

A APLICABILIDADE DOS DISPUTE BOARDS NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

Matheus Oliveira Machado

THE APPLICABILITY OF THE DISPUTE BOARDS IN THE DIFFERENTIATED REGIME OF PUBLIC CONTRACTS

RESUMO

No presente ensaio, objetiva-se verificar a compatibilidade do instituto dos *Dispute Boards* com os contratos celebrados sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, haja vista permanecer, no Brasil, o cenário de defasagem infraestrutural, resquício de um modelo de Administração Pública burocrática, que poderia ser beneficiado pela utilização desse instituto americano. Para tanto, os *Dispute Boards* serão abordados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo desta, bem como serão analisados sua origem e contextualização, os modelos (de acordo com a classificação proposta pela *International Chamber of Commerce – ICC*) e a composição dos comitês, e as principais vantagens em utilizá-los. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, seu marco legal e características também serão examinados, para, após, serem verificados os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais de aplicabilidade dos *Dispute Boards* ao referido Regime. Por fim, será apresentada a conclusão de total aplicabilidade do instituto em comento aos contratos celebrados sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

» **PALAVRAS-CHAVE:** REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. DISPUTE BOARDS. DISPUTE REVIEW BOARD. DISPUTE ADJUDICATION BOARD. COMBINED DISPUTE BOARD.

ABSTRACT

The present essay aims to verify the compatibility of adopting the dispute boards in contracts signed under the Differentiated System of Public Contracts given Brazil's outdated infrastructure, vestige of a bureaucratic Public Administration model. Therefore, the subject matter will be approached through bibliographical and documentary research technique, given its theoretical-argumentative character, analyzing the origin of the institute, its contextualization, the models (according to the classification proposed by the International Chamber of Commerce – ICC), the composition of the committees and the main advantages on using dispute boards. In addition, the differentiated public contract system will be analyzed, as well as its legal framework and characteristics, and then, verify the legal, doctrinal and jurisprudential grounds for applicability of the Dispute Boards into the Differentiated Regime of Public Contracts. Finally, this study concludes that the dispute boards are fully applicable in contracts signed under the Differentiated System of Public Contracts.

» **KEYWORDS:** PUBLIC CONTRACTS. DISPUTE BOARDS. DISPUTE REVIEW BOARD. DISPUTE ADJUDICATION BOARD. COMBINED DISPUTE BOARD.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive, há algum tempo, uma defasagem em sua infraestrutura. Além disso, ainda reside, em nosso ordenamento, grande resquício da Administração Pública burocrática, sobretudo em se tratando de vultosos contratos administrativos para a execução de obras de infraestrutura.

A solução para tal problema pode ser encontrada em exemplos de sucesso de outros países. Nesse contexto, verifica-se a existência de um modelo alternativo de resolução de conflitos chamado *Dispute Board (DB)*.

Os números são expressivos. A *Dispute Resolution Board Foundation* possui 2.813 casos catalogados, datados de 1975 a 2017, cujo valor das obras somadas perfazem aproximadamente US\$ 277.547.000.000,00 (duzentos e setenta e sete bilhões quinhentos e quarenta e sete milhões de dólares), com percentual de sucesso dos litígios (medido pela não recorribilidade às vias externas, como arbitragem ou jurisdição) de mais de 90% (noventa por cento)¹.

O objetivo deste trabalho é verificar a compatibilidade dos *DBs* com o nosso ordenamento jurídico e sua aplicabilidade neste.

Ressalte-se que, preliminarmente, vislumbra-se a hipótese de poder ser aplicado, integralmente e em todas as modalidades, os *Dispute Boards* ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

1 OS DISPUTE BOARDS

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Em síntese, o *Dispute Board (DB)* constitui modelo alternativo de solução de conflitos idealizado pela indústria de construção na década de 70, nos Estados Unidos. É materializado por um comitê imparcial de *experts* (geralmente três, sendo dois engenheiros e um advogado), responsáveis por, principalmente, prevenir litígios por meio de respostas a consultas, e também solucioná-los, valendo-se de recomendações e/ou decisões.

Os *DBs* são mais utilizados em contratos de obras de infraestrutura e grandes construções, haja vista a complexidade destas, os custos diretos e indiretos, os financiamentos por bancos com juros exorbitantes, além da alta probabilidade de paralisação desses trabalhos em razão de impasses, o que pode ter como consequência desde a rescisão contratual até mesmo a falência das empresas envolvidas.

Assim, em razão da costumeira imprevisibilidade que circunda os referidos contratos de infraestrutura, tem sido usual adotar o modelo de contratos incompletos² (posteriormente complementados por outros instrumentos, inclusive os *DBs*), mormente porque, conforme nos alerta Pereira (2015, p. 9-28), “a intenção de total previsão das situações passíveis de materialização no mundo concreto revelou-se absolutamente incompatível com a complexidade da sociedade de riscos pós-moderna”.

Além disso, acrescenta a referida autora que:

(...) mesmo diante de contratos que são incompletos por sua própria natureza, ou que são desenhados de forma incompleta por uma opção econômica consciente, visto que os custos de transação sofreriam escalada exponencial para que se previsse de antemão todo seu conteúdo, faz-se necessário desenvolver mecanismos que possibilitem a integração contratual no caso de materialização de situações por ele não previstas. Com isso, garantem-se mecanismos que tragam a mínima segurança jurídica e econômica aos

agentes, condição imprescindível ao investimento – sobretudo em projetos de médio e longo prazo, como são as grandes obras de infraestrutura.

Nesse sentido, Vaz e Nicoli (2013, p. 131-147) apresentam o contexto histórico do surgimento do método em comento, o qual se reproduz a seguir:

Em um primeiro momento, a figura do *Engineer*, profissional ou empresa contratada pelo dono da obra (por vezes o Poder Público) para acompanhamento técnico e gerenciamento da implantação, foi, e continua sendo, utilizada para o encaminhamento e ou solução das controvérsias, ficando o proprietário com papel de autoridade superior para recurso. A prática, contudo, logo foi (e continua a ser) alvo de questionamentos, pela possível falta de imparcialidade e de isenção que o método permite.

