

Recebido em 09/11/2021
Aprovado em 12/01/2022

COMITÊS DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE DISPUTAS (DISPUTE BOARDS) NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES E PROSPECÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*DISPUTE BOARDS IN FEDERAL ROAD CONCESSION
CONTRACTS: FIRST IMPRESSIONS AND PROSPECTIONS IN
BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW*

Gustavo Justino de Oliveira

*Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP e no
IDP/DF. Árbitro, consultor e advogado especialista em Direito Público.*

Thaís Strozzi Coutinho Carvalho

Advogada, mestranda em Direito no IDP/DF.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas: conceitos e tipos. 1.1 Conceito e natureza jurídica. 1.2 Comitê revisor ou de assessoramento (dispute review board). 1.3 Comitê adjudicatório (dispute adjudication board). 1.4 Comitê misto (combined dispute board). 2. Dispute board nos contratos de concessão de rodovias federais. 2.1 Cláusula proposta pelo Programa de Parcerias de

Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura. 2.2 Cláusulas adotadas nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA. 2.3 Acórdãos 4036 e 4037, de 2020, do Plenário do Tribunal de Contas da União: perspectivas e limitações. 2.4 Direito Projetado: projetos de lei que preveem a adoção do Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos administrativos. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: Os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas são amplamente adotados em contratos de longa duração e elevados investimentos em todo o mundo, com sucesso e eficiência relatada pela doutrina nacional e estrangeira. No Brasil a sua aplicação ainda é tímida. O artigo visa a analisar a previsão do comitê nos contratos de concessão de rodovias federais lançados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em 2020, bem como as perspectivas de sua utilização no país. Conclui-se que embora seja incipiente a utilização do mecanismo nos contratos de concessão federal, é perceptível a intenção do Governo Federal de ampliar a sua adoção, alinhando-se às melhores práticas internacionais.

ABSTRACT: Dispute Boards are widely adopted in long-term and high investments contracts around the world, with success and efficiency reported by national and foreign doctrine. In Brazil its application is still shy. The article aims to analyze the DB's forecast in concession contracts for federal highways launched by the National Land Transport Agency (ANTT) in 2020, as well as the prospects for its use in Brazil. It is concluded that although the use of the mechanism in federal concession contracts is incipient, the Federal Government's intention to expand its adoption is noticeable, in line with best international practices.

PALAVRAS-CHAVE: Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas. Dispute Board. Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos. Contrato de Concessão de Serviços Públicos. Rodovias Federais.

KEYWORDS: Dispute Board. ADRs. Public Service Concession Contracts. Interstate Highways.

INTRODUÇÃO

Contratos de longa duração, alta complexidade e elevados custos implicam controvérsias durante sua execução, dada a própria natureza da relação estabelecida entre as partes. É improvável, senão impossível, que o contrato seja capaz de regular todas as peculiaridades da relação jurídica entabulada ao longo do tempo, sendo natural o surgimento de situações técnicas e operacionais não previstas quando da estruturação do projeto.

A superveniência de conflitos entre as partes é, portanto, algo natural e esperado, sendo de bom alvitre que o próprio contrato aponte a forma de solucioná-los. Nesse contexto é que surge o Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas (dispute board), como mecanismo contratual de resolução de conflitos, apto a apresentar soluções para questões supervenientes não reguladas pelo contrato ou cuja interpretação seja controvertida.

O método surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1970, tendo sido adotado pela primeira vez em 1975, no contrato de construção da segunda parte do túnel Eisenhower, no estado do Colorado, trazendo benefícios para as partes. O sucesso do instituto foi tamanho, que a solução acabou por ser adotada em inúmeros contratos de construção naquele país (CHERN, 2015, p. 11). Embora conte com quase 5 décadas de aplicação em contratos de todo o mundo, sua adoção ainda é tímida no Brasil.

Os municípios de São Paulo e de Belo Horizonte regulamentaram o instituto, conforme Leis nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, e 11.241, de 19 de junho de 2020, respectivamente de cada um dos municípios citados, havendo projeto de lei de iniciativa do Senado em tramitação, conforme PLS 206, de 2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, do PSDB de Minas Gerais¹.

A ausência de lei específica não afasta a possibilidade de utilização do comitê em contratos dos programas de concessão do Governo Federal, cujo fundamento se extrai, para as concessões comuns, do artigo 23-A da Lei

¹ A tramitação do projeto de lei, sua redação e emendas podem ser consultadas no <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>. Acesso em 29/06/2021. O texto foi aprovado pelo Plenário do Senado em 29/6/2021, restando pendente a aprovação pela Câmara dos Deputados quando da elaboração do presente artigo.

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que permite a adoção de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato².

