boards* impõe limites à integração do meio alternativo de solução de controvérsias às normas processuais brasileiras, especialmente quando a natureza adjudicatória e vinculante do procedimento é buscada.

A restrição de acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), bem como a definição de prazos e procedimentos específicos para impugnação das determinações do Comitê têm sido consideradas incompatíveis com o devido processo legal e com as normas de Direito Público.

Além disso, a preponderância de um modelo cooperativo, bem como os deveres decorrentes da adoção do princípio da cooperação como regente dos *Dispute Boards*, somada à supremacia do interesse público e experiências internacionais que buscam submeter questões de direito público e coletivo à sindicabilidade judicial indicam a potencialidade da restrição da instituição de Comitês de Disputa Vinculantes (*Dispute Adjudication Boards*).

Por outro lado, as propostas legislativas identificadas na práxis administrativista brasileira indicam para uma solução diversa: a incorporação das três modelagens funcionais dos *Dispute Boards* no Brasil (Comitês de Decisão Adjudicatória; Comitês de Revisão e Comitês Mistos), como espécies definidas na legislação.

⁷³ SANTOS, Márcia Walquiria B. dos; LIMA, Luís Pedro Ferreira. Serviços públicos no âmbito do direito administrativo econômico. *Revista da PGBC*, v. 15, n. 1, p. 169-183, jun. 2021.

⁷⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; VALE, Luís Manoel Borges do. A inconstitucionalidade do art. 10 da nova lei de licitações: a invasão de competência dos estados e municípios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 20, n. 236, ago. 2021.

Apesar do avanço legislativo, o horizonte da inafastabilidade do Poder Judiciário, a natureza que têm sido outorgada aos *Dispute Boards* por parte da jurisprudência e a relação jurídica publicista relacionada com as causas submetidas aos Comitês indicam que, provavelmente, o meio de solução não prevenirá demandas judiciais, buscando, todavia, ostentar um caráter admonitório (preventivo), focando em elementos adjuvantes à solução das controvérsias, a exemplo do incremento do respeito às normas contratuais (*enforcement*), a adoção de técnicas de conformidade (*compliance*) e à responsabilidade ou responsividade das decisões dos membros e das posições das partes (*accountability*).

Conquanto na literatura internacional haja uma pretensão de segregação das regras processuais (*civil procedure*) à prática dos DBs, o presente trabalho demonstrou que a maior incidência e aproximação de princípios constitucionais e processuais à prática publicista brasileira, tanto quanto a internalização do princípio do *devido processo legal substantivo* ao método de solução alternativa de conflitos (MASC), que os Comitês de Disputas ostentam, permitem aproximá-los das normas processuais e da regulamentação do Código de Processo Civil de 2015, conquanto não haja previsão legislativa para tanto.

Os limites processuais apurados a partir do afastamento do princípio do *juiz natural* (dada a ausência do caráter jurisdicional), da atração do devido processo legal substantivo e do dever de informação e de paridade de armas não demonstram dissuadir o incremento de outras soluções não formalmente jurisdicionais de solução de controvérsias, demonstrando que a opção pela sistemática está mais atrelada a justificativas sócio-políticas, quanto ao desestímulo do acesso ao Poder Judiciário, do que técnico-processuais.

Referências

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Editora UnB, 2007.
- BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) *Transformações do direito administrativo: direito público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. p. 41-50.
- BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 9.883, de 23 de março de 2018*. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) em contratos administrativos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.569.422/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 26.04.2016.

CHAPMAN, Peter H. J. The use of dispute boards on major infrastructure projects. *The Turkish Commercial Law Review*, v. 1, issue n. 3, p. 219-232, oct. 2015.

CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards: practice and procedure*. 3. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2015.

CHICCHÓN, Jaime Gray; VENEGAS, Jonnathan Bravo. La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los *dispute boards*. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica, experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 33-69.

CORNELL, University. *Legal Information Institute – LII: open access to law since 1992*. Wex: Term Mandamus. Cornell: Cornell Law School. 2021. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/mandamus>. Acesso em: 9 nov. 2021.

DARWAZEH, Nadia; YEOH, Friven. Recognition and enforcement of awards under the New York Convention: China and Hong Kong perspectives. *Journal of International Arbitration*, v. 25, issue 6, p. 837-856, 2008.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1.

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

FERRAZ, Francisco César Alves; RODRIGUES, Pauline Bitzer. Os Estados Unidos e as bases sociais e institucionais para o retorno dos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial. *Diálogos*, Maringá, v. 14, n. 3, p. 640, 2010.

GARCÍA, Roberto Hernández. Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards in Latinoamérica experiencias y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. p. 23-32.

GOUVEIA, Lucio G. de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

JANJULIO, Maristela da Silva. Arquitetura e consumo no pós-Segunda Guerra Mundial: os paralelos Brasil-EUA 1. *Oculum Ensaios*, Campinas, v. 17, p. 1-16, 2020.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre participação do juiz no processo civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASSER, Maria Virginia Nabuco Amaral Mesquita. Dispute boards em projetos de infraestrutura: entre a governança do contrato e da república. *Jota*, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021>. Acesso em: 15 nov. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; VALE, Luís Manoel Borges do. A inconstitucionalidade do art. 10 da nova lei de licitações: a invasão de competência dos estados e municípios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 20, n. 236, ago. 2021.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 199-229, set./dez. 2018.

PORTO ALEGRE. *Lei Municipal nº 12.810, de 3 de março de 2021*. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Porto Alegre: Câmara de Vereadores, 2021. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2021/12810/12810/lei-ordinaria-n-12810-2021-preve-a-instituicao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-boards-nos-contratos-administrativos-celebrados-pelo-municipio-de-porto-alegre?p=>. Acesso em: 28 out. 2021.

RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 14, v. 52, p. 197-219, jan./mar. 2017.

SANTOS, Márcia Walquiria B. dos; LIMA, Luís Pedro Ferreira. Serviços públicos no âmbito do direito administrativo econômico. *Revista da PGBC*, v. 15, n. 1, p. 169-183, jun. 2021.

SÃO PAULO. *Lei Municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018*. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. São Paulo: Câmara de Vereadores, 2018. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 28 out. 2021.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JR., Humberto. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, n. 1, p. 92-118, abr. 2006.

VAZ, Gilberto José. Os dispute boards e os contratos administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 141-178, 2013.

WALD, Arnoldo. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 139-151, jun./set. 2011.

ZACHIM, Kleber; ALVES, Rafael. Dispute boards e projetos de infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. *O direito da construção no ambiente internacional*: contribuições para a consolidação de uma lex constructionis. São Paulo: Almedina, 2019. p. 341-372.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. Comitês de Resolução de Disputas, processo civil e Constituição: aproximações principiológicas na Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 131-158, abr./jun. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i88.1592.