Nesse cenário, a arbitragem, técnica alternativa de solução de controvérsias mais difundida na atualidade, foi adotada e desenvolveu-se muito. Anos depois foi a vez dos *Dispute Boards* conquistarem seu espaço. Em 1975, o procedimento de *DB* foi utilizado experimentalmente para acompanhar a execução do grandioso projeto de construção do segundo furo do *Eisenhower Tunnel*, no estado americano do Colorado, com absoluto sucesso. A partir de então, o método veio ganhando alguma relevância, com utilização em alguns projetos, sobretudo nos Estados Unidos, sendo que sua adoção pelas partes contratantes era objeto de negociações específicas, nem sempre fáceis, pois os proprietários relutavam em abrir mão do seu tradicional poder.

Nessa época, os primeiros *DBs* eram juntas de especialistas com notoriedade e conhecimento do objeto da obra ou serviço. Não havia regras ou procedimentos rígidos a serem seguidos e as partes não eram obrigadas a aceitar a opinião dessa junta. Ao final dos anos 80, com o maior desenvolvimento da disciplina de análise de riscos, as disputas de contratos passaram a ser vistas sob um prisma mais abrangente o que, acreditamos, contribuiu para uma maior penetração dessa técnica. Os proprietários, sobretudo os da iniciativa privada, passaram então a compreender que a não solução ou a protelação da solução de disputas surgidas na implantação de um empreendimento acabava por, na maior parte das vezes, encarecer o custo final das obras.

A experiência do *DB* no Brasil é recente, destacando-se o caso da ampliação da Linha 4-Amarla do Metrô de São Paulo, no qual o Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) exigiu a presença de um *DB* para o acompanhamento da obra, cujo painel foi composto por três engenheiros.

A experiência foi um sucesso, e o *DB* custou aproximadamente 0,06% do valor da obra (orçada em 1,55 bilhão de dólares, aproximadamente). Conforme reportagem sobre a referida ampliação, o painel continuou sendo acionado por, pelo menos, mais quatro anos além da conclusão da obra, em virtude de disputas pendentes; contudo, os trabalhos não foram paralisados nenhuma vez.

Conforme Gomma (2016, p. 17), redator do Manual de Mediação do CNJ, a escolha pelo método mais adequado de solução de controvérsias deve levar em consideração diversos fatores, tais como “custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade”. É exatamente por essas características que o *Dispute Board* pode ser boa opção para os contratos celebrados sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

1.2 AS MODALIDADES – CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA PELA *INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)*

O conceito melhor elaborado pela doutrina sobre os *DBs* é aquele delineado por Wald (2005, p. 18, *apud* VAZ e NICOLI, 2013, p. 136), que retrata as principais características extraídas das respectivas modalidades:

Os Dispute Boards (DBs) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards – DRB*) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards – CDB*), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes.

As modalidades retratadas no conceito acima são as mais comumente aceitas, pois, sendo os *DBs* uma construção teórica inspirada na autonomia da vontade, existem diversos modelos e modalidades de *Dispute Boards*, capitaneados por várias instituições, destacando-se a *Dispute Resolution Board Foundation (DRB)*, a *International Chamber of Commerce (ICC)*, o *The Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)*, o *World Bank* e a *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)*.

É costumeiro que as partes adotem algum dos modelos de *DBs* elaborados pelas instituições acima mencionadas, pois tal conduta traz vários benefícios, conforme aponta Pereira (2015, p. 11):

A utilização de um regulamento como parâmetro para o funcionamento de um *dispute board* apresenta algumas vantagens. Em primeiro plano, a adoção de um modelo já largamente utilizado e experimentado por instituições de renome traz confiança às partes de sua aptidão para trazer bons resultados. Para além disso, em uma dimensão mais palpável, o contrato em questão, ao prever a utilização do *dispute board*, poderá apontar o regulamento como norma de aplicação subsidiária, que servirá de instrumento de integração de lacunas eventualmente existentes no próprio funcionamento do comitê. Evita-se, portanto, que o *dispute board* padeça do mal que pretende combater: a necessidade de recurso a instâncias externas para solução de conflitos.

Para o objeto de estudo deste artigo, será adotado o modelo proposto pela *ICC*, por ser o mais didático³, o qual será comparado e complementado com as particularidades do modelo delineado pelo *CIArb*, que foi redigido no mesmo sentido.

» 1.2.1 O *DISPUTE REVIEW BOARD (DRB)*

Com base no art. 4º do Regulamento da *ICC*, o *Dispute Review Board (DRB)* é a modalidade de *Dispute Board* na qual o Comitê detém apenas a função consultiva, não gozando, a princípio, de força vinculante (art. 4, item 2). Assim é, também, o Regulamento do *CIArb* (art. 3, item 1).

Para a *ICC*, o referido Comitê, nesta modalidade, manifestar-se-á por meio de respostas a consultas informais e de recomendações (art. 4, item 1); para o *CIArb*, por meio apenas de recomendações.

Desse modo, a postura mais adequada aos objetivos propostos pelo *DRB* é a de observar, de pronto, as recomendações exaradas pelo Comitê, apesar de não serem obrigatórias, privilegiando a boa-fé objetiva, a celeridade e a eficiência.

As recomendações são recorríveis. Para a ICC, se as partes não manifestarem sua discordância com a recomendação proposta pelo Comitê em 30 (trinta) dias, a decisão se tornará vinculante (*binding effect*), ressalvado se a recomendação visar a fim proibido em lei (art. 4, item 3).

Acrescente-se que, para a ICC (art. 4, item 6), se houver recurso contra a recomendação formulada pelo Comitê, ou se este não obedecer ao prazo regimental para exarar a recomendação, a questão não poderá ser resolvida pelo *Dispute Review Board*, e as partes deverão procurar a arbitragem ou ingressar com demanda no Judiciário.

Já para o CIArb (art. 3, item 4), as partes devem, de início, manifestar-se sobre a concordância ou a discordância quanto à recomendação no prazo de 21 (vinte e um) dias, ao fim do qual esta se tornará vinculante.