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que institui a nova lei de licitações e contratos, é a primeira lei federal a textualmente prever a adoção do dispute board, conforme seu art. 151, que admite a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nos contratos administrativos, fazendo expressa menção ao comitê de resolução de disputas, ao lado da conciliação, mediação e arbitragem.

Mesmo antes da edição de tal lei, o Programa de Parcerias de Investimentos do Ministério da Economia promoveu workshop, em 2019, no qual apresentou cláusula padrão para adoção de dispute board no âmbito dos contratos de concessões públicas promovidas pelo Governo Federal, no entanto, sua aplicação ainda não é adotada de forma ampla nos contratos de infraestrutura, a exemplo do edital de concessão de aeroportos da sexta rodada, promovida em abril de 2021, que não previu o dispute board no contrato.

Em contratos de concessão de rodovias, somente em 2020 foi previsto o comitê na modelagem da concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

O presente estudo visa a avaliar o contexto regulatório e normativo em que o dispute board foi previsto nos contratos de concessão das citadas rodovias federais, aprovados pelo Tribunal de Contas da União em 2020, respectivamente, por meio dos Acórdãos 4036/2010 e 4037/2020, ambos do Plenário da Corte de Contas, o primeiro de relatoria do Ministro Vital do Rêgo e o segundo sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

Para tanto, no primeiro item será apresentado o conceito e tipos de dispute board, com as diferenças entre os comitês que adotam decisões não vinculantes (dispute review board), decisões vinculantes (dispute adjudication board) ou mistas (combined dispute board), abordando-se as vantagens e desvantagens de cada modelo, bem como a natureza jurídica do instituto.

Em seguida, será analisada a cláusula de dispute board adotada nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA, avaliando-se a sua aderência à cláusula

2 O artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04, igualmente prevê que as parcerias público-privadas (concessões patrocinadas e concessões administrativas) adotem mecanismos privados de solução de conflito, assim como o artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93 admite expressamente a importação de normas e procedimentos de organismos internacionais nos contratos administrativos financiados com recursos de tais organismos, o que pode implicar a utilização do dispute board, dada a ampla exigência de bancos internacionais de investimentos para que sejam adotadas cláusulas de constituição de dispute board em contratos de longa duração e altos investimentos.

padrão adotada pelo Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, bem como o entendimento jurídico sobre o instituto traçado pela Procuradoria Federal junto à ANTT e a determinação do Tribunal de Contas da União sobre a proposta de cláusula apresentada pela agência, avaliando-se as perspectivas e limitações decorrentes da determinação da Corte de Contas e do direito projetado.

Será utilizada a metodologia de revisão doutrinária, conforme referencial teórico próprio dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, a exemplo da doutrina de Cyril Chern, bem como o estudo de caso, a partir dos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA, anexos aos editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, respectivamente, em 29/01/2021 e 31/03/2021.

1. COMITÊ DE RESOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE DISPUTAS: CONCEITOS E TIPOS

Neste item serão apresentados os conceitos e tipos de comitês de resolução e prevenção de disputa, apresentando os comitês de acordo com o caráter vinculante ou não vinculante de suas decisões, bem como as vantagens de cada espécie, de acordo com a doutrina e experiência de outros países relatada pelos autores que se dedicam ao estudo do tema.

1.1. Conceito e natureza jurídica

O Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas (DB) é um órgão, em regra permanente³, previsto em contrato, usualmente formado por três membros independentes, escolhidos pelas partes, que acompanha a execução do objeto contratado desde o seu nascedouro, podendo adotar decisões vinculantes ou recomendações em face das situações a ele submetidas pelas partes contratantes.

Trata-se de uma “criatura do contrato” (CHERN, 2015, p. 5), já que são as partes que elegem a sua instituição, por meio de previsão contratual que poderá conferir ao comitê poderes adjudicatórios ou apenas de revisão ou recomendação.

Os membros do DB são usualmente indicados pela parte, sendo que cada contratante indica um membro e os dois indicam um terceiro, de comum acordo, que exercerá a presidência do órgão, garantindo-se, assim, a imparcialidade do comitê. Regulamentos como o do Centro de

3 O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação (CAM-CCBC) prevê a instituição de comitês permanentes ou *ad hoc*, em que ele somente será constituído para o tratamento de controvérsias ou esclarecimentos específicos, sendo destituído logo após a solução.

Arbitragem e Mediação de Comércio Brasil-Canadá para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (BRASIL, 2018) preveem a possibilidade de a parte impugnar a indicação feita no prazo de 7 dias.

O principal objetivo do instituto é a resolução e prevenção de conflitos em contratos de longa duração, alta complexidade técnica ou operacional e elevados custos. Tais aspectos são fatores preponderantes para a escolha do DB em contratos, em razão da impossibilidade de se regular no instrumento todas as situações decorrentes de sua execução, sendo inevitável a ocorrência de lacunas que invariavelmente conduzirão a controvérsias cuja solução não estará previamente definida.