Se escoado o referido prazo e não observadas as recomendações, ocorrerá ilícito contratual, e as partes poderão submeter suas demandas à arbitragem, caso previamente convencionado (Regulamento da ICC, art. 4, item 4), ou à jurisdição estatal (Regulamento do CIArb, art. 3, item 5). Se pactuada cláusula penal, esta poderá ser acrescida quando das demandas no Poder Judiciário ou em Juízo Arbitral.

Assim, de acordo com a classificação proposta por Vaz e Nicoli (2013, p. 141), o *Dispute Review Board*, em relação à obrigatoriedade de suas decisões, está inserto na classe das modalidades que não são vinculativas ou que se tornam vinculantes depois de finalizado determinado prazo.

» 1.2.2 O DISPUTE ADJUDICATION BOARD (DAB)

Do exame do art. 5º do Regulamento da ICC e do art. 4º do CIArb, o *Dispute Adjudication Board* é a modalidade de *Dispute Board* que possui a prerrogativa de emitir decisões (respectivamente arts. 5, item 1, e 4, item 1) dotadas de eficácia vinculante desde a sua emissão (arts. 5, item 2, e 4, item 3), diferentemente do *Dispute Review Board*, cujas recomendações só possuem o *binding effect* após transcorrido o prazo recursal.

Emitida a decisão, de acordo com o Regulamento do CIArb, as partes devem se manifestar por escrito, inclusive quanto à concordância (art. 4, item 4) com o teor daquela.

Em caso de discordância com as decisões, o direito ao contraditório é respeitado por ambos os regulamentos, sendo estas recorríveis (Regulamento da ICC, art. 5, item 5); contudo, o recurso só será recebido no efeito devolutivo, não suspendendo a exigibilidade das decisões (art. 5, item 3).

O efeito suspensivo, contudo, poderá ser conferido judicial ou arbitralmente (Regulamento da ICC, art. 5, item 6), conforme anota Pereira (2015, p. 13):

É dizer: mesmo havendo impugnação por alguma das partes, a decisão do DAB permanecerá obrigatória, devendo ser cumprida enquanto o litígio não for definitivamente decidido pelas instâncias jurisdicionais ou arbitrais – o que diferencia o DAB do DRB, na medida em que, neste último, a manifestação de contrariedade impede que a recomendação emitida pela junta produza efeitos.

Por outro lado, como não poderia deixar de ser, a fim de resguardar os ordenamentos constitucionais que consagram a inafastabilidade do controle jurisdicional (como é o caso brasileiro, no célebre art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o próprio regulamento da ICC garante a possibilidade de as instâncias arbitrais ou jurisdicionais concederem efeito suspensivo à decisão do DAB, caso no qual esta perderá sua eficácia em momento anterior à decisão final (vide parte final do já citado artigo 5º e 6º, do regulamento).

(...) Cabe destacar, entretanto, que, assim como nas DRBs, caso uma das partes não cumpra uma decisão que possua efeito vinculante, a questão deverá ser remetida ao judiciário ou à arbitragem, conforme estipulado pelas partes.

Ressalte-se que a ponderação da autora é relativa à ICC, mas é plenamente aplicável ao Regulamento do CI Arb.

Dessa forma, pela classificação proposta por Vaz e Nicoli (2013, p. 141-142), o *Dispute Adjudication Board*, em relação à obrigatoriedade de suas decisões, está inserto na classe em que as decisões são vinculativas desde a sua emissão.

» 1.2.3 O COMBINED DISPUTE BOARD (CDB)

A presente modalidade de *Dispute Board* é híbrida, combinando características de *Dispute Review Board* e de *Dispute Adjudication Board*. Essa modalidade tem respaldo no Regulamento da ICC, mas sem correspondência no Regulamento do CI Arb.

Por agregar ambas as prerrogativas, o CDB poderá emitir recomendações (que são a regra) e, excepcionalmente, decisões (art. 6, item 1).

Ademais, para que o CDB emita uma decisão, são necessários alguns requisitos (art. 6, item 2): ele deverá ser provocado por uma das partes, e a outra parte deverá concordar com esse requerimento ou permanecer silente.

Pereira (2015, p. 13-14) faz uma importante ressalva de que, embora vigore a autonomia da vontade, a atuação do *Combined Dispute Boards* e o poder de veto das partes não são inteiramente livres, possuindo limitações implícitas. O Regulamento da ICC, inclusive, possui rol exemplificativo (art. 6, item 3) de possibilidades de atuação do CDB⁴.

Por fim, é possível verificar que o *Combined Dispute Board* foge à classificação proposta por Vaz e Nicoli (2013, p. 141-142) quanto à obrigatoriedade de suas decisões, pois preenche todas as classes; logo, sugere-se que a presente modalidade corresponda a uma classe autônoma, por ser híbrida.

1.3 A FORMAÇÃO E OS DEVERES DO COMITÊ

Usualmente, os comitês são formados por um ou por três membros, números fixos para o modelo proposto pelo CI Arb. Já para a ICC, existe a flexibilidade (art. 7, item 1) no número de membros, e o Comitê pode ser composto por dois ou por mais destes. Além disso, se não for acordado o número de integrantes, os comitês serão formados por três membros (art. 7, item 2), conforme disposto em ambos (Regulamento do CI Arb, 6, item 1) os regulamentos.

Optando pelo quórum de três membros, cada parte escolherá um deles, e a escolha do terceiro ficará a cargo dos dois já eleitos (Regulamento do ICC, arts. 7, item 5, e 6, item 3). Dessa maneira, haverá isonomia entre as partes e imparcialidade por parte dos componentes do comitê.

A escolha do terceiro membro independente é de fundamental importância, pois, em regra, este ocupará o cargo de Presidente do Comitê (Regulamento da ICC art. 7, item 5), também denominado *Chairperson* (Regulamento do CIArb, art. 6, item 3), o qual possui a prerrogativa do voto de minerva (Regulamento do ICC, art. 15, itens 2 e 4).