O comitê foi inicialmente adotado em contratos de obras, a exemplo do Eurotúnel entre França e Inglaterra, do aeroporto internacional de Beijing, na China, do aeroporto de Hong Kong, do Niagara Tunnel, no Canadá e da rede ferroviária de Eithad, nos Emirados Árabes (CHERN, 2015, p. 91-102).

A sua aplicação é compatível, no entanto, também com outros contratos de longa duração, como concessões e parcerias público-privadas (Wald, 2011, p. 4), como nas concessões de rodovias federais analisadas reguladas pelos editais nº 1/2021 e 2/2021, da ANTT, objeto deste estudo.

Garcia (2016, p. 2) aponta o instituto como “um mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática”.

Embora possa ocorrer a implantação *ad hoc* do comitê, apenas quando suscitado conflito pelas partes, o acompanhamento permanente do desenvolvimento da obra ou projeto contratado torna o comitê mais eficaz (RIBEIRO e ALMEIDA, 2013, 230), reduzindo tanto os custos com o procedimento quanto a própria burocracia no levantamento de fatos, eis que há efetivo acompanhamento, em tempo real, do desenvolvimento do projeto pelos membros do comitê.

Os membros se reúnem periodicamente, realizando também visitas técnicas ao local do empreendimento e recebendo reportes periódicos sobre o andamento da obra. Dessa forma, não apenas torna-se possível antever o surgimento de eventuais conflitos como também, uma vez submetida a questão à resolução pelo comitê, poderão seus membros visualizar o caso com muito maior clareza e conhecimento do fato, eis que acompanham detalhadamente o empreendimento e sua execução.

Assim, enquanto procedimentos arbitrais e processos judiciais atuam após a instalação do conflito e, via de regra, após a execução da obra, com a necessidade de apuração documental e muitas vezes pericial para a comprovação dos fatos, no DB os membros acompanham a execução de

modo contemporâneo, sendo este fato apontado (Wald, 2011, p. 5) como uma grande vantagem de eficiência do procedimento.

A celeridade na solução do conflito é outra vantagem do procedimento adotado pelo DB, como decorrência da própria contemporaneidade da análise ao surgimento da controvérsia. Por outro lado, a celeridade da solução pode induzir as partes a maior reflexão quanto à própria submissão do conflito ao comitê, visto que restará de pronto definido o resultado, que naturalmente irá beneficiar uma parte e contrariar os interesses da outra.

Adotada a decisão ou feita a recomendação pelo comitê, a sua formalização se dará, via de regra, por meio de um aditamento ao contrato, de modo a incorporar a regra ao instrumento. Daí, tem-se que a natureza do instituto é de obrigação contratual, eis que as partes não apenas decidem, de antemão, por força do contrato, a submeter os conflitos ao comitê como também, necessitarão formalizar suas resoluções por meio de aditamento ao contrato.

O órgão poderá exercer também função de mediação, de tal forma que a solução do conflito seja construída pelas próprias partes.

1.2. Comitê revisor ou de assessoramento (dispute review board)

As decisões adotadas pelo comitê poderão ter caráter opinativo ou de revisão, com efeitos não vinculantes. Os comitês que adotam decisões não vinculantes acabam por se tornar um órgão de consultoria técnica das partes contratantes, baixando recomendações diante dos conflitos ou consultas submetidas aos seus integrantes.

Caso as partes estejam de acordo com a recomendação feita, adotar-se-á a solução apontada de comum acordo e, caso haja discordância, a questão poderá ser submetida a arbitragem ou ao judiciário, a depender do foro de eleição do contrato.

O regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB, 2017) estabelece que a recomendação adotada pelo comitê, caso não impugnada pelas partes no prazo de 15 dias, torna-se vinculante.

Os Estados Unidos da América foram o berço dos Dispute Review Boards (DRB), que adotam apenas esse modelo. Dentre as vantagens do modelo, aponta-se o fato de as partes não terem qualquer razão para temer a submissão do conflito ao comitê, eis que não estarão vinculadas ao seu resultado (CHERN, 2015, 6). Por outro lado, seja em razão da qualidade técnica, conhecimento de fato ou confiança usualmente depositada nos membros do comitê, a recomendação adotada pelo comitê certamente integrará o processo judicial ou procedimento arbitral que ao final decidirá a controvérsia, constituindo-se relevante prova para o deslinde do caso.

1.3. Comitê adjudicatório (dispute adjudication board)

O Comitê adjudicatório adota decisões vinculantes, a que se submeterão as partes por força de disposição contratual. O modelo surgiu a partir de uma evolução do comitê revisor adotado pelos norte-americanos (CHERN, 2015, p. 6), sendo amplamente usada nas diferentes partes do mundo, à exceção dos Estados Unidos da América.