Entre os deveres dos membros do comitê, destacam-se a independência, a imparcialidade, a celeridade e o dever de sigilo/confidencialidade.

1.4 AS VANTAGENS DOS DISPUTE BOARDS

Visto os principais modelos de *Dispute Boards*, é possível inferir algumas vantagens em aderir a essa modalidade alternativa de solução de conflitos.

Inicialmente, é possível que o painel do *Dispute Board* comece a atuar já no início do cumprimento do objeto do contrato, ou mesmo antes, a fim de serem dirimidas disputas em fase pré-contratual. Tal atuação é estratégica e tem a principal virtude de antever e de evitar numerosos conflitos.

Matos (*apud* PEREIRA, 2015, p. 16-17) apresenta dados estatísticos para comprovar o decréscimo de litigiosidade, ressaltando que mais de 90% dos assuntos trazidos ao exame dos DBs são resolvidos pacífica e intracontratualmente, sem recorrer a outros mecanismos de resoluções de conflitos. Ademais, o referido autor frisa que, além da desnecessidade de litigiosidade externa, as disputas são resolvidas rapidamente, pois o tempo médio entre a propositura de um conflito à junta e a manifestação final do *Dispute Board* é de 145 dias, respeitados todos os prazos regulamentares, inclusive recursais.

Assim, para viabilizar a celeridade e o julgamento objetivo, a atuação do *Dispute Board* é em tempo real, nas palavras de Ranzolin (2017, p. 3):

As vantagens na utilização dos Dispute Boards passam pela condição do Board já se encontrar permanentemente inteirado do contexto e do próprio objeto da disputa quando ela aflora, em face de seu exame prévio, sistemático e no local em que a relação entre as partes se estabelece. Muitas vezes ele presencia a própria gênese do conflito e já na maioria das vezes conhece de antemão a posição de cada uma das partes a respeito do que deve ser solucionado. Com isso, os Dispute Boards estabelecem uma redução temporal muito considerável para se chegar à superação do conflito. Tendo-se em conta que em um Dispute Adjudication Board a adjudicação é proferida em até 90 dias, de regra, e os procedimentos arbitrais perduram, em média, pouco menos de dois anos, o resultado é atingido em tempo sete vezes menor. A ausência de termos de comparação é tanto mais drástica em relação ao processo judicial.

A possibilidade de atuação “real time” em relação ao conflito confere, de fato, uma condição privilegiada e muitíssimo mais eficiente em termos de apreciação dos fatos e provas. Tome-se como exemplo o conflito em uma obra. No caso de sua solução por arbitragem ou processo judicial estatal, uma perícia só teria lugar vários meses após a ocorrência do fato a ser analisado, quando muitas vezes até já se encontra inacessível, em face de concretagens havida sobre ele etc.

Além disso, ao optar pela utilização de *Dispute Boards*, ocorre o ganho qualitativo na execução do contrato, pois as decisões exaradas pelo Comitê possuem respaldo técnico substancial. De acordo com Pereira (2015, p. 16):

Como as manifestações do dispute board são construídas de maneira dialética por pessoas com formação técnica e, ainda, que integram o projeto desde seu início, acredita-se que serão mais facilmente absorvidas e aceitas pelo restante dos membros que participam de sua execução. Trata-se de importante fator psicológico que trabalha no sentido do aumento do enforcement das manifestações do comitê.

Segundo o regulamento da ICC, um dos princípios que regem os membros do comitê é o da independência para com as partes do contrato. Além disso, o comitê deverá, preferencialmente, ser formado desde o início do contrato, para que possa estar a par de todos os aspectos do projeto e acompanhar seu desenvolvimento. Nesse sentido, entende Arnoldo Wald:

“A grande vantagem desses organismos [*dispute boards*] é o fato de serem os seus membros especialistas na matéria (objeto do contrato), que vão participar do andamento do negócio, desde o início até o fim, conhecendo todos os seus problemas. Assim, convocados em qualquer momento, podem examinar rapidamente as divergências existentes, com independência e neutralidade, dando a solução que mais interessa para o cumprimento do contrato, sem prejuízo de posteriores acertos de contas, que poderão ser objeto de negociação ou arbitragem.”

Dessa forma, acredita-se que as manifestações dos DBs possuem, ao menos potencialmente, fator qualitativo mais elevado em relação a outras modalidades de resolução de conflitos, como a arbitragem e a jurisdição estatal, tendo em vista que o comitê: (i) é formado por especialistas na matéria; (ii) possui representação paritária; (iii) acompanha o projeto desde seu nascedouro; e (iv) goza de independência técnica.

Acrescente-se que, apesar de a contratação de um DB desde antes de iniciado o adimplemento contratual possa parecer despesa considerável e evitável, uma das características marcantes dos DBs é o baixo custo em relação ao valor global do contrato.

Dessarte, conforme os anexos do Regulamento da ICC, a parte que solicitar a decisão para solucionar eventual disputa deverá pagar a taxa de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares); contudo, se comparado com o valor das empreitadas na casa dos milhões (ou bilhões) de dólares, como é a média de grandes obras de infraestrutura, tal taxa representa valor mínimo e economia considerável.

Portanto, é possível afirmar que os DBs detêm total capacidade de “se pagarem”, porque o valor dispendido com eles é inferior ao economizado com a sua não contratação, visto que os DBs exararam decisões/recomendações de maneira célere, a fim de não interromper as obras, o que evita inúmeros custos indiretos⁵.

Assim, Ranzolin (2017, p. 3-4) tece oportunas considerações de que a decisão de serem adotados os DBs traz benefícios extracontratuais:

Os benefícios da utilização dos *Dispute Boards* vão além do próprio contrato e afetam toda a cadeia envolvida no negócio estabelecido, como é o caso da indústria financeira, que é essencial para a construção civil.

O *Dispute Board Federation*, de Genebra, estima que o uso dos *Dispute Boards* nos contratos de engenharia de grande porte pode prevenir 97,8%, das disputas em arbitragens ou nas cortes estatais, com economia de tempo e custo da condução de tais litígios representando substanciais 8% a 10% do orçamento total dos projetos, sendo que o custo com os *Dispute Boards* representa em média 2% dos valores em disputa, com pouco menos de 90 dias para a solução.

De acordo com a *DRB Foundation*, que classificou mais de 1.200 projetos com utilização de *Dispute Board*, 60% deles não tiveram qualquer disputa. E, das disputas levadas ao *Board*, 98% das decisões ou recomendações foram seguidas, sem resultar em subsequente arbitragem ou processo judicial.

Por sua vez, estudos levados a cabo na *University of Florida* sobre a utilização dos *Dispute Boards* pelo Departamento de Transporte daquele estado norte-americano, envolvendo

projetos de mais de US\$ 10 bilhões, concluíram haver uma economia de 2,7% nos seus custos finais.

Desse modo, tendo em conta as várias e exemplificativas vantagens em ser adotado o *Dispute Board*, passa-se ao estudo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), no qual se sugere a adoção dos DBs.

2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

2.1 O MARCO LEGAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instituído com a promulgação da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Inicialmente, o RDC se destinava apenas às licitações e aos contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014 bem como à construção das obras de infraestrutura e à contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades-sede.

Em virtude disso, a referida lei seria, a princípio, temporária, por esvaziar o seu conteúdo com a realização dos eventos supracitados; contudo, devido à flexibilidade operacional desse diploma normativo, o rol taxativo de aplicações do RDC foi ampliado, sobretudo pelas leis de números 12.688/2012; 12.745/2012, e 13.190/2015, que destinaram ao RDC as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único de Saúde (SUS) e as relacionadas às melhorias na mobilidade urbana ou à ampliação de infraestrutura logística.

Dessa forma, verifica-se a tendência ao alargamento das hipóteses de contratação pelo RDC, além da constante efervescência em modernizar diversos institutos da respectiva lei, que, diante do cenário burocrático brasileiro, já é considerada moderna e vanguardista.

Dentre as hipóteses de cabimento do RDC para o objeto deste estudo, destacam-se:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

(...) III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

(...) VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

Conforme o art. 3º da Lei do RDC, as licitações e/ou contratações formuladas com respaldo nessa modalidade de contratação deverão observar os seguintes princípios: “da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administra-

tiva, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo”.

Por conseguinte, da leitura das diretrizes da referida lei, sobretudo a insculpida no art. 4º, III, é possível inferir que a busca pela eficiência das contratações deve levar em consideração uma análise econômica do direito⁶ conforme excerto abaixo reproduzido:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Além disso, para as obras de engenharia, o legislador houve por bem definir, no art. 8º, os regimes preferenciais de execução indireta de obras e serviços de engenharia, quais sejam: empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada. Em outras palavras, a contratação e a execução de obras de grande vulto, como as que estão sendo tratadas, podem ser destinadas a apenas uma empresa ou a um pequeno conjunto de empresas.

Vistos o marco legal e as principais características do RDC, serão abordados os argumentos jurídicos que viabilizam a utilização dos *Dispute Boards* na referida modalidade de contratação.

2.2 OS FUNDAMENTOS PARA A APLICABILIDADE DOS *DISPUTE BOARDS* NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

» 2.2.1 OS FUNDAMENTOS LEGAIS

Por oportuno, convém remontar ao principal fundamento constitucional, advindo da Emenda à Constituição 19, de 1998, que adicionou ao artigo 37, *caput*, da Constituição Federal o princípio da eficiência como orientador de todas as atividades da Administração Pública, em seu sentido mais amplo.

Nesse mesmo sentido, a Lei do RDC (art. 1º, § 1º, I) estabeleceu que um de seus objetivos é “ampliar a eficiência nas contratações públicas”, os quais são expressamente orientados pelos princípios da eficiência e da economicidade, conforme visto no citado artigo 3º.

Posteriormente, iniciou-se efervescente movimento legislativo para institucionalizar a utilização de modalidades autocompositivas de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, apresentou várias retificações à Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996), quase todas disciplinadoras⁷ da aplicação desta na Administração Pública.

Apenas um mês após a promulgação da referida Lei, foi promulgada, também, a importantíssima Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015), que, desde o início, deixou claro, em sua ementa, que dispunha “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” [grifo nosso].

A mencionada Lei, embora não tenha tratado especificamente dos *Dispute Boards*, ressaltou a já possível utilização de autocomposição na Administração Pública, possibilitando, ainda, a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, inclusive entre particular e pessoa jurídica de direito público⁸.

Por fim, merece menção o louvável artigo 44-A da Lei do RDC, adicionado pela Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015, que, neste artigo, constitui um dos principais permissivos legais para a adoção do *Dispute Boards* no RDC. Confira-se:

Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, **poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados [grifo nosso].

Verifica-se que a lei autoriza o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive (e não exclusivamente) a arbitragem. Tal comando é a pedra angular da adoção dos *Dispute Boards* nos contratos celebrados pelo regime do RDC, visto que o *DB* é um mecanismo privado de solução de disputas.

A Lei 13.190/2015, que incluiu o referido artigo 44-A, é, também, o fundamento mais recente da aplicação de resoluções de disputas no RDC e, até o momento, é o último marco da modernização da resolução de conflitos na Administração Pública.

» 2.2.2 OS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Ab initio, a doutrina se mostrou extremamente resistente e relutante, ao permitir a utilização de modalidades alternativas de solução de conflitos – tal como geralmente se comporta em relação a quebra de paradigmas –; contudo, tem se curvado aos institutos modernos, o que certamente possibilitou a consolidação legislativa apresentada.

Historicamente, a doutrina alega que três princípios seriam ofendidos com a adoção dos métodos alternativos: a legalidade administrativa, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, institutos estes que, há muito tempo, têm sido questionados e repensados pela doutrina mais moderna, que tenta revisitar, até mesmo, a própria disciplina do Direito Administrativo.