As vantagens do mecanismo contratual são tamanhas que o Banco Mundial passou a recomendar a adoção do comitê em obras financiadas pelo banco e, na sua esteira, o International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) editou modelos padronizados de contrato, com cláusula de DB na sua modalidade vinculante, em 1996 (CHERN, 2015, p. 12).

Apesar de vinculante, é certo que a decisão do comitê de adjudicação por vezes não é final, eis que sempre será possível a sua submissão ao judiciário ou à arbitragem, no entanto, a decisão fixada por comitê técnico, que conhece a obra e adota decisão fundamentada e contemporânea ao conflito acaba por influenciar o entendimento fixado pelo juízo arbitral ou tribunal.

Além disso, importante o registro de que, havendo as partes se submetido contratualmente às decisões do comitê, o descumprimento de uma decisão vinculante implica o descumprimento do próprio contrato, de modo que o contratante que a descumprir estará em mora, com todas as consequências dela decorrentes, até que sobrevenha decisão arbitral ou judicial em sentido diverso.

Chern (2015, p. 34) destaca que, embora o comitê de adjudicação adote decisões vinculantes, nada impede que as partes solicitem a opinião do comitê sobre algum aspecto, a qual não terá efeito vinculante, mas apenas de orientação ou assessoramento, o que torna essa modalidade ainda mais atraente.

1.4. Comitê misto (combined dispute board)

O comitê misto é uma variação dos dois modelos apresentados, desenvolvida pela Câmara Internacional de Comércio (ICC).

Os comitês mistos apresentam uma solução intermediária dos modelos de revisão e adjudicatório, em que, em regra são apresentadas recomendações e, no entanto, caso uma das partes requeira a adoção de uma decisão vinculante, não havendo objeção da outra parte, a decisão vinculará ambas. Lado outro, caso a parte apresente qualquer impugnação à pretensão de submeter a uma decisão vinculante, o comitê decidirá se será firmada decisão ou recomendação.

Chern (2015, p. 34) aponta que o modelo constitui um “*cenário mais palatável do que um simples dispute review board ou um dispute adjudication board, principalmente em situações em que as partes são novas no conceito de dispute board*”.

2. DISPUTE BOARD NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

No final de 2020 a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) lançou dois editais de concessão de rodovias com a previsão de adoção de dispute board para a solução de controvérsias surgidas nos contratos, conforme editais aos editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, respectivamente, em 29/01/2021 e 31/03/2021.

O objetivo do presente item é analisar o teor de tais cláusulas, verificando sua aderência à cláusula padrão proposta pelo Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal no workshop realizado em 2019, bem como as perspectivas e limitações de adoção do mecanismo a partir do entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União no julgamento dos Acórdãos nº 4036 e 4037, de 2020.

2.1. Cláusula padrão proposta pelo Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal nos contratos de concessão de infraestrutura

O Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal (PPI) promoveu, no segundo semestre de 2019⁴, workshop e consulta pública para o recebimento de contribuições para fins de edição de resolução que tem por objetivo aprovar cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa.

A minuta foi debatida com os diversos órgãos do governo que atuam no setor de infraestrutura, com a Advocacia Geral da União e com câmaras de mediação e arbitragem. Assim, houve manifestação e contribuições, dentre outros, do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), da Câmara de Conciliação da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, do Ministério de Minas e Energia, da Câmara de Comércio Internacional, da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial, da Agência Nacional de Aviação Civil, além de servidores dos ministérios

4 Informação disponível em <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em 27/5/2021.

da Economia, Infraestrutura, Transparência e Controladoria-Geral da União e advogados e especialistas que atuam na área, conforme se extrai da Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI (BRASIL, 2019).

Houve um workshop específico para debater e apresentar o dispute board, em setembro de 2019, com a participação de quatro especialistas para apresentar experiências com a utilização no Brasil e no mundo: Beatriz Vidigal Xavier da Silveira Rosa, Luis Otávio Rosa, Maurício Brun Bucker e Fernando Marcondes.

O PPI apresentou uma minuta de resolução, submetida à consulta pública, na qual propôs cláusula modelo para a solução de controvérsias como forma de incentivar a adoção de mecanismos adequados para a solução de conflitos, numa perspectiva de sistema multi-portas de solução de conflitos, sem caráter obrigatório, mas sim com contornos de soft law, a recomendar a adoção das cláusulas propostas.

O dispute board está previsto no anexo II da minuta de resolução, que deixa a cargo do poder concedente a previsão de comitê permanente ou *ad hoc*, sendo o permanente constituído em determinado período após a celebração do contrato, com a sugestão de que isso ocorra em 60 dias, e o *ad hoc* somente quando configurado o conflito entre as partes.

A Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI (BRASIL, 2019, p. 16) destaca as vantagens e desvantagens de cada modelo:

92. O comitê permanente é instituído desde o início do contrato ou durante a fase contratual crítica para o surgimento de potenciais conflitos. Aponta-se como vantagem do modelo de comitê permanente o seu conhecimento a respeito da execução do contrato com maior propriedade e ex ante ao surgimento do conflito, conferindo-lhe condições para proferir recomendações e decisões mais adequadas e céleres. Por consequência, este acompanhamento *pari passu* do comitê tende a induzir condutas mais cooperativas pelas partes, evitando a potencialização dos conflitos e a submissão de pleitos ao comitê e resolvendo as divergências entre elas de forma espontânea. Por outro lado, a existência perene do comitê representará para as partes maiores custos na sua manutenção.

93. Já o comitê *ad hoc* é instituído quando já instaurada a divergência. Só então os especialistas indicados como membro do colegiado tomarão conhecimento dos fatos, de modo que sua decisão tende a ser menos informada, embora seja menos dispendiosa esta modalidade em relação ao comitê permanente.

A adoção do comitê *ad hoc* está focada, portanto, em redução de custos, reconhecendo-se a vantagem do comitê permanente, ante o seu conhecimento do caso previamente ao surgimento do conflito, inclusive no que tange à possibilidade de a própria existência do comitê induzir à solução consensual do potencial conflito.

O modelo proposto faculta ao órgão público a previsão de comitê adjudicatório, recomendatório ou misto, conforme critérios de conveniência do gestor público responsável pela modelagem da concessão, conforme características do empreendimento licitado.

A PPI aponta como vantagens do modelo adjudicatório a redução do custo decisório, o que corresponde a uma desvantagem de se retirar o caráter auto-executável dos atos da administração, visto que em caso de discordância da administração quanto à decisão adotada, somente poderia ser suspensa a decisão mediante provimento judicial ou arbitral. Lado outro, o modelo recomendatório mantém o poder decisório do gestor público, o que é visto pela PPI como uma vantagem frente ao outro modelo.

A minuta elege as matérias que estarão sujeitas a ser submetidas ao comitê, conforme seu item 1.6, que assim dispõe:

1.6. São passíveis de serem submetidas ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, ainda que exijam interpretação do Contrato, nas seguintes matérias:

- (a) equilíbrio econômico-financeiro do Contrato;
- (b) execução de serviços e obras e sua adequação aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo Contrato; e
- (c) avaliação de ativos e de indenizações.

1.6.1. Não são passíveis de submissão ao Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências as divergências não previstas na subcláusula 1.6, e toda matéria afeta à prerrogativa de definição da política pública.

O texto proposto é expresso no sentido de que não será qualquer matéria sujeita à apreciação pelo comitê, o qual será restrito à análise das demandas vinculadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, à execução de serviços e obras quanto à adequação aos parâmetros exigidos pela regulação e pelo contrato e à avaliação de ativos e de indenizações.

Nota-se a preocupação da União, enquanto poder concedente, de não recomendar a submissão de matérias ao comitê que possam interferir em questões afetas às prerrogativas por ela exercidas na relação contratual, como questões as relativas à definição de políticas e ao interesse público.

A relação contratual com a Administração Pública está tradicionalmente atrelada à posição do Estado contratante dotado de supremacia de poder em relação ao contratado (MEIRELLES, 2000, p. 201), o que merece alguma reflexão quando se trata de solução de conflitos com a Administração por métodos outros que não os tradicionais processos administrativo e judicial.

A própria Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, é clara ao permitir a solução de conflitos que envolvam a Administração Pública por meio da arbitragem somente quando se trate de direitos patrimoniais disponíveis, a revelar a especial tutela legal conferida ao interesse público.

A proposta da PPI está, nesse sentido, alinhada à legislação de regência dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, eis que não permite a adoção do dispute board para todo e qualquer caso, mas apenas para parte dos direitos patrimoniais disponíveis de que dispõe o Estado numa relação contratual de longo prazo, como nas concessões reguladas pelo programa.

2.2. Cláusulas adotadas nos contratos de concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA

Os editais nº 1/2021 e 2/2021, publicados pela ANTT, que tem por objeto a concessão das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA (BRASIL, 2021), preveem, nos contratos a eles anexados, a possibilidade de adoção do comitê de resolução de conflitos, instaurado de modo *ad hoc*, ou seja, somente quando evidenciado um conflito, e com caráter recomendatório.

O comitê poderá ser constituído por iniciativa do poder concedente ou da concessionária, devendo ser adstrito a posicionamento sobre questões de natureza eminentemente técnica, diante de situações concretas excepcionais e complexas.

Embora louvável a adoção da cláusula do dispute board no contrato de concessão de rodovias, a proposta ainda é tímida, dada a excepcionalidade da convocação do comitê e a subjetividade da sua hipótese de cabimento.

Diferentemente do que proposto pelo PPI, a cláusula do contrato de concessão das rodovias não especifica as matérias que estarão sujeitas ao pronunciamento do comitê de resolução de conflitos, além de condicionar a adoção do mecanismo à regulamentação do assunto pela ANTT⁵.

⁵ Nesse ponto, importa destacar que os contratos expressamente preveem que a inexistência da regulamentação pela ANTT, sendo que a sua inexistência não ensejará quaisquer direitos subjetivos à Concessionária.

Nota-se, portanto, que a adoção do comitê acaba por se tornar medida tão excepcional que corre o risco de perder a sua efetividade na solução de conflitos. Ademais, a própria constituição do comitê já poderá ser objeto de controvérsia, ante a falta de clareza nas suas hipóteses de cabimento. Não obstante tenha deixado o contrato de especificar as hipóteses em que poderá ser convocado o comitê, certo que os casos previstos pelo PPI para o cabimento do painel de solução de disputas poderão ser adotados como parâmetro para indicar a convocação do dispute board no caso concreto, visto que constituem matérias de ordem técnica e excepcionais.

O comitê de solução de disputas, a par de constituir um mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, privilegia que a solução se dê de modo consensual, em especial na hipótese em que fixa entendimentos não vinculantes, como é caso do contrato de concessão de rodovias.

Nesse ponto, vale rememorar que a Lei de Arbitragem, com a redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015, expressamente reconhece a possibilidade de a Administração adotar a arbitragem para solução de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis. Parece-nos, portanto, que esse pode ser um ponto de partida, para fins de garantir maior objetividade na aplicação do dispute board nos contratos de concessão de rodovias, dada a semelhança dos institutos, igualmente enquadrados como mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, conduzidos por comitês de especialistas independentes e imparciais indicados pelas partes.

Importante o registro de que a ANTT conta com regulamentação própria sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da agência, conforme Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, a qual especifica, em seu art. 2º, o que se entende por direitos patrimoniais disponíveis:

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

III - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;

IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e

V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.

Ao prever o caráter recomendatório do comitê, o contrato registra, ainda, o intuito de a recomendação “prover subsídios para a tomada de decisão da ANTT”, com necessidade de que seja proferida a recomendação previamente à decisão administrativa sobre a matéria. A previsão revela o intuito do poder concedente de resguardar sua prerrogativa de supremacia na relação contratual, o que igualmente pode acabar por retirar a eficácia do instituto.

A própria ANTT reconhece (BRASIL, 2020-A, p. 108-109) o instituto como um mecanismo de solução de conflitos, apontando como sua maior vantagem a possibilidade de se ter a questão contratual revista por especialistas em um curto período, a atrair o interesse de instituições como o Banco Mundial, que indica a adoção do mecanismo como condição para a aprovação de alguns financiamentos.

Como visto, o interesse dos bancos financiadores na submissão das controvérsias ao comitê está relacionado à segurança jurídica decorrente de solução adotada no caso concreto, atrelada à celeridade e à eficiência das decisões firmadas pelo comitê, de modo que deve o poder concedente estar atento à segurança jurídica esperada com a adoção de tal mecanismo de solução de controvérsia, especialmente quando da sua regulamentação.

No caso das recomendações do dispute board previsto no contrato de concessão de rodovias federais, se por um lado está determinado no contrato que somente serão submetidos ao comitê questões de natureza eminentemente técnica em situações excepcionais e complexas, de outro, certo que a solução do caso concreto deverá atender ao interesse público, ainda que esse interesse aponte para o reconhecimento dos argumentos da concessionária, que poderá ter razão no caso concreto, sendo merecedora da decisão que lhe reconheça algum direito em face do poder concedente.

2.3. Acórdãos 4036 e 4037, de 2020, do Plenário do Tribunal de Contas da União: perspectivas e limitações

Quando da análise dos editais e contratos de concessão das rodovias BR-153/414/080/TO/GO e BR-163/230/MT/PA pelo Tribunal de Contas

da União (TCU), houve pronunciamento da unidade técnica do Tribunal no sentido de recomendar a exclusão da cláusula do dispute board dos contratos analisados (BRASIL, 2019).

O fundamento da unidade técnica era de que poderia o comitê “macular toda a execução contratual, visto que a ausência de regulamentação pela ANTT de um mecanismo previsto no contrato incorre no risco de se gerar um pretexto para a não realizações de obrigações por parte da Concessionária”, destacando também que o mecanismo poderia não trazer a celeridade almejada, ante a necessidade de se constituir o comitê *ad hoc*, com dispêndio de tempo para selecionar os seus membros e ainda para que eles conhecessem todas nuances do caso concreto até que adotassem a recomendação, fora todo o procedimento necessário até a efetiva tomada de decisão pelos gestores do contrato.