Desse modo, Binenbojm (2008, p. 7) elenca quatro paradigmas clássicos que hoje são contestados, a saber: I – o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; II – a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; III – a intangibilidade do mérito administrativo por quaisquer controles externos; IV – a ideia de um Poder Executivo unitário, como previsto no atual art. 82, inciso II, da Constituição de 1988.

O argumento de ofensa aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público parte de premissa correta com conclusão precipitada, o que retrata um sofisma bem delineado por Pereira (2015, p. 22):

No campo da arbitragem, a Lei 9.307/96, em seu art. 1º, dispõe que somente podem ser postos à arbitragem “direitos patrimoniais disponíveis”.

Partindo dessa premissa (correta), parte da doutrina chegava à conclusão (equivocada) de que todos os contratos celebrados pela Administração, por visarem, direta ou indiretamente, à satisfação de interesses públicos, versariam sobre direitos indisponíveis.

Logo, com base neste sofisma, não seria admissível a arbitragem – ou quaisquer outras formas de solução extrajudicial de controvérsias – em todos os contratos em que o poder público figurasse como parte.

Ressalte-se que, embora a autora se refira à arbitragem, o correspondente argumento é totalmente compatível com os *Dispute Boards*, visto que se trata de argumentação principiológica. Prossegue a referida autora (*ob. cit.* p. 23):

Atualmente, é cediço que, de forma didática, a doutrina divide os contratos da Administração (gênero) em contratos administrativos (regidos predominantemente pelo direito público) e contratos privados da administração (regidos predominantemente pelo direito privado). O divisor de águas entre tais espécies seria justamente os interesses envolvidos no ajuste: se estivermos diante de interesses indisponíveis, o contrato seria administrativo e a ele se aplicaria o regime de direito público; se estivermos diante de interesses patrimoniais disponíveis, o contrato seria apenas da administração e a ele se aplicaria o direito privado.

Nessa dicotomia, normalmente também é lembrada a divisão da atuação da Administração, que pode promover tanto interesses públicos primários (indisponíveis), que são finalísticos e se confundem com a própria razão de ser do Estado, ou seja, a promoção de direitos fundamentais e preceitos constitucionais, quanto interesses públicos secundários (disponíveis), que são aqueles instrumentais ao interesse público primário, notoriamente patrimoniais e ligados não à coletividade, mas à própria Administração em si.

Dessa forma, percebe-se que são indisponíveis apenas os interesses primários, os quais jamais podem ser objeto de recomendação ou de decisão do *Dispute Board*.

Em verdade, as decisões/recomendações dos comitês dos *Dispute Boards* geralmente tratam de aspectos técnicos ou procedimentais que possuem margem para discussão, o que não tem a ver com o interesse público primário, visto que este pode ser extraído da própria finalidade do contrato, seja ela a ampliação do metrô, seja a reforma de um aeroporto.

Além disso, as leis citadas na seção anterior já restringem (e permitem) a aplicação de métodos autocompositivos para a resolução de conflitos relativos a direitos disponíveis.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público, convém ressaltar que ele é, há muito tempo, criticado.

Administrativistas mais modernos têm proposto a releitura da conceituação do referido princípio, apontando a substituição da palavra *supremacia* por *prevalência* do interesse público, argumentando, conforme aponta Carvalho Filho (2014, p. 35), “no sentido de primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas”.

Tal posição encontra resistência por parte do citado autor (*ob. cit.* p. 34-35), que assim expõe sua visão:

Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabidos, na preponderância das maiorias. A desconstrução do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria

democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou como absoluto certo.

Neste artigo, há concordância com a opinião de Carvalho Filho; afinal, o erro não se encontra no nome do princípio, se supremacia ou se preponderância, mas na interpretação da situação em que esse princípio será aplicado. É pacífico que não existem limites absolutos; desta feita, haverá situações em que o princípio da supremacia do interesse público – ou outro nome que melhor convenha chamá-lo – cederá espaço aos direitos individuais e vice-versa.

Assim, a supremacia e a indisponibilidade do serviço público admitem temperamentos, sendo recomendável sua releitura, sobretudo para superar o paradigma do Estado Burocrático em prol do Estado Gerencial, tal como propõe o princípio da eficiência.

Quanto ao argumento de ofensa ao princípio da legalidade, os defensores dessa tese se ancoram no conceito clássico da legalidade administrativa (estrita), entendimento extraído das lições de Mello (*apud* PEREIRA, 2015, p. 19), ao afirmar que “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis”.

Ainda que se parta dessa premissa, já seria possível a utilização dos *Dispute Boards* em contratos celebrados sob o regime do RDC, por todos os fundamentos legais sustentados em sessão anterior.

Contudo, apenas por amor ao debate, há de se reconhecer que mesmo a doutrina clássica tem aperfeiçoado o instituto. Para Di Pietro (2014, p. 29), o princípio da legalidade deve se alargar “pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, trazendo como consequência a maior limitação à discricionariedade administrativa (em decorrência da submissão da Administração Pública a princípios e valores) e a ampliação do controle judicial”.

Ressalte-se que, no âmbito da Administração Pública, pode-se verificar a constante superação do paradigma do positivismo jurídico, pois não mais se sustenta a ideia de que a administração deve ser engessada pelo princípio da legalidade, existindo a suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo, como já ocorria outrora. Ademais, uma das pautas atuais é a deslegalização administrativa.⁹

Por fim, convém citar a sempre atual lição de Bonavides (1996, p. 362): “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”.

» 2.2.3 OS FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Em que pese ao cenário nacional estar vivenciando os primeiros passos dos *Dispute Boards*, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.569.422/RJ, ratificou a extinção do processo sem resolução do mérito, manifestando-se quanto à validade de ser adotado o *Dispute Board* como meio hábil para solucionar disputas.

O referido aresto tratou de controvérsia entre particulares, mas acredita-se que as lições trazidas se aplicariam, da mesma forma, à Administração Pública, se algum integrante desta compusesse a lide, pois trata-se da validade e da força vinculante dos contratos que elegem terceiro ou um painel para resolver determinada disputa, como se dá nos *DBs*. A ementa foi redigida nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA À TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

(...) 2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência / necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, – deve ser detidamente observada.

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

(...) 4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito. (REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016).

RANZOLIN (2017, p. 5), ao analisar o referido aresto, ensina que:

A questão então *sub judice* tratava da caracterização (ou não), como cláusula compromissória, de disposição (aposta em meio epistolar) que se referia a acordo que delegava a um terceiro a fixação do valor da participação acionária a ser adquirida por uma das partes.

Baseando-se na autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato subjacente e em outros fundamentos, a decisão foi no sentido de extinguir aquele processo judicial, sem julgamento de mérito, por força da eficácia negativa daquela convenção. Foi considerando que mesmo a singela eleição de “um terceiro ou comitê”, desde que para dirimir em definitivo conflito entre partes, “já se afigura uma cláusula compromissória”, no caso vazia, sendo irrelevante o termo “avaliador” ou “arbitrador” utilizado para designar o terceiro, ou mesmo o termo “fixação” de valor, ao invés de decisão.

Não obstante, no decorrer de sua fundamentação, aquele decisum vem a tratar diretamente dos *Dispute Boards* e da liberdade das partes delegarem a solução de seus conflitos a terceiro ou colegiado (o nome *juris* é referido como desimportante), sob diversas modalidades, tendo em conta a natureza contratualmente conferida pelas partes à recomendação ou à decisão a ser proferida pelo terceiro: (a) se meramente consultiva; (b) se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou (c) se vinculativa e definitiva.

A fim de não pairarem dúvidas, do exame do inteiro teor do voto do Relator verificam-se trechos que remontam ao instituto do *Dispute Board* [grifos no original]:

Efetivamente, afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, **ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão.**

Assim, com o propósito de atender as particularidades de cada contrato, notadamente naqueles em que seus efeitos perduram ao longo do tempo, as partes podem reputar necessário, sob o enfoque da preservação do objeto contratual, ou mesmo desejável, sob o aspecto da manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes, que as pontuais divergências surgidas nesse interregno sejam imediatamente dirimidas por um terceiro ou um “colegiado” criado para tal propósito.

Nesse contexto, os contratantes, ainda baseados no princípio da autonomia da vontade, devem estabelecer a natureza conferida à decisão a ser prolatada pelo terceiro ou pelo “colegiado”, **se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva**, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, – deve ser detidamente observada.

Ressalta-se, por oportuno, que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos (“árbitro” x “arbitrador”, “avaliador”, “perito”, etc.) remonta à própria gênese dos chamados “dispute boards”.

Na definição de Arnaldo Wald, cuja lição será oportunamente transcrita, *dispute boards* “são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards* – DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB), ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes”. Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

Continua o Relator a discorrer sobre a validade e a força vinculante do contrato que, dentre outros assuntos, estabeleceu a formação de um *Dispute Adjudication Board* (DAB). Sobre o tema, complementa Ranzolin (2017, p. 7):

À luz desses ensinamentos, reproduzidos na decisão do STJ, são reconhecidos, com base no princípio geral da autonomia da vontade, a plena validade e a força vinculante das contratações que elegem terceiro imparcial para resolver determinada disputa, como se dá nos *Dispute Boards*.

Dessa forma, verifica-se que a validade e a força vinculante dos contratos que estabelecem os *Dispute Boards* também estão respaldadas jurisprudencialmente. Apesar de a controvérsia envolver apenas particulares, ressalta-se a posição, neste artigo, de que o *decisum* se aplicaria integralmente, ainda que algum integrante da Administração Pública compusesse a lide.

3 BREVES APONTAMENTOS QUANTO AO INÍCIO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NO BRASIL

Em atenção a tantas vantagens e motivos para utilizar os *Dispute Boards* no Brasil, verifica-se que a sua institucionalização já está ocorrendo.

Inicialmente, existe o Projeto de Lei 01-00577/2017 da Câmara Municipal de São Paulo, com o objetivo de autorizar “a instalação de Juntas de Solução de Conflitos (*Dispute Boards*) em contratos de construção celebrados pela Prefeitura de São Paulo”.

É possível afirmar que o referido Projeto de Lei foi bastante influenciado pelo modelo proposto pela ICC, possuindo três modalidades de juntas de soluções de conflitos:

Art. 2º A Junta de Solução de Conflitos poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme abaixo, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:

I – À Junta de Solução de Conflitos por Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio;

II – À Junta de Solução de Conflitos por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio;

III – A Junta Híbrida de Conflitos poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

Além disso, existem alguns projetos de lei destinados a conferir novo tratamento normativo às licitações, inclusive revogando integralmente a Lei de Licitação (Lei 8.666/1993). Dentre eles, destacamos o Projeto de Lei 559/2013, aprovado no Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados sob o número 6.814/17, que assim dispõe em seu art. 86, § 3º:

Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

§ 3º O instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a **conciliação e o comitê de resolução de disputas** [grifo nosso].

Verificam-se os primeiros passos da institucionalização dos *Dispute Boards* com a tramitação dos referidos projetos de lei. Aliado a isso, foi estudado o teor do julgamento do REsp 569.422/RJ, que é o marco inicial da análise do instituto pelo Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

Pode-se concluir que os *Dispute Boards*, modelo alternativo de solução de conflitos, foram delineados para resolver conflitos advindos da execução de contratos de longa duração, como os de construção, mas, principalmente, para evitar o surgimento de disputas, atuando em tempo real e desde a gênese dos trabalhos.

Foi analisado também que, em razão da expressiva complexidade dos negócios jurídicos entabulados, os referidos contratos têm sido formulados de maneira incompleta, e os *Dispute Boards* passaram a ocupar papel relevante, ao completar as lacunas contratuais, agindo na prevenção e no combate às disputas.

Além disso, foram apresentados três modelos de *Dispute Boards* que podem ser adotados pela Administração Pública, quais sejam: *Dispute Review Board (DRB)*, *Dispute Adjudication Board (DAB)* e *Combined Dispute Board (CDB)*, além da formação e dos deveres dos comitês em cada modalidade.