O entendimento da unidade técnica não prevaleceu, tendo os votos dos Ministros condutores dos Acórdãos 4036 e 4037, ambos de 2020, apontado para solução diversa, ante o pronunciamento da ANTT nos autos dos processos.

Ponderaram os Ministros, em ambos os processos, que embora as regras sobre o comitê carecessem de detalhamento por norma interna da agência, a procuradoria do ente público já apontara a solução, eis que condicionada a convocação do comitê à previa regulamentação do instituto.

Além disso, foi ponderado pelo TCU a existência de regulamentação no âmbito da agência sobre outros mecanismos de solução de controvérsias, conforme a Resolução 5.845, de 2015, já citada nesse estudo, que reflete a maturidade da ANTT na condução do assunto.

Consideraram também os Ministros da Corte de Contas ser salutar a incorporação de mecanismos privados de resolução de controvérsias reconhecidos internacionalmente. Desse modo, foi aprovada a cláusula do dispute board nos contratos de concessão, desde que sua adoção ocorresse somente após a sua regulamentação e que eventual omissão da autarquia não conferiria quaisquer direitos subjetivos à concessionária, em observância do art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995.

Extrai-se da decisão do TCU que, se por um lado, reconhece o Tribunal o amparo legal para a previsão do instituto, por outro mantém-se a cautela de somente permitir a sua instituição mediante a regulamentação interna do assunto pela agência, ainda que reconheça a semelhança da questão, se comparada às normas que regulamentam a autocomposição e a arbitragem pela própria ANTT, em aparente contradição.

Além disso, certo é que as Câmaras de Arbitragem nacionais e internacionais já regulamentaram o instituto - a exemplo dos regulamentos do CCBC (BRASIL, 2018) e da CAMARB (BRASIL, 2017) - de modo que

bastaria a eleição de uma dessas entidades para conduzir a instituição do comitê, para que fosse suprida tal lacuna.

Nota-se ainda a falta de compreensão do mecanismo pela unidade técnica do Tribunal, que enxergou no dispositivo a possibilidade de entraves e atrasos no empreendimento, embora as experiências internacionais apontem justamente para a maior celeridade das soluções apresentadas pelo comitê, ante a contemporaneidade da sua atuação.

Ainda que tenha sido prevista a constituição *ad hoc* do comitê, que a nosso ver não é a melhor solução, por se perder a oportunidade de os seus membros acompanharem toda a execução do empreendimento, prevendo controvérsias e soluções adequadas, entende-se que ainda assim o comitê terá melhores condições de apresentar soluções rápidas e apropriadas, ante a contemporaneidade de sua constituição, o tempo reduzido de atuação e a natureza técnica e multidisciplinar da equipe de especialistas.

Ademais, o pronunciamento da equipe de especialistas constitui prova para procedimentos arbitrais e judiciais posteriores, de modo que a não adoção da recomendação por qualquer das partes, poderá ensejar o questionamento posterior no foro adequado, auxiliando a recomendação adotada na formação do convencimento do árbitro ou juiz.

Desse modo, entende-se que a não adoção da recomendação do comitê pelas partes precisará ser suficientemente motivada e documentada, como forma de se buscar um pronunciamento judicial ou arbitral favorável em momento posterior, caso venha a ser questionada pela parte que se sentir prejudicada.

Conclui-se, portanto, que embora o mecanismo tenha se provado como método adequado e eficiente para a solução de controvérsias em contratos de longo prazo e alta complexidade em inúmeros empreendimentos no mundo, no Brasil, ele encontra ainda algumas limitações quando se trata de obra ou de empreendimentos públicos, especialmente ante a posição de supremacia do Poder Público na relação contratual e na falta de compreensão dos órgãos de controle quanto à sua eficácia.

2.4. Direito Projetado: projetos de lei que preveem a adoção do Comitê de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos Administrativos

No âmbito do direito projetado, destacam-se dois projetos de lei de iniciativa do Senado Federal que dispõem sobre os Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas em contratos administrativos. São eles o PLS 472/2012, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares - PSB/SE, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, sob o número PL 7063/2017, sob a relatoria do Deputado Arnaldo Jardim, e o PLS 206, de

2018, de autoria do Senador Antonio Anastasia, cujo texto foi aprovado em junho de 2021 pelo plenário do Senado, com o consequente envio para a Câmara dos Deputados.

O PL 7063/2017 objetiva alterar a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios, prevendo, em seu art. 179 a possibilidade de o contrato de concessão prever comitês de prevenção e resolução de disputas para solução de controvérsias de natureza técnica ou econômico-financeira, da mesma forma como previsto nos contratos de concessão das rodovias federais analisados e como diretriz fixada pela PPI.

O PLS 206/2018 é mais específico, regulamentando a efetiva instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União.

A justificação apresentada pelo PLS 206/2018 destaca a eficiência do mecanismo como método adequado de solução de conflitos em contratos de longa duração e elevados investimentos ao redor do mundo, apontando a celeridade e segurança jurídica do Dispute Board.

O PLS 206/2018 em muito se assemelha à Lei do Município de São Paulo, prevendo a possibilidade de se adotar: a) Comitês de Revisão, que expedem recomendações não vinculantes às partes; b) Comitês de Adjudicação, que emitem decisões vinculantes; e c) Comitês Híbridos, que podem emitir decisões vinculantes ou não vinculantes.

Os projetos reforçam a tendência de que o mecanismo passe a ser amplamente adotado em contratos de concessões, como os analisados no presente estudo, mediante a regulamentação do dispositivo, como forma a garantir maior segurança jurídica na execução do contrato.

3. CONCLUSÃO

Embora adotado em todo o mundo, o dispute board ainda encontra algumas limitações para sua aplicação no Brasil, em especial diante da falta de regulamentação específica no âmbito da Administração Pública Federal.

Ainda que se reconheça a não obrigatoriedade de se regulamentar normativamente a matéria pela Administração - como aliás se chegou a aventar no julgamento do Acórdão 4037/2020 do TCU, que reconheceu a maturidade da ANTT para o trato de questões submetidas à mediação e à arbitragem, presente a semelhança dos institutos - entendemos que a regulamentação normativa acabará por conferir maior segurança jurídica na aplicação das cláusulas do contrato, porquanto garante maior uniformidade

de entendimentos e segurança para os próprios gestores públicos e, como consequência, para a concessionária do serviço público.

Vislumbra-se que a regulamentação da nova lei de licitações e contratos, a Lei nº 14.133, de 2021, será uma boa oportunidade de esmiuçar a matéria, adotando-se entendimento uniforme para toda a Administração Pública Federal, de modo a se garantir a almejada segurança jurídica no cumprimento dos contratos administrativos.

A ampla adoção do instituto nos contratos de concessão permitirá, ainda, maiores investimentos no país, ante a exigência de bancos internacionais de investimento de que haja previsão do dispute board em contratos de longo prazo, não tendo sido outro o motivo mais plausível – em nosso entendimento – para que o PPI tenha recomendado a sua adoção em regulamentação proposta em 2019.

Assim, embora ainda que incipiente a previsão do instituto em contratos de concessão de infraestrutura de transportes do país, percebe-se a intenção do Governo Federal de ampliar a sua adoção, alinhando-se às melhores práticas internacionais sobre o assunto, o que fortemente se espera que aconteça ao longo dos próximos anos no âmbito do Programa de Parceria e Investimentos, que tem alavancado concessões de longo prazo e elevada rentabilidade para o país, com investimento que ultrapassaram a marca R\$ 144,5 bilhões somente no pagamento de outorgas, de 2016 a 2020.⁶

REFERÊNCIAS

BRASIL. Edital nº 1/2021 da ANTT. *Concessão da BR-153/414/080/TO/GO*. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-153-414-080-to-go>. Acesso em 27/5/2021.

_____. Edital nº 2/2021 da ANTT. *Concessão da BR-163/230/MT/PA*. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/br-163-230-mt-pa>. Acesso em 27/5/2021.

_____. *Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI*, emitida no processo nº 00130.000607/2019-22, SEI/PR 1475157, de 28 de outubro de 2019, disponível em <https://www.ppi.gov.br/consultapublicappi1-19>. Acesso em 27/5/2021.

_____. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC, 2018*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Dispute-Boards-2018.pdf>. Acesso em: 23/8/2021.

⁶ Disponível em <https://www.ppi.gov.br/publicacoes-institucionais>. Acesso em 05/06/2021.

_____. *Regulamento de dispute board da CAMARB, 2017*. Disponível em: <https://camarb.com.br/dispute-board-drb-ou-junta-de-consultores/regulamento/>. Acesso em 26/5/2021;

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 4036/2021*, disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1693620205.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=0e09e270-3fc8-11eb-8bb0-f3fac0617b6b>. Acesso em 20/5/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 4037/2021*, disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4037/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520>. Acesso em 20/5/2021.

CHERN, Cyril. Chern on Dispute Boards (3rd ed.). *Informa Law from Routledge*. 2015 <https://doi.org/10.4324/9781315756615>, acesso em março de 2021

GARCIA, Flávio Amaral. “*O Dispute Board e os Contratos de Concessão*.” Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/odispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em 19/5/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: *Eficiência e casos Práticos*. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p224-239>. Acesso em 19/5/2021.