Nesse ponto, propôs-se que, haja vista a classificação dos modelos de *Dispute Boards* em relação à obrigatoriedade de suas decisões, o *Combined Dispute Board (CDB)* ocuparia classificação própria, autônoma, por se tratar de modalidade híbrida.

Verificou-se também que, por exigência do Banco Mundial, foi necessário utilizar os *Dispute Boards* na ampliação da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, êxito que repercutiu nacionalmente, por não ter havido interrupções na conclusão da obra e pelo custo aproximado dos DBs ter sido de apenas 0,06% em relação ao valor da obra.

Assim, foram identificadas muitas vantagens em adotar os *Dispute Boards*, destacando-se, exemplificativamente, a celeridade, a economicidade, a eficiência, a alta taxa de resoluções intracontratuais, além do expressivo aumento técnico-qualitativo das recomendações/decisões tomadas pelo Comitê.

Do estudo é possível concluir que o instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e seu objeto são compatíveis com os *Dispute Boards*. Isso, sobretudo, pelo caráter vanguardista do RDC – orientado pelo princípio constitucional da eficiência e pelas hipóteses de cabimento –, majoritariamente destinado a obras vultosas de infraestrutura.

Após análise dos fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, foi possível confirmar a hipótese de que os *Dispute Boards* são totalmente compatíveis com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Ademais, é provável que todos os fundamentos analisados neste artigo possam ser replicados nos demais modelos de contratos administrativos, a fim de que a Administração Pública também possa se valer dos *Dispute Boards* nas mais diversas situações.

Logo, reputa-se necessário que, em contratos celebrados pelo RDC, os quais são naturalmente vultosos, seja obrigatória a utilização concomitante dos *Dispute Boards*.

Em relação aos demais instrumentos de contratação pública, foi ressaltada a necessidade de, ao menos, analisar a viabilidade de formação de um *Dispute Board* e sugerido, com base nas mesmas diretrizes propostas pelo Banco Mundial (PEREIRA, 2015, p. 14), que, em contratos de obras e serviços de engenharia com valor entre 10 e 50 milhões de reais, seja obrigatória a presença de um *Dispute Review Expert (Dispute Board* formado por uma pessoa) ou de um *Dispute Board* formado por

três integrantes; já em relação a obras acima de 50 milhões de reais, seja obrigatória a formação de um *Dispute Board* composto por, ao menos, três integrantes.

Aprovado em: 9/1/2019. Recebido em: 26/7/2018.

NOTAS

- ¹ Disponível em: <<http://www.drb.org/publications-data/drb-database/>>. Acesso em 29/10/2018.
- ² Resumidamente, são contratos redigidos com o mínimo de cláusulas, sendo constantemente complementado pelos contratantes conforme o prosseguimento da execução contratual, podendo ser integrado por meio de termos-aditivos, por exemplo.
- ³ Para Vaz e Nicoli (*ob. cit.* p. 131), as modalidades de *Dispute Boards* são classificadas em relação à obrigatoriedade de suas decisões, que podem ser vinculativas desde a emissão; vinculativas depois de escoado determinado prazo; ou, não vinculativas.
- ⁴ Por oportuno, segue a tradução (livre) do rol exemplificativo de atuação do CDB: artigo 6, 3. (...) Em se tratando de situação urgente ou existindo outras considerações relevantes, caso a decisão possa facilitar o adimplemento contratual ou prevenir perda ou dano substancial para quaisquer das partes; se a decisão puder prevenir a resolução contratual; se a decisão for necessária para preservar provas.
- ⁵ Pereira (2015, p. 17) traz um rol exemplificativo de custos indiretos. Veja-se: “Nesse sentido, podem ser citados, a título meramente exemplificativo, os seguintes custos indiretos: a paralisação dos trabalhos, que por si só já gera diversos outros custos indiretos, como locação de equipamentos ociosos, perecimento de insumos e remuneração de mão de obra ociosa; os danos à imagem dos envolvidos, que podem ficar vinculados à pecha da cultura da litigiosidade; e a perda de oportunidades comerciais, que podem vir a decorrer do atrito entre as partes ou da não conclusão tempestiva dos trabalhos.”
- ⁶ A lei, inclusive, disciplinou alguns dos custos indiretos que podem impactar as obras, conforme art. 19, § 1º, o qual se reproduz: “§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento”.
- ⁷ Exemplificativamente: Art. 1º: § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. “ § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.
- ⁸ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
 - I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
 - II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
 - III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
- ⁹ Fenômeno relacionado à função normativa das Agências Reguladoras. Quem melhor discursa sobre o tema é Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Quanto ao tema, a sugestão é o livro: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência e Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 7, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nos 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13190.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 559/2013**. Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 20/5/2016.

BRASIL ENGENHARIA. **Dispute boards, uma nova opção para conflitos na construção**. Disponível em: <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao_621/621_div_04.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CIArb). **Dispute board rules**. Disponível em: <<http://www.CIArb.org/docs/default-source/CIArbdocuments/das/dispute-board-rules.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. **DB project database**. Disponível em: <http://www.drb.org/wp-content/uploads/2018/02/Copy-of-DB_Project_Database_April_2017_for_web.xlsx>. Acesso em: 29 out. 2018.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Dispute board rules**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e administração pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Editora Fórum. Fórum Administrativo: FA, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87898>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SÃO PAULO. Câmara Municipal. **Projeto de Lei nº 01-00577/2017**. Autoriza a instalação de Juntas de Solução de Conflitos (“Dispute Boards”) em contratos de construção celebrados pela Prefeitura de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/projeto/PL0577-2017.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no direito brasileiro. **Revista de arbitragem e mediação**. v. 52, ano 14, p. 197-219. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/item/41893/A%20efic%C3%A1cia%20dos%20dispute%20boards%20no%20direito%20brasileiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 38, p. 131-147, jul. 2013.

Matheus Oliveira Machado

Especialista em Direito Processual Civil pelo

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto

de Educação Superior de Brasília – IESB.

Membro da Dispute Resolution Board Foundation – DRBF/USA.

matheus.machado@tjdf.tj.br